



ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΣ ΣΥΛΛΟΓΟΣ ΠΕΙΡΑΙΩΣ
PIRAEUS BAR ASSOCIATION

10^ο ΔΙΕΘΝΕΣ ΣΥΝΕΔΡΙΟ ΝΑΥΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Η προστασία της ναυτιλιακής επιχείρησης σε ένα μεταβαλλόμενο, ρυθμιστικά και πραγματικά, περιβάλλον

Πειραιάς, 26-28 Μαΐου 2022

ΕΙΣΗΓΗΣΕΙΣ

Επιμέλεια:
Λία Ι. Αθανασίου



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ



Η προστασία της ναυτιλιακής επιχείρησης σε ένα μεταβαλλόμενο, ρυθμιστικά και πραγματικά, περιβάλλον

Επιμέλεια: **Λία Ι. Αθανασίου**

ISBN 978-618-08-0027-2

Σύμφωνα με το Ν 2121/1993 για την Πνευματική Ιδιοκτησία απαγορεύεται η αναδημοσίευση και γενικά η αναπαραγωγή του παρόντος έργου, η αποθήκευσή του σε βάση δεδομένων, η αναμετάδοσή του σε ηλεκτρονική ή οποιαδήποτε άλλη μορφή και η φωτοαντύπωσή του με οποιονδήποτε τρόπο, χωρίς γραπτή άδεια του εκδότη.

ΔΗΛΩΣΗ ΑΠΟΠΟΙΗΣΗΣ ΕΥΘΥΝΩΝ

Το περιεχόμενο του παρόντος έργου έχει τύχει επιμελούς και αναλυτικής επιστημονικής επεξεργασίας. Ο εκδοτικός οίκος, ο συγγραφέας και όλοι οι συντελεστές του έργου δεν παρέχουν διά του παρόντος νομικές συμβουλές ή παρεμφερείς συμβουλευτικές υπηρεσίες, ουδεμία δε ευθύνη φέρουν για τυχόν ζημία τρίτου λόγω ενέργειας ή παράλειψης που βασίστηκε εν όλω ή εν μέρει στο περιεχόμενο του παρόντος έργου. Επαγγελματικές νομικές συμβουλές θα πρέπει να αναζητηθούν πριν από κάθε νομική ενέργεια, η δε χρήση του παρόντος ή μέρους του δεν ιδρύει σχέση δικηγόρου - πελάτη ή οποιαδήποτε άλλη σχέση μεταξύ του χρήστη και της ΝΟΜΙΚΗΣ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗΣ, ή του συγγραφέα, ή των λοιπών συντελεστών.

Εκδοτική επιμέλεια: Πουλάκος Γιώργος

Δημιουργία & concept εξωφύλλου: Θεόδωρος Μαστρογιάννης

Συντονιστής έκδοσης: Λάμπρος Μαντζαβίνος

Σελιδοποίηση: Χρύσα Ζαργιαννάκη

Πηγή εξωφύλλου: Στέφανος Δασκαλάκης

Παραγωγή: NB Production 07042023M23



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ



Μαυρομιχάλη 23 | 106 80 | Αθήνα

T 210 3678 800 | F 210 3678 819

www.nb.org | info@nb.org



Ministry of Justice
ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ
ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΙΑΚΟ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ



Committed to excellence



Member of
MGIP
INTERNATIONAL GROUP OF PUBLISHERS



Law Publishers in Europe



ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟΣ ΣΥΛΛΟΓΟΣ ΠΕΙΡΑΙΩΣ
PIRAEUS BAR ASSOCIATION

10th INTERNATIONAL CONFERENCE OF MARITIME LAW

Protecting maritime operators in a changing regulatory and technological environment

Piraeus, 26-28 May 2022

REPORTS

Edited by:
Lia I. Athanassiou



NOMIKI BIBLIOTHIKI

Protecting maritime operators in a changing regulatory and technological environment

Editors: Lia I. Athanassiou

ISBN 978-618-08-0027-2

Abstract: Contributions, in an enriched and updated version, to the 10th International Conference of Maritime Law on a subject entitled “Protecting maritime operators in a changing regulatory and technological environment”, held in Piraeus on 26-28 May 2022.

COPYRIGHT

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, without the prior permission of NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A., or as expressly permitted by law or under the terms agreed with the appropriate reprographic rights organization. Enquiries concerning reproduction which may not be covered by the above should be addressed to NOMIKI BIBLIOTHIKI S.A. at the address below.

DISCLAIMER

The content of this work is intended for information purposes only and should not be treated as legal advice. The publication is necessarily of a general nature; NOMIKI BIBLIOTHIKI, the author and the contributors make no claim as to the comprehensiveness or accuracy of the information provided; Information is not offered for the purpose of providing individualized legal advice. Professional advice should therefore be sought before any action is undertaken based on this publication. Use of this work does not create an attorney-client or any other relationship between the user and NOMIKI BIBLIOTHIKI, or the author, or the rest of contributors.



NOMIKI BIBLIOTHIKI



23 Mavromichali str. | 106 80 | Athens | Greece
T +30 210 3678 800 | F +30 210 3678 819
www.nb.org | info@nb.org



member of Europe's 500
dynamic entrepreneurs



Committed to excellence



Member of
MGIP
MEMBER OF THE ASSOCIATION OF MARITIME PUBLISHERS



Law Publishers in Europe

ΧΟΡΗΓΟΙ

Οι αναφερόμενοι πιο κάτω Οργανισμοί, Εκδοτικοί οίκοι, Τράπεζες και Δικηγορικά Γραφεία συνέβαλαν, με τις χρηματικές κι άλλες παροχές τους, στην άρτια διοργάνωση του 10ου Διεθνούς Συνεδρίου Ναυτικού Δικαίου, με θέμα «Η προστασία της ναυτιλιακής επιχείρησης σε ένα μεταβαλλόμενο, ρυθμιστικά και πραγματικά, περιβάλλον». Αισθανόμαστε την ανάγκη να τους εκφράσουμε και δημόσια τις ειλικρινείς ευχαριστίες μας.

- ONASSIS FOUNDATION
- EASTERN MEDITERRANEAN MARITIME LIMITED
- ΙΔΡΥΜΑ ΑΝΤΩΝΙΟΣ & ΙΩΑΝΝΗΣ ΑΓΓΕΛΙΚΟΥΣΗΣ
- STAR BULK CARRIERS CORP.
- ΕΝΩΣΙΣ ΕΛΛΗΝΩΝ ΕΦΟΠΛΙΣΤΩΝ
- ΕΘΝΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ ΕΛΛΑΔΟΣ
- W MARINE INC
- CAPITAL SHIP MANAGEMENT CORP.
- ΑΙΓΑΙΟΝ ΟΙΛ Α.Ε.
- HELLENIC ENVIRONMENT CENTER (H.E.C.) S.A.
- ΠΑΝΕΛΛΗΝΙΑ ΝΑΥΤΙΚΗ ΟΜΟΣΠΟΝΔΙΑ (Π.Ν.Ο.)
- DODEKANISOS SEAWAYS
- ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΕΝΩΣΗ ΝΑΥΤΙΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ
- ΑΘΑΝΑΣΙΟΥ-ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ [ΣΕ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΑΝΑΣΤΟΛΗ] & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ - ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΙΚΗΓΟΡΩΝ
- ΣΩΤΗΡΗΣ ΜΠΟΥΡΟΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟ ΓΡΑΦΕΙΟ COSMOS.LEGAL
- NORTON ROSE FULBRIGHT, ΣΟΦΙΑΝΟΠΟΥΛΟΣ, ΤΣΟΧΟΥ, ΧΕΙΛΑΣ, ΚΟΡΟΪΕΝΙΔΗΣ, ΛΥΜΠΕΡΟΠΟΥΛΟΣ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- ΕΤΑΙΡΕΙΑ ΔΙΚΗΓΟΡΩΝ ΦΟΙΒΟΣ ΧΡΙΣΤΟΔΟΥΛΟΥ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- ΤΙΜΑΓΕΝΗΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- Γ. Κ. ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- ΠΑΠΑΠΕΤΡΟΥ ΠΑΠΑΓΓΕΛΗΣ ΤΑΤΑΓΙΑ & ΣΥΝΕΤΑΙΡΟΙ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- ΜΙΚΕΣ Ν. ΚΟΥΝΤΟΥΡΗΣ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ
- ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟ ΓΡΑΦΕΙΟ ΣΤΥΛΙΑΝΟΥ & ΣΤΥΛΙΑΝΟΥ
- ΓΕΡΑΣΙΜΟΥ & ΣΥΝΕΡΓΑΤΕΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΟ ΓΡΑΦΕΙΟ ΚΑΛΟΓΕΡΟΓΙΑΝΝΗΣ - ΒΕΡΝΙΚΟΣ
- ΣΚΟΡΙΝΗΣ ΔΙΚΗΓΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ
- ΔΗΜΟΤΙΚΟ ΩΔΕΙΟ ΠΕΙΡΑΙΑ - ΠΡΟΤΥΠΟ ΜΟΥΣΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ
- Η ΝΑΥΤΕΜΠΟΡΙΚΗ
- ΤΟ ΒΗΜΑ
- ΝΑΥΤΙΚΑ ΧΡΟΝΙΚΑ

ΧΑΙΡΕΤΙΣΜΟΣ ΠΡΟΕΔΡΟΥ ΔΣΠ

Αξιότιμες κυρίες σύνεδροι

Αξιότιμοι κύριοι σύνεδροι

Σκεφτόμουν, καθώς ετοιμάζα αυτόν τον μικρό λόγο που θα σας εκφωνούσα, ότι διαχρονικά η εορταστική πράξη έναρξης του Συνεδρίου ανατίθεται σε έναν εκλεκτό επίσημο καλεσμένο. Το πένθιμο, όμως, καθήκον της λήξης αυτού αφήνεται στον διοργανωτή.

Εγώ θα παρακάμψω τα αρνητικά συναισθήματα που γεννά η λήξη ενός τόσο σπουδαίου συνεδρίου και θα κρατήσω τις πολύ θετικές σκέψεις και τα συναισθήματα με τα οποία εμφορούμαι από την ιδιαιτέρως πετυχημένη τέλεσή του.

Διακατέχομαι από ευγνώμονα συναισθήματα για το υψηλό επίπεδο των εισηγήσεων και του επιστημονικού διαλόγου που αναπτύχθηκε.

Από συναισθήματα βαθιάς ικανοποίησης για την μεγάλη ενεργή και γόνιμη συμμετοχή των συνέδρων με υπογράμμιση της ελπιδοφόρας συμμετοχής τόσων εκπροσώπων της νέας γενιάς νομικών στον χώρο του ναυτικού δικαίου.

Διακατέχομαι από την επιθυμία να ευχαριστήσω όσους νέους συναδέλφους πήραν μέρος στον διαγωνισμό για τα βραβεία Young Maritime Prize με την υπόμνηση ότι με την ολοκλήρωση του διαγωνισμού θα υπάρξει ξεχωριστή τελετή από τον Δικηγορικό Σύλλογο Πειραιά για την απονομή των βραβείων.

Με τα θετικά αυτά συναισθήματα στον ίδιο χώρο που ακριβώς την ίδια ημερολογιακή ημέρα, 28 Μαΐου 1992, ο τότε Πρόεδρος του Δικηγορικού Συλλόγου Πειραιά Βασίλης Βενέτης κήρυξε την έναρξη του πρώτου ναυτικού συνεδρίου, σήμερα 30 χρόνια αργότερα και 10 συνέδρια αργότερα, κηρύσσω την λήξη των εργασιών του 10^{ου} Διεθνούς Συνεδρίου Ναυτικού Δικαίου.

Είμαι σίγουρος ότι όλοι αφήνετε τον χώρο του συνεδρίου πλουσιότεροι σε γνώσεις και εξοπλισμένοι με ενισχυμένη διάθεση για περαιτέρω νομική έρευνα και αναζήτηση. Το ταξίδι της γνώσης όλοι γνωρίζουμε ότι δεν τελειώνει ποτέ.

Αγαπητοί ξένοι καλεσμένοι και σύνεδροι,

Ελπίζω να ανταποκριθήκαμε ως οικοδεσπότες στις προσδοκίες καλής φιλοξενίας και να φεύγετε ικανοποιημένοι από την χώρα μας. Εύχομαι με την επι-

στροφή σας στην πατρίδα σας να γίνετε πρεσβευτές του Πειραιά, να γίνετε πρεσβευτές του ναυτικού συνεδρίου και του Δικηγορικού Συλλόγου μας.

Ως Δικηγορικός Σύλλογος Πειραιά δεσμευόμαστε να ξεκινήσουμε άμεσα την προετοιμασία του επόμενου συνεδρίου με την ίδια συνέπεια, ποιότητα και αφοσίωση.

Και αφού σας μεταφέρω σε όλες και όλους σας τις θερμές ευχές της Διοίκησης του Δικηγορικού Συλλόγου Πειραιά και της Οργανωτικής Επιτροπής και της Προέδρου της Καθηγήτριας Λίας Αθανασίου για υγεία, δύναμη και επιτυχία στα καθήκοντά σας, σας καλώ να ανανεώσουμε όλοι μαζί το ραντεβού μας και να δώσουμε μια υπόσχεση να συναντηθούμε και πάλι στο επερχόμενο 11^ο Διεθνές Συνέδριο Ναυτικού Δικαίου του Δικηγορικού Συλλόγου Πειραιά.

Καλή αντάμωση.

Πρόεδρος Δικηγορικού Συλλόγου Πειραιώς

ΠΡΟΛΟΓΟΣ ΕΚΔΟΣΗΣ

Το 10^ο Διεθνές Συνέδριο Ναυτικού Δικαίου - το οποίο η ανά χείρας έκδοση αποτυπώνει και «διασώζει» - ήταν, από πολλές απόψεις, διαφορετικό από αυτά που προηγήθηκαν.

Καταρχάς, είχε προορισμό να ολοκληρώσει ένα κύκλο δέκα ιδιαιτέρως επιτυχημένων διοργανώσεων. Γι' αυτό το λόγο, άλλωστε, το θέμα που επιλέχθηκε (*«Η προστασία της ναυτιλιακής επιχείρησης σε ένα μεταβαλλόμενο, ρυθμιστικά και πραγματικά περιβάλλον»*) όχι μόνο ήταν επίκαιρο και συνθετικό, αλλά λειτουργούσε συμπληρωματικά - και άρα εξόχως συμβολικά - ως η άλλη όψη του Πρώτου μας Συνεδρίου που πραγματοποιήθηκε το 1992: το καθεστώς της ναυτιλιακής επιχείρησης θα εξεταζόταν αυτή τη φορά, όχι από την οπτική γωνία των ναυτικών δανειστών, αλλά από τη σκοπιά του εκμεταλλευόμενου το πλοίο και των κινδύνων που αυτός αντιμετωπίζει στις μεταβαλλόμενες σύγχρονες συνθήκες.

Η δεύτερη ιδιαιτερότητα έχει να κάνει με τις δυσχέρειες υλοποίησής του. Ο αρχικός προγραμματισμός ήταν να συμπέσει η διεξαγωγή του Συνεδρίου και να συνεορταστεί με την εκατονταετηρίδα από την ίδρυση του Δικηγορικού Συλλόγου Πειραιά (2021). Η απρόβλεπτη και αναπόδραστη συγκυρία της πανδημίας ανέτρεψε τον αρχικό σχεδιασμό, υποχρεώνοντας το Δ.Σ. του Συλλόγου και την Οργανωτική Επιτροπή σε επανειλημμένες αναβολές, χωρίς όμως - ούτε μία στιγμή - να εξετασθεί το ενδεχόμενο ακύρωσής του. Τελικώς διεξήχθη με πανηγυρικό τρόπο από τις 26 έως τις 28 Μαΐου 2022, διατηρώντας τον συμβολισμό του, με την έννοια ότι η πραγματοποίησή του σηματοδότησε την απαρχή της νέας εκατονταετηρίδας του Συλλόγου μας.

Η τρίτη διαφορά αφορούσε τον τρόπο διεξαγωγής. Εδώ, η κατάσταση ανάγκης και αβεβαιότητας επέτεινε την αξιοποίηση των νέων τεχνολογιών και άνοιξε νέες δυνατότητες για το μέλλον. Το Συνέδριο διεξήχθη με φυσική παρουσία των αλλοδαπών και Ελλήνων ομιλητών και Προέδρων, με στόχο να εξασφαλιστεί, αφενός, ο καλύτερος δυνατός συντονισμός και, αφετέρου, ο διαδραστικός επιστημονικός διάλογος, η γόνιμη ανταλλαγή απόψεων και η επαγγελματική συναναστροφή. Οι σύνεδροι είχαν όμως - για πρώτη φορά - τη δυνατότητα να συμμετάσχουν σε αυτό με υβριδικό τρόπο, είτε εξ αποστάσεως είτε με φυσική παρουσία στον χώρο διεξαγωγής του Συνεδρίου.

Ως προς το περιεχόμενο καθαυτό του Συνεδρίου, δεν χωρεί -νομίζω- αμφιβολία ότι επρόκειτο για την κορύφωση μίας μακράς προσπάθειας εξωστρέφειας του ΔΣΠ και καλλιέργειας της επιστήμης και πρακτικής του ναυτικού δικαίου. Οι προσκληθέντες, εισηγητές και προεδρεύοντες, ήταν εγνωσμένου κύρους και ευρείας τεχνογνωσίας στους αντίστοιχους χώρους δραστηριοποίησής τους, ακαδημαϊκό, επιχειρηματικό, δικαστικό, νομοπολιτικό και νομοθετικό (σε διεθνείς οργανισμούς ή εθνικό επίπεδο). Η ποιότητα των περιλαμβανόμενων στον παρόντα τόμο μελετών επιβεβαιώνει του λόγου το αληθές.

Περαιτέρω, η εξέταση της θεματικής δομήθηκε σε πέντε επιμέρους ενότητες.

Η πρώτη ενότητα εστίασε στις σημαντικότερες εμπορικές και ρυθμιστικές προκλήσεις του 2022 στην ναυτιλία, όπως ενδεικτικά η επίδραση του COVID 19 στους θεσμούς του ναυτικού δικαίου, η καταστρατήγηση του καθεστώτος νηολόγησης και η σχετική δράση του ΔΝΟ, η ενεργοποίηση του Διεθνούς Δικαστηρίου για το Δίκαιο της Θάλασσας αναφορικά με την προστασία της εκμετάλλευσης του πλοίου από το κράτος της σημαίας, τα όρια των νομίμων συνεργασιών στην ναυτιλία καθώς και το μείζον ζήτημα του εφαρμοστέου δικαίου στις εγκαταστημένες στην Ελλάδα αλλοδαπές ναυτιλιακές εταιρείες.

Η δεύτερη ενότητα αφιερώθηκε εύλογα στις νέες μορφές κινδύνων που αντιμετωπίζει ο εκμεταλλευόμενος το πλοίο, λόγω της εξέλιξης της τεχνολογίας σε διαφορετικά επίπεδα, όπως οι κίνδυνοι στον κυβερνοχώρο, η προστασία των προσωπικών δεδομένων, τα αυτόνομα πλοία, τα νομικά ζητήματα που προκύπτουν από τις «έξυπνες ναυτιλιακές συμβάσεις» κ.ά..

Σε στενή σύνδεση με την προηγούμενη, η τρίτη ενότητα επικεντρώθηκε στις ανάγκες αυξημένης χρηματοδότησης που προκαλούν οι εξεταζόμενες αλλαγές και προκλήσεις και στις εναλλακτικές μεθόδους με τις οποίες αυτές μπορούν να καλυφθούν. Το ζήτημα των σύγχρονων μορφών ναυτιλιακής χρηματοδότησης προσεγγίστηκε τόσο από οικονομική, όσο και από νομική σκοπιά.

Η τέταρτη ενότητα έφερε στο επίκεντρο της συζήτησης τις νομικές πτυχές των πιέσεων που ασκούνται στη ναυτιλία από το δίκαιο του περιβάλλοντος, όπως οι συνέπειες της κλιματικής αλλαγής στις ιδιωτικές έννομες σχέσεις και οι ρυθμίσεις του ΔΝΟ σχετικά με τη μείωση του ποσοστού εκπομπών διοξειδίου του άνθρακα με αναφορά στις απορρέουσες υποχρεώσεις για την πλοιοκτησία. Στο ίδιο πλαίσιο, αναλύθηκαν οι σύγχρονοι ποινικοί κίνδυνοι που εγκυμονεί η δραστηριότητα της ναυτιλιακής επιχείρησης.

Η πέμπτη και τελευταία ενότητα φώτισε κλασικά ζητήματα νομικού προβληματισμού, υπό μία πιο σύγχρονη οπτική, όπως ενδεικτικά η επανεξέταση των εγγράφων μεταφοράς που ενεργοποιούν την εφαρμογή των κανόνων Χάγης - Βίσμπυ, η αναθεώρηση της υποχρέωσης αξιοπλοΐας, η αποκατάσταση ζημιών

από πλατφόρμες εξόρυξης, η εξωεδαφική επενέργεια των κεφαλαίων συνολικού περιορισμού της ευθύνης, η αντίστροφη άρση νομικής αυτοτέλειας, οι προϋποθέσεις συντηρητικής κατάσχεσης πλοίων, καθώς και η έναντι τρίτων δεσμευτικότητα των ρητρών διαιτησίας.

Η τελευταία «εξω-θεματική ενότητα» νοηματοδοτεί όλες τις προηγούμενες: αναφέρομαι στον υψηλό αριθμό των συνέδρων, την ενεργό συμμετοχή τους και το γόνιμο διάλογο που αυτή παρήγαγε · αναφέρομαι επίσης στην ευρύτερη απροϋπόθετη υποστήριξη -ηθική και υλική- συναδέλφων, φορέων, ιδρυμάτων και επιχειρήσεων · τέλος, στην διαχρονική επένδυση της Διοίκησης του Δ.Σ.Π. στην προστασία του «άυλου αγαθού» που αντιπροσωπεύει πλέον για μάς ο θεσμός του Ναυτικού Συνεδρίου. Πολλές και ειλικρινείς ευχαριστίες! Ευχαριστίες επίσης στον διεθνούς φήμης Ζωγράφο *κο Στέφανο Δασκαλάκη* που φιλοτέχνησε τον ευρέως αναγνωρίσιμο συνοδευτικό πίνακα · αυτονοήτως δε στην Νομική Βιβλιοθήκη και προσωπικά στον *κο Αντώνη Καρατζά* για την επιτυχία της διοργάνωσης, την διαμόρφωση και λειτουργία του ειδικού ιστότοπου, την επιμελή έκδοση του παρόντος τόμου.

Για την Οργανωτική Επιτροπή,

Λ.Ι. Αθανασίου

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Αθηνών

PREFACE TO THE PUBLICATION

The 10th International Maritime Law Conference - captured into this publication - was, in many respects, different from those that preceded it.

First of all, it was intended to complete a cycle of ten particularly successful events. For this reason the theme chosen (“Protecting maritime operators in a changing regulatory and technological environment”) was not only timely and synthetic, but also served as a complementary - and therefore highly symbolic - counterpart to our First Conference held in 1992: the regime of the shipping enterprise would be examined this time, not from the perspective of the maritime creditors, but from the point of view of the ship operator and the risks he faces in the current changing conditions.

The second peculiarity has to do with the difficulties of its implementation. According to the initial planning, the Conference was intended to coincide with the celebration of the centenary of the Piraeus Bar Association (2021). The unpredictable and inevitable circumstances of the pandemic overturned the initial planning, forcing the Board of Directors of the Bar and the Organizing Committee to repeated postponements, but without - not even for a moment - considering the possibility of cancelling the event. Finally, it was held in a solemn manner from 26 to 28 May 2022, preserving its symbolism, in the sense that its realization marked the beginning of the new centenary of our Bar.

The third difference concerned the organisation itself. The situation of emergency and uncertainty intensified the use of new technologies and opened up new possibilities for the future. We have opted for the physical presence of foreign and Greek speakers and Chairpersons, with the aim of ensuring, on one hand, the best possible coordination and, on the other hand, an interactive scientific dialogue, a fruitful exchange of views and professional interaction. However, delegates were - for the first time - able to participate in a hybrid way, either remotely or in person, by physically attending the conference venue.

As for the content of the Conference itself, there is no doubt, I think, that it was the culmination of a long effort of extroversion of Piraeus Bar Association and the cultivation of the science and practice of maritime law. The invitees, Speakers and Chairpersons, were of renowned standing and wide-ranging

expertise in their respective fields of activity, academic, business, judicial, legal and legislative (in international organizations or at national level). The quality of the papers published in this volume confirms all the above.

Further, the examination of the subject matter is structured in five sections.

The first section focused on the most important commercial and regulatory challenges of 2022 in shipping, including the impact of COVID 19 on maritime law institutions, the fraudulent registration and the related action of the IMO, the activation of the International Tribunal for the Law of the Sea regarding the protection of the flag state's exploitation of the ship, the competition law risks of cooperation forms in shipping and the major issue of the law applicable to foreign shipping companies established in Greece.

The second section was reasonably devoted to the new forms of risks faced by the ship operator, due to the evolution of technology at different levels, such as cyber risks, personal data protection, autonomous ships, legal issues arising from "smart shipping contracts", etc.

In close connection with the previous section, the third one focused on the increased investment needs caused by the changes and challenges under consideration and the alternative methods by which these can be met. The issue of modern forms of shipping finance was approached from both an economic and legal perspective.

The fourth section was dedicated to the legal aspects of the interrelation between shipping and environmental law, such as the effects of climate change on private law relationships and the IMO regulations on the reduction of carbon dioxide emissions with reference to the resulting obligations for shipowners. In the same context, the contemporary criminal risks posed by the activity of the shipping industry were analysed.

The fifth and last section shed light on classic legal issues from a more contemporary perspective, such as, *inter alia*, the review of the transport documents triggering the application of the Hague - Visby rules, the revision of the seaworthiness obligation, the reparation of damages from drilling platforms, the extraterritorial operation of global limitation of liability funds, the reverse lift of the corporate veil, the conditions relating to the ships' arrest and the opposability of arbitration clauses.

The last "extra-thematic section" gives meaning to all the previous ones: I am referring to the high number of participants, their active participation and the fruitful dialogue produced therefrom; I am also referring to the wider unsolicited support - moral and material - of colleagues, institutions, foundations and businesses; and finally, to the long-standing commitment

of the Board of Directors of Piraeus Bar Association into the preservation of the “intangible asset” that the institution of the Maritime Conferences represents for us. Many sincere thanks! Thanks also to the internationally renowned painter *Mr. Stefanos Daskalakis*, who created the widely recognized accompanying painting; and of course to the Publisher *Nomiki Vivliothiki* and personally to *Mr. Antonis Karatzas* for the success of the event, the creation and operation of the specific website, the quality of the present publication.

For the Organizing Committee,

L.I. Athanassiou

Professor, Law School of Athens

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

Χαιρετισμός Προέδρου Δικηγορικού Συλλόγου Πειραιώς	VII
Πρόλογος έκδοσης	IX
Preface to the publication	XIII

Πέμπτη, 26 Μαΐου 2022

ΠΡΩΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: **Λεωνίδας Δημητριάδης-Ευγενίδης**,
Πρόεδρος Ιδρύματος Ευγενίδου

BIMCO: Key regulatory and commercial challenges for 2022
Shipping Industry and the appropriate solutions 1

Lars Robert Pedersen

Deputy Secretary General, BIMCO

Private Claims Made by Flag States in respect of the Operation
of Ships within the UNCLOS Framework: The Jurisprudence of ITLOS..... 5

Tomas Heidar

*Vice-President of the International Tribunal for the Law of the Sea,
Director of the Law of the Sea Institute of Iceland*

Οι επιπτώσεις του Covid 19 στους θεσμούς του ναυτικού δικαίου:
Νομική αποτίμηση..... 13

Λ.Ι. Αθανασίου

*Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Αθηνών,
Δικηγόρος Πειραιώς*

ΔΕΥΤΕΡΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: Lorenzo SCHIANO DI PEPE,
Professor at the University of Genoa

Η καταστρατήγηση του καθεστώτος νηολόγησης και οι επιπτώσεις της
 στη ναυτιλία 55

Γεώργιος Δ. Θεοχαρίδης
*Καθηγητής Ναυτικού Δικαίου και Ναυτιλιακής Πολιτικής,
 World Maritime University, Δικηγόρος Πειραιώς*

How may those in the Shipping Industry Co-operate and Consolidate
 Lawfully under European Union Competition Law? - A Practical
 Perspective 79

Vincent J G Power SC
*President of the European Maritime Law Organisation,
 Adjunct Professor of Law, University College Cork*

Το εφαρμοστέο δίκαιο στις εγκατεστημένες στην Ελλάδα
 αλλοδαπές ναυτιλιακές εταιρείες 113

Βικτώρια Αθανασοπούλου
Επίκουρη Καθηγήτρια Πανεπιστημίου Αιγαίου, Δικηγόρος

ΤΡΙΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: Ιωσήφ ΤΣΑΛΑΓΑΝΙΔΗΣ,
Επίτιμος Πρόεδρος Αρείου Πάγου

Regulating autonomous shipping in the UK.....131

George Leloudas
*Professor, Institute of International Shipping and Trade Law,
 Swansea University*

Smart Contracts in Shipping 149

Frank Stevens
Associate Professor, Erasmus School of Law

The impact of technology on the obligation
 of sea carriers 183

Michael Nolan Q.C.
Barrister

ΤΕΤΑΡΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ**Συντονίστρια: Αγγελική ΦΡΑΓΚΟΥ,***Πρόεδρος & Διευθύνουσα Σύμβουλος Navios Maritime Holdings S.A.*

Transparency at IMO and in shipping: rule changes
and recent developments 193

Frederick J Kenney*Director, Legal Affairs and External Relations Division,
International Maritime Organization*

Cyber Risks Insurance for Shipowners and Operators - Time for
a Far-Reaching Risk Assessment 197

Baris Soyer*Professor of Commercial and Maritime Law,
Director of International Shipping and Trade Law, Swansea University*

Οι επιπτώσεις των οικονομικών κυρώσεων (sanctions)
στις ναυλώσεις πλοίων 211

Μανόλης Κωνσταντινίδης*Δικηγόρος, LLM, ΔΝ***Παρασκευή, 27 Μαΐου 2022****ΠΕΜΠΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ****Συντονιστής: Φωκίων ΚΑΡΑΒΙΑΣ,***Διευθύνων Σύμβουλος EUROBANK AE*

Alternative Financing Instruments in Shipping Business:
An Economic Approach.....235

Theodoros Syriopoulos*Professor of Shipping Finance Chair, Ports Management and Shipping Dpt.
School of Economics and Political Sciences Visit. Professor, LLM Maritime Law,
National and Kapodistrian University of Athens*

Modern Forms of Ship Finance: Legal Implications 253

Stephen Girvin*MPA Professor of Maritime Law, Director of the Centre for Maritime Law,
Faculty of Law, National University of Singapore*

Η εφοπλιστική χρονοναύλωση μεταξύ χρηματοδότησης και εκμετάλλευσης του πλοίου	273

Γεώργιος Ιατρίδης-Ραμαντάνης

Δικηγόρος

ΕΚΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: **Stefano ZUNARELLI,**

Professor at the University of Bologna

Climate change impacts on ports - some considerations arising for commercial maritime law	285

Regina Asariotis

*Chief, Policy and Legislation Section, Division on Technology and Logistics,
United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD*

The proposed extension of the EU-ETS to shipping - BIMCO's ETS - allowances (ETSA) clause for time charter parties 2022 filling a legal gap.....	321

Ellen J. Eftestøl

*Professor of Law, BI Norwegian Business School
Adjunct Professor, Gothenburg University*

Σύγχρονοι ποινικοί κίνδυνοι για τη ναυτιλιακή επιχείρηση.....	339

Ιωάννης Ν. Ανδρουλάκης

Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Αθηνών, Δικηγόρος

ΕΒΔΟΜΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: **Γρηγόριος ΤΙΜΑΓΕΝΗΣ,**

Δ.Ν. Δικηγόρος, Πρόεδρος Ελληνικής Ένωσης Ναυτικού Δικαίου

En quête d'uniformité en matière de documents de transport entraînant application des Règles de La Haye-Visby	355

Gaël Piette

Professeur à l'Université de Bordeaux

Η υποχρέωση αξιοπλοΐας όπως «αναθεωρείται» υπό το πρίσμα των νέων ρυθμιστικών επεμβάσεων στη ναυτιλία	369

Λουκάς Ι. Ζυγούρος

Δικηγόρος, ΔΝ, LLM

Can carriers still limit their liability? Recent case law restrictions on limitation and how to avoid them.*

Charles DEBATTISTA

Legal Counsel, Arbitrator, Professor Emeritus at the University of Southampton

ΟΓΔΟΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: **Γιώργος ΓΕΡΑΠΕΤΡΙΤΗΣ,**

Καθηγητής Νομικής Σχολής Αθηνών, Υπουργός Επικρατείας

Challenges facing the International Oil Pollution Compensation Funds - current issues.....405

Gaute Sivertsen

Director IOPC Funds

Η αναζήτηση κατάλληλου ρυθμιστικού πλαισίου για την αποκατάσταση ζημιών ρύπανσης από πλατφόρμες εξόρυξης υδρογονανθράκων και ο κίνδυνος μαζικών αξιώσεων 411

Νικόλαος Θ. Κωνσταντινίδης

Δρ. Ν., Δικηγόρος Πειραιώς,

Νομικός Σύμβουλος στην ΟΛΠ ΑΕ

Protection of foreign shipping companies under the US Bankruptcy Code (Chapters 11 & 15)**

Christopher DAVIS

President of the Comité Maritime International (CMI), Attorney

* Η εισήγηση αυτή παρουσιάστηκε μόνο προφορικά στο πλαίσιο των εργασιών του Συνεδρίου.

** Η εισήγηση αυτή παρουσιάστηκε μόνο προφορικά στο πλαίσιο των εργασιών του Συνεδρίου.

Σάββατο, 28 Μαΐου 2022

ΕΝΑΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: **Sir Bernard RIX,**

*Lord Justice of Appeal, Professor of International Commercial Law,
Queen Mary University*

The Genesis, Binding Effect and Content of the Unified
Interpretations on unlimited Liability under IMO Conventions 431

Dieter Schwampe

*Professor at the University of Hamburg, Vice President of the Comité Maritime
International (CMI)*

Δικονομικά ζητήματα που ανακύπτουν κατά την διαδικασία
του περιορισμού κεφαλαίου αποζημίωσης για ζημίες από θαλάσσια
ρύπανση - η εμπειρία του ΑΓΙΑ ΖΩΝΗ II. 459

Βασίλης Βερνίκος

Δικηγόρος, LL.M

Les effets extra territoriaux de la constitution du fonds de limitation
de responsabilité des armateurs.....471

Philippe Delebecque

Professeur à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

ΔΕΚΑΤΗ ΣΥΝΕΔΡΙΑ

Συντονιστής: **Χρήστος ΤΖΑΝΕΡΡΙΚΟΣ,**

Αντιπρόεδρος Αρείου Πάγου

Αντίστροφη άρση της νομικής αυτοτέλει (ιδίως ναυτιλιακών
εταιρειών) και ναυτικές απαιτήσεις 483

Κυριάκος Οικονόμου

επίτιμος Αρεοπαγίτης

Η πιθανολόγηση του κινδύνου στη συντηρητική κατάσχεση πλοίου
κατά τη ΔΣ 1952 527

Νικόλαος Μ. Κατηφόρης

*Αν. Καθηγητής Νομικής Σχολής Αθηνών,
Δικηγόρος*

Η έναντι τρίτων ισχύς των συμφωνιών διαιτησίας επί διασυνοριακών ναυτικών διαφορών	541

Δημήτριος Α. Τσικρικάς

*Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών,
Δικηγόρος*

BIMCO: Key regulatory and commercial challenges for 2022 Shipping Industry and the appropriate solutions

Lars Robert Pedersen

Deputy Secretary General, BIMCO

My paper focuses on the key regulatory and commercial challenges that shipping industry is dealing with in 2022 and the potential solutions to them. As promising as the title of my article may seem, implying that the writer has all the answers to the urgent matters, unfortunately this is not the case. Mainly because regulatory actions in shipping are becoming increasingly subject to political agendas.

A firm example illustrating the above conclusion, is the International Maritime Organization's response to climate change. The working group under the Marine Environment Protection Committee (MEPC) is almost like a mini-UNFCCC meeting. When a working group at IMO is trying to devise regulatory measures to cope with GHG emissions from ships are expressed arguments like "poverty eradication" and "food security", it is easily understandable how difficult it is for organisations like BIMCO to engage actively in the discussions.

As the title suggests, this paper should be about 2022 commercial and regulatory challenges for the industry. Nevertheless, I will not refer to new regulations affecting ships right now, but I will try to shed some light on some perspectives of the new regulations hitting the industry the next few years and how these challenges can be dealt with commercially by contractual terms in terms of proper contractual drafting.

Before diving into the substance, it is worth recalling how the industry is regulated, with liability conventions like the Hague-Visby rules and Hamburg rules setting the basis for national regimes governing international trade by sea. These rules, read together with the vast case law interpretation under English law of the provisions under typical voyage or time charter parties determines what an owner and his ship may or may not do operationally while under hire, carrying cargo.

The big issue is not surprisingly climate change. The industry has committed itself to decarbonise as soon as possible. This is the baseline

objective for the industry - decided at IMO, and laid down in the initial IMO strategy on reduction of GHG emissions from ships. Regionally in the European Union shipping is also being targeted with new regulatory measures. The “fit for 55” package by the Commission proposes to expand the scope of the EU Emissions Trading System to amongst others, ships. But, not in the traditional sense by application to each ship trading on EU ports. Rather, by applying an obligation to the managers of such ships - to their fleet of managed ships - in aggregation.

This may be a challenge depending on how a company is organised. It is well known that many owners are sub-contracting the management of their ships to third party ship managers. Managers acting according to service contracts with the owners - as their agents. The ETS Directive proposal is requiring the ship manager - not each ship - to surrender allowances in aggregation for all emissions of their fleet under the scope of the ETS. This may be a huge financial burden, one which a third party manager cannot shoulder, but will require each of their clients to make available - on the managers carbon account - in time before the deadline.

Owners similarly, who have chartered out their ships on time charter cannot shoulder the financial burden for the allowances, which are required as a result of the voyage orders of the charterers burning the charterers bunkers. Charterers will have to provide for the allowances and BIMCO has just published its ETSA clause for time charter contracts. This clause stipulates how a time charterer shall provide for the allowances and deposit those on the owner’s designated carbon account. This is only the first part making the owner capable of providing for the allowances to the manager. How that latter part is executed is still an open question which needs to be agreed and implemented between an owner and his manager. Having third party ship managers to be legally responsible for surrendering of allowances for ships in their fleets is an anomaly in shipping. Normally, one would expect each ship to be regulated and then leave it to those owning/managing/operating/chartering each ship to figure out how a ship would comply and who should be the legal entity making it happen.

However, the anomaly does not stop here. The next question arising is what happens if an owner fails to provide for the allowances to the manager. As the manager cannot be assumed to cover by his own pocket, it would effectively mean that the fleet is not in compliance. It has to be borne in mind that allowances are not earmarked for any particular ship in a fleet but surrendered *en bloc* for the whole fleet. Non-compliance for one ship thus depends on compliance for all ships, or, that one owner may put all other

owners in a fleet at risk. Ships will then find a new manager which in turn will assume obligations in their own right to comply for their ships, but the obligation is not transferrable from one manager to another. It is still not very clear what this means and how it will be implemented in practice.

Solving the commercial implications of these anomalies of the ETS proposal requires much attention. Attention, which so far has been devoted to a discussion of whether, or not, there is a need to legislate that the time charterer must cover the voyage cost arising from ETS price on carbon. It is important to focus on the wider aspects of compliance with the ETS directive proposal to understand how it may impinge on the level playing field in the shipping industry.

It is not only the EU causing grey hair for the commercial wellbeing of shipping industry. Not because the industry does not wish to decarbonise. Not because it comes with a cost, but because it upsets the legacy of the industry and how it operates and how its contracts and obligations have been interpreted in decades of case law. The IMO has devised the Carbon Intensity Indicator, or CII regulation. Imbedded in the MARPOL Convention it is, unconventional, in the sense that the legal requirement is to do “something” - which is then only agreed in MEPC guidelines. Unconventional also, as this means that states that are not party to the Convention are taking part in the decision of the Convention’s requirement. What is however very interesting to the shipping industry is which requirements the CII rules impose on ships and how those can be reconciled in the field of commercial agreements.

CII places obligations on ships to calculate their annual operational carbon intensity indicator. It is measured in g CO₂ per DWT*mile. A ship’s annual attained CII is then compared to the ship type/size average required CII in the base year of 2018 multiplied with an annual reduction factor and grouped in accordance with some bands of A to E with the midpoint of C being the attained CII equal to the required CII for the ship. At least, it is very complicated to do something about the CII for an owner having let a ship out on a time charter.

The close examination of the formulae, it reveals 2 variables which can be used to change the result of the attained CII for a ship - the fuel consumption and the distance sailed. Fuel consumption can be altered by speed or by submersion of the ship in the water. The distance can be altered by taking a detour, or just move rather than sitting at anchorage. The CII metric is not necessarily logical from an efficiency standpoint. A ship in ballast will have a better CII than when loaded. A ship at anchorage is inefficient as it burns fuel without accumulating any miles.

BIMCO is trying to draft a CII clause for time charter contracts. This is very complicated as it implies that the charterer places restrictions on the commercial utilisation of a ship which normally does not exist. The charterer needs to operate a ship with an increasingly lower attained CII as required by the regulation, because the owner does not have any means to do so while the ship is on charter. But, the law applies to a ship, and by virtue to its owner. The charterer has no legal obligation here. Compliance is thus depending on the goodwill of the charterer to agree to take on that responsibility. There are lot of reservations here, as the charterer is also not in full control. For example, the negative impact of port waiting time is often outside the operational control of the charterer. If the charterer agrees with an owner in a contract to operate a ship within some limits of an agreed CII value, this opens a liability issue for the charterer which they cannot manage.

What we are witnessing now is a regulatory development upsetting the legal and commercial legacy in shipping. It is fast tracking changes to how we shall understand the commercial relations between owners, managers, charterers and cargo owners. The legal regimes are however not changed easily and we may face a clash between the aim of regulators, wishing certain environmental benefits to be realised and the court's ruling, who is liable under carriage of good acts and commercial contracts to for example proceed with utmost or due dispatch. The decarbonisation is an agenda much larger than shipping. The decarbonisation measures that shall apply in shipping should however not be. The commercial and contractual well-being of the industry is however at stake if we are not careful. What BIMCO can and is doing is to facilitate ways to comply for commercial parties willing to co-operate to do so.

Private Claims Made by Flag States in respect of the Operation of Ships within the UNCLOS Framework: The Jurisprudence of ITLOS

Tomas Heidar

Vice-President of the International Tribunal for the Law of the Sea,
Director of the Law of the Sea Institute of Iceland

1. Introduction

1.1. Law of the sea and private maritime law

The *law of the sea* is a body of public international law governing the rights and obligations of States in ocean affairs, including the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) which has been referred to as the “constitution for the oceans”.

UNCLOS provides a comprehensive legal framework for all uses of the oceans, setting out the rights and obligations of States in different maritime zones. The law of the sea addresses, for example: maritime zones and their delimitation, navigational rights, fisheries, oil exploitation, deep seabed mining, the protection of the marine environment, and marine scientific research.

Accordingly, the law of the sea does not address, except incidentally, the rules of *private maritime law*. The topic of this article is a primary example of the incidental relationship between the law of the sea and private maritime law.

1.2. The compulsory dispute settlement mechanism of UNCLOS and the International Tribunal for the Law of the Sea

A major shortcoming in general international law is the lack of a compulsory judicial system. In the absence of consent by the parties, international courts and tribunals do not have jurisdiction to address violations of international law.

However, UNCLOS includes in Part XV, section 2, compulsory dispute settlement procedures entailing binding decisions. Any State Party to the Convention may, subject to certain limitations and optional exceptions under articles 297 and 298 of the Convention, submit any dispute with

another State Party concerning the interpretation or application of the Convention to compulsory dispute settlement; no consent is required. This was a major achievement from the perspective of the rule of law in international relations.

The International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) is one of four means for the settlement of disputes under UNCLOS, along with the International Court of Justice (ICJ), an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII, and a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII. According to article 287 of the Convention, States may choose one or more of these means on or after signature of the Convention. It should be noted that so far no dispute has been referred to Annex VIII special arbitration.

Any State Party that has not selected one of the available means is deemed to have accepted Annex VII arbitration. If the parties to a dispute have chosen the same forum, it will be submitted to that forum. If, however, the parties have not chosen the same forum, the dispute is to be referred to Annex VII arbitration. Therefore, Annex VII arbitration is the default mechanism. According to article 296(1) of the Convention, decisions of any of these fora are final and binding on the parties to the dispute.

In addition to this “normal jurisdiction”, which is based on the choice of the parties to a dispute, ITLOS has special jurisdiction to deal with specific categories of disputes. The Tribunal is in other words competent to deal with certain cases through unilateral applications independently of any declaration by the respondent State. This applies firstly to proceedings relating to the prompt release of vessels and crews under article 292 of UNCLOS. Secondly, this applies to proceedings for the prescription of provisional measures pending the constitution of an Annex VII arbitral tribunal under article 290(5) of the Convention. Both of these categories are referred to as “urgent proceedings” and they are dealt with as a matter of priority by the Tribunal and normally concluded within 30 days. Thirdly, the Seabed Disputes Chamber of ITLOS has under Part XI of the Convention compulsory jurisdiction over disputes with respect to activities in the international seabed area (the Area), typically concerning exploration or exploitation of deep seabed resources.

It should be noted, however, that the jurisdiction of the Tribunal may also be based on other agreements. Article 21 of the ITLOS Statute (Annex VI to the Convention) provides that “[t]he jurisdiction of the Tribunal comprises all disputes and all applications submitted to it in accordance with this Convention and all matters specifically provided for in any other agreement

which confers jurisdiction on the Tribunal.”¹ The Tribunal has both contentious jurisdiction and advisory jurisdiction.²

The Tribunal, which is composed of 21 Judges, held its inaugural meeting in Hamburg in October 1996. In its 26-year history, 30 cases have been submitted to ITLOS. It is interesting to note that of the first 15 cases, up to 2007, 13 were urgent proceedings. Since then, however, the judicial activities of the Tribunal have diversified and included a number of cases on the merits (substance).

The main role of courts and tribunals under UNCLOS is to settle disputes concerning the interpretation or application of the Convention. However, in many cases, courts and tribunals are required to clarify provisions of the Convention and related international law, which not only benefits the parties to the relevant dispute but the international community as a whole. Consequently, these judicial activities are particularly important.

2. Cases relating to the arrest and detention of ships

Of the 30 cases submitted to ITLOS to date, two-thirds, i.e. 20, related in one way or another to the arrest and detention of ships. Ten of those were prompt release cases, five provisional measures cases and five cases on the merits (substance).

The Tribunal found that it had no jurisdiction *ratione materiae* to entertain one of those five merits cases (the *M/V “Louisa” Case*³) and another case was discontinued (the *M/T “San Padre Pio” Case*⁴). It therefore dealt with the following three cases on the merits which related to the arrest and detention of a ship: 1) the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case*;⁵ 2) the *M/V “Virginia G” Case*;⁶

1. See also article 22 of the ITLOS Statute.

2. The advisory jurisdiction of the Tribunal is based on article 21 of the ITLOS Statute (Annex VI to the Convention) and article 138 of the ITLOS Rules. See *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission*, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015, 4, at paras. 52-60. The advisory jurisdiction of the Seabed Disputes Chamber is based on article 191 of the Convention.

3. *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment of 28 May 2013, ITLOS Reports 2013, 4.

4. *M/T “San Padre Pio” (No. 2) (Switzerland/Nigeria)*, Order of 29 December 2021.

5. *M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Judgment of 1 July 1999, ITLOS Reports 1999, 10.

6. *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment of 14 April 2014, ITLOS Reports 2014, 4.

and 3) the *M/V “Norstar” Case*.⁷

3. Claims by the flag State for reparation for damage arising from the illegal arrest and detention of a ship

The aforementioned three cases all related to the arrest and detention of oil tankers that had been engaged in bunkering activities, within national jurisdiction (the first two cases) or on the high seas (the third case). The flag States claimed compensation for damage arising from the arrest and detention of the ships in question, such as: direct injury to the flag State, damage to the ship, financial loss of the shipowner, financial loss of the operator/charterer, financial loss of the cargo owners, financial loss of the master, financial loss of the crew, and non-material damage.

In all cases, many different nationalities were involved. For example, at the time of its arrest, the *Saiga* was “owned by Tabona Shipping Company Ltd. of Nicosia, Cyprus, and managed by Seascot Ship management Ltd. of Glasgow, Scotland. The ship was chartered to Lemanía Shipping Group Ltd. of Geneva, Switzerland. The *Saiga* was provisionally registered in Saint Vincent and the Grenadines ... The Master and crew of the ship were all of Ukrainian nationality. There were also three Senegalese nationals who were employed as painters ... The owner of the cargo of gas oil on board was Addax BV of Geneva, Switzerland.”⁸

In those cases, ITLOS had the opportunity to clarify the legal notion of a ship and various related issues. In all cases, the respondent filed several objections to admissibility of the flag State’s claims. Those objections were, in particular, based on: a) the nationality of claims; and b) the rule of exhaustion of local remedies. These are fundamental questions, because, if accepted, such objections terminate the proceedings before the merits of the case are examined. In all three cases, the Tribunal rejected the objections to admissibility of claims and examined the merits, including claims for reparation.

7. *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, Judgment of 10 April 2019, ITLOS Reports 2018-2019, 10. However, for the purposes of this article, the preliminary objections phase of this case is of more relevance, see *M/V “Norstar” (Panama v. Italy)*, Preliminary Objections, Judgment of 4 November 2016, ITLOS Reports 2016, 44.

8. *M/V “SAIGA” (No. 2)*, supra note 5, para. 31.

3.1. The nationality of claims - “a ship as a unit”

In the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case*, ITLOS clarified the unique nature of *a ship as a unit* - a finding that has a particular relevance for the right of the flag State to seek redress for the ship’s crew members and others who are not its nationals.

In response to the argument that the flag State has no right to seek redress for non-national crew members, the Tribunal, having examined the relevant provisions of UNCLOS, stated that “the Convention considers a ship as a unit, as regards the obligations of the flag State with respect to the ship and the right of a flag State to seek reparation for loss or damage caused to the ship by acts of other States and to institute proceedings under the Convention. Thus the ship, everything on it, and every person involved or interested in its operations are treated as an entity linked to the flag State. The nationalities of these persons are not relevant.”⁹

ITLOS supported this finding with practical considerations based on the realities of modern maritime transport; the transient and multinational composition of ship’s crews and the multiplicity of interests that may be involved in the cargo on board a single ship. It stated that “[i]f each person sustaining damage were obliged to look for protection from the State of which such person is a national, undue hardship would ensue.”¹⁰

The Tribunal’s finding influenced the preparation by the International Law Commission of the Draft Articles on Diplomatic Protection, in particular article 18 on the protection of ships’ crews which reads as follows: “The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act.”¹¹

In the *M/V “Virginia G” Case*, the Tribunal reaffirmed its jurisprudence by finding that “the *M/V Virginia G* is to be considered as a unit and therefore the *M/V Virginia G*, its crew and cargo on board as well as its owner and every person involved or interested in its operations are to be treated as an entity linked to the flag State. Therefore, Panama [the flag State] is entitled to bring

9. *M/V “SAIGA” (No. 2)*, supra note 5, para. 106.

10. *Ibid.*, para. 107.

11. Draft Articles on Diplomatic Protection, International Law Commission, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

claims in respect of alleged violations of its rights under the Convention which resulted in damages to these persons or entities.”¹²

Finally, in the *M/V “Norstar” (Preliminary Objections) Case*, the Tribunal referred to the two earlier cases and reiterated its position.¹³

3.2. The rule of exhaustion of local remedies

In the aforementioned three cases, ITLOS also addressed the question what is the nature of an injury to a ship resulting from the relevant internationally wrongful act. Is it a) injury to persons with interest in the ship; or b) injury to the ship’s flag State (“direct injury”)?

The answer to this question has an implication for the applicability of the rule of exhaustion of local remedies stipulated in article 295 of UNCLOS. It provides that “[a]ny dispute between States Parties concerning the interpretation or application of this Convention may be submitted to the procedures provided for in this section only after local remedies have been exhausted where this is required by international law.”

In the *M/V “SAIGA” (No. 2) Case*, the Tribunal noted that “the rights which Saint Vincent and the Grenadines [the flag State] claims have been violated by Guinea [the coastal State] are all rights that belong to Saint Vincent and the Grenadines under the Convention (articles 33, 56, 58, 111 and 292) or under international law.”¹⁴ It found that “[n]one of the violations of rights claimed by Saint Vincent and the Grenadines ... can be described as breaches of obligations concerning the treatment to be accorded to aliens. They are all direct violations of the rights of Saint Vincent and the Grenadines. Damage to the persons involved in the operation of the ship arises from those violations. Accordingly, the claims in respect of such damage are not subject to the rule that local remedies must be exhausted.”¹⁵

In the *M/V “Virginia G” Case*, ITLOS also examined the nature of the rights which Panama (the flag State) claimed had been violated by Guinea-Bissau (the coastal State). The Tribunal noted that “most provisions of the Convention referred to in the final submissions of Panama confer rights mainly on States.” It further noted that “in some of the provisions referred

12. *M/V “Virginia G”*, supra note 6, para. 127.

13. *M/V “Norstar”*, Preliminary Objections, supra note 7, paras. 229-231.

14. *M/V “SAIGA” (No. 2)*, supra note 5, para. 97.

15. *Ibid.*, para. 98.

to by Panama, however, rights appear to be conferred on a ship or persons involved”¹⁶.

The Tribunal observed in this regard that “[w]hen the claim contains elements of both injury to a State and injury to an individual, for the purpose of deciding the applicability of the exhaustion of local remedies rule, the Tribunal has to determine which element is preponderant”¹⁷. The Tribunal took the view that the principal rights that Panama alleged had been violated by Guinea-Bissau were rights such as the right to enjoy freedom of navigation that belonged to Panama under the Convention, and “the alleged violations of them thus amount to direct injury to Panama.”¹⁸ The Tribunal considered that the claim for damage to the persons and entities with an interest in the ship or its cargo arose from the aforementioned violations and, accordingly, concluded that the claims in respect of such damage were not subject to the rule of exhaustion of local remedies.¹⁹

Finally, in the *M/V “Norstar” (Preliminary Objections) Case*, ITLOS followed the same approach as in the two previous cases. Having examined Panama’s (the flag State’s) rights that it claimed had been violated by Italy, the Tribunal found that “the right of Panama to enjoy freedom of navigation on the high seas is a right that belongs to Panama under article 87 of the Convention, and that a violation of that right would amount to direct injury to Panama”²⁰. The Tribunal considered that the claim for damage to the persons and entities with an interest in the ship or its cargo arose from the alleged injury to Panama. Accordingly, it concluded that the claims in respect of such damage were not subject to the rule of exhaustion of local remedies.²¹

Therefore, in all three cases, the Tribunal concluded that there was direct injury to the flag State and that the rule of exhaustion of local remedies was therefore not applicable.

Consequently, in all three cases, the Tribunal rejected the aforementioned objections to admissibility of claims and proceeded to examine the merits, including claims for reparation.

16. *M/V “Virginia G”*, supra note 6, para. 156.

17. *Ibid.*, para 157.

18. *Ibid.*

19. *Ibid.*, para. 158.

20. *M/V “Norstar”*, Preliminary Objections, supra note 7, para. 270.

21. *Ibid.*, para. 271.

Οι επιπτώσεις του Covid 19 στους θεσμούς του ναυτικού δικαίου: Νομική αποτίμηση

Λ.Ι. Αθανασίου

Καθηγήτρια Νομικής Σχολής Αθηνών,
Δικηγόρος Πειραιώς

Εισαγωγικές παρατηρήσεις

1. Από την πρώτη εμφάνισή του στη Wuhan (31.12.2019), την μεταγενέστερη αναγνώριση του ως πανδημία από το Διεθνή Οργανισμό Υγείας - WHO (11.3.2022) και μέχρι σχεδόν το τέλος του 2022, ο κορονοϊός αποτέλεσε το μεγαλύτερο ίσως σύγχρονο εφιάλτη της ανθρωπότητας, με εκατομμύρια θύματα και καταστροφικές συνέπειες σε οικονομικό, κοινωνικό και ψυχολογικό επίπεδο. Η ναυτιλία ανήκει στους τομείς που υπέστησαν εντονότατα τις συνέπειες αυτές. Προφανώς, λόγω του δευτερογενούς χαρακτήρα της δράσης της, υπέστη τους κραδασμούς από τη συστημική ανατάραξη του παγκόσμιου εμπορίου¹, τη δυσχέραση των διεθνών συναλλαγών, τη διακοπή ή παρεμπόδιση της αλυσίδας διανομής και συνακόλουθα τη μείωση του διαθέσιμου προς μεταφορά φορτίου. Πέραν όμως αυτού, και η λειτουργία καθαυτή του ναυτιλιακού τομέα δέχθηκε βαρύ πλήγμα, που έλαβε - ως προς τη μεταχείριση των πληρωμάτων- χαρακτηριστικά «ανθρωπιστικής κρίσης».

2. Αρκεί να σκεφθεί κανείς την πληθώρα των έκτακτων μέτρων που υιοθέτησαν τα παράκτια κράτη για την αντιμετώπιση της πανδημίας, στο όνομα της δημόσιας υγείας: αποκλεισμοί λιμένων μακρότερης ή βραχύτερης διάρκειας, περιοριστικά μέτρα κατά τον κατάπλου (ιδίως επιβολή *καραντίνας*), είτε οριζόντια, είτε στοχευμένα σε συγκεκριμένα πλοία, λόγω περιστατικών νόσησης ή κινδύνου νόσησης (με βάση προηγούμενους λιμένες κατάπλου), ενισχυμένοι έλεγχοι κατά την παροχή λιμενικών υπηρεσιών, άνευ προηγούμενου καθυστερήσεις συναφείς με τα προαναφερθέντα, απαγορεύσεις ή αυστηροί περιορισμοί στις αποβιβάσεις και επιβιβάσεις προσώπων (επιβατών και ναυτικών), αλλά και ταξιδιωτικοί περιορισμοί ως προς την αεροπορική μεταφορά και διέλευση ναυτικών με σκοπό την αλλαγή πληρωμάτων.

1. Βλ. ICS, *The Perfect Storm, The Impact of Covid-19 on Shipping, Seafarers and Maritime Labor Markets*, 2022, ιδίως σελ. 6επ..

3. Από την σωρεία των προβλημάτων που ανέκυψαν, το οξύτερο είχε να κάνει με την μεταχείριση της ανθρώπινης ζωής στη θάλασσα. Φαινόμενα νόσησης σε πλοία θαλάσσιας περιήγησης με τον εγκλωβισμό εκατοντάδων επιβατών και την άστοχη αντίδραση των λιμένων υποδοχής γνώρισαν ευρεία δημοσιότητα², ήδη από την πρώτη περίοδο της πανδημίας, προκαλώντας ραγδαία μία άνευ προηγουμένου ύφεση στον οικείο τομέα³ · ακόμη όμως σημαντικότερη, από άποψη έκτασης και συνεπειών, ήταν η επίδραση στις συνθήκες εργασίας, στην υγεία και εν τέλει στη ζωή των πληρωμάτων χιλιάδων ποντοπόρων πλοίων. Είναι αληθές ότι οι ασθένειες και οι επιδημίες αποτελούσαν ανέκαθεν κίνδυνο συναφή με την ναυτική ζωή και, άρα, κίνδυνο γνωστό και - σε ένα βαθμό - αναμενόμενο· άλλωστε, ο τόσο διαδεδομένος πλέον όρος «καραντίνα» προήλθε από την σαρανταήμερη (*quaranta*) απομόνωση επιβατών και πληρωμάτων που επιβαλλόταν στα πλοία που προσέγγιζαν τη Βενετία, τον 14^ο και 15^ο αι. κατά την επιδημία της πανώλης (μαύρου θανάτου). Η πρόσφατη όμως πανδημία εμφάνισε πρωτοφανή χαρακτηριστικά, λόγω της παγκόσμιας εμβέλειας και διάρκειάς της, της αλληλεξάρτησης των κρατών μέσω των διεθνών συναλλαγών και της διασποράς των μεταλλάξεων της. Δεν επρόκειτο λοιπόν για ένα γεωγραφικά περιορισμένο και ελέγξιμο φαινόμενο, αλλά για ένα παγκόσμιο γόρδιο δεσμό «συλλογικής δράσης».

2. Το κρουαζιερόπλοιο *Diamond Princess*, με 3711 επιβάτες, χτυπήθηκε από κορονοϊό το Φεβρουάριο του 2020 · τα κρούσματα ανήλθαν σε 712, λόγω της μεγάλης πληθυσμιακής συγκέντρωσης σε κλειστό χώρο, ήταν δε η μεγαλύτερη εστία κινδύνου σε γεωγραφική εγγύτητα με την Κίνα. Όταν το πλοίο προσέγγισε τον λιμένα της Γιοκοκάμα, οι αρχές απαγόρευσαν την αποβίβαση, ακόμη και των ασθενών, και επιβλήθηκε καραντίνα μακράς διάρκειας (βλ. *H. Jimi & G. Hashimoto, Challenges of Covid 19 Outbreak on the Cruise Ship Diamond Princess Docked at Yokohama, Japan: A Real-World Story, J-Stage Global Health & Medicine*, 2020, 2:2, 63). Ενδεικτικά και τα παραδείγματα του πλοίου *MS Zaandam* (1200 επιβάτες) με σειρά περιορισμών και αποκλεισμών καθόλη της διάρκειας του πλου στην Νότια Αμερική (αρχική άρνηση διέλευσης της Διώρυγας του Παναμά, αρνήσεις ανεφοδιασμού, ελλιμενισμού, αποβίβασης) μέχρι την αποβίβαση στη Φλόριντα (μετά από 25 ημέρες), όπως και το αντίστροφο παράδειγμα του πλοίου *Ruby Princess* (2700 επιβάτες), πολλοί εκ των οποίων νοσούντες, αποβιβάστηκαν μαζικώς και χωρίς λήψη μέτρων στη Νέα Νότια Ουαλία (Αυστραλία) με συνέπεια να προκληθεί, πέραν των 28 θανάτων, ευρεία διάδοση της νόσου και να διαταχθεί ειδική κρατική έρευνα. Για τις νομικές επιπτώσεις των φαινομένων αυτών, βλ. και *Chr. Kende, L'impact de la crise sanitaire sur les compagnies de croisière selon le droit maritime américain*, DMF 2022, 795επ..

3. Η παρούσα μελέτη δεν επεκτείνεται στα (πολλαπλά) νομικά ζητήματα που προκλήθηκαν στη λειτουργία της θαλάσσιας περιήγησης λόγω Covid. Για τις πτυχές του δημοσίου διεθνούς δικαίου, βλ. ενδεικτικά *J. Okerman & B. von Tigerstrom, Any Port in a Pandemic: International Law and Restrictions on Maritime Traffic during the Covid-19 Pandemic, The Canadian Yearbook of Int'l Law* 2020, 194επ..

4. Ως προς τους ναυτικούς, τα στατιστικά στοιχεία μιλούν από μόνα τους: πάνω από 400.000 ναυτεργάτες βρέθηκαν - κατά τη διάρκεια του 2020 - κυριολεκτικώς σε κατάσταση «ομηρίας»⁴, χωρίς τη δυνατότητα αποβίβασης και παλιννόστησης, για πολύ χρόνο μετά την πάροδο της ανώτατης επιτρεπόμενης παραμονής τους στο πλοίο, με δυσμενέστερες συνέπειες για την σωματική και ψυχική τους υγεία. Παρά την μαζική κινητοποίηση επαγγελματικών φορέων και εθνικών αρχών, την εμπλοκή διεθνών οργανισμών και τη συνεχή προτεραιοποίηση του προβλήματος στο διεθνή και ημεδαπό τύπο, πάνω από 200.000 ναυτικοί παρέμεναν με τον ένα ή τον άλλο τρόπο εγκλωβισμένοι και κατά τη διάρκεια του 2021, αναδεικνύοντας με επίταση την περιορισμένη αποτελεσματικότητα του διεθνούς δικαίου (I). Πέραν της ανθρωπιστικής του διάστασης, το πρόβλημα αυτό προκάλεσε και, πάντως σε κάθε περίπτωση, συνέτεινε στη δυσλειτουργία της διεθνούς θαλάσσιας ναύλωσης και μεταφοράς, λόγω αδυναμίας ή καθυστέρησης στην εκπλήρωση των συμβατικών υποχρεώσεων των μερών · το ιδιωτικό ναυτικό δίκαιο κλήθηκε να δοκιμάσει τα όρια της προσαρμοστικότητάς του, υποστηριζόμενο από τους παραδοσιακούς αυτορρυθμιστικούς μηχανισμούς της ναυτιλιακής βιομηχανίας (II).

I. Οι ανεπάρκειες του διεθνώς ομοιόμορφου δικαίου: το πλήγμα των ναυτικών

5. Τα αντανakλαστικά του διεθνούς δικαίου στην πρόκληση της πανδημίας θα αξιολογηθούν με σημείο αναφοράς τη Διεθνή Σύμβαση Εργασίας (εφεξής και MLC), και τούτο για τρεις λόγους: πρώτον, συνιστά το πληρέστερο - σε περιεχόμενο και εύρος αποδοχής- δίκτυ κανόνων προστασίας για τη συγκεκριμένη ομάδα εργαζομένων, δεύτερον αποτέλεσε την κύρια νομική βάση άμυνας, όχι πάντοτε επιτυχή, έναντι των περιοριστικών μέτρων των εθνικών αρχών, τρίτον διότι η Διεθνής Οργάνωση Εργασίας (ΔΟΕ/ILO), υπήρξε, μαζί με τον Διεθνή Ναυτιλιακό Οργανισμό (ΔΝΟ/IMO), το βασικό forum υποβολής των (συλλογικών και ατομικών) καταγγελιών και αιτημάτων συνδρομής. Λοιπές διάσπαρτες ρυθμίσεις έπαιξαν δευτερεύοντα ρόλο και αναφέρονται για λόγους πληρότητας και μόνο.

A. Οι παραβιάσεις των διεθνών υποχρεώσεων της MLC

A.1. Το ευρύτερο ρυθμιστικό μωσαϊκό

6. Κάποιοι διεθνείς κανόνες που αφορούν ευθέως ή εμμέσως την αντιμετώπιση μεταδοτικών ασθενειών όντως υπάρχουν, όχι όμως σε ένα ενιαίο και συ-

4. IMO announcement, 400,000 seafarers stuck at sea (25.9.2020).

γκροτημένο νομοθέτημα· το τελευταίο δεν θα ήταν μάλλον ούτε εφικτό (δεδομένης της πολυπλοκότητας των ζητημάτων που γεννώνται ακόμη και σε ένα καθορισμένο πλαίσιο, όπως αυτό του διεθνούς θαλασσίου εμπορίου), ούτε ίσως και αναγκαίο. Όπως θα καταδειχθεί και στη συνέχεια, πηγή του προβλήματος δεν ήταν οι κανόνες καθαυτοί αλλά ο δείκτης εφαρμογής τους, που - εν προκειμένω - υποχώρησε σημαντικά, υπό τη πίεση αντανάκλαστικών μονομερούς εσωστρέφειας. Για το λόγο αυτό, προτάσεις της θεωρίας περί άμεσης εκπόνησης και υιοθέτησης νέου διεθνούς ομοιόμορφου δίκαιου, προσανατολισμένου στη προ-διαμόρφωση λύσεων (με σκληρό ρυθμιστικό πυρήνα και δυνατότητα ευελιξίας) για την μελλοντική αντιμετώπιση παρόμοιων φαινομένων, δεν φαίνονται πειστικές⁵.

7. Οι υφιστάμενοι κανόνες αλιεύονται σε ένα ευρύτερο ρυθμιστικό μωσαϊκό, ανάγονται -ως προς την υιοθέτησή τους- σε διαφορετικές χρονικές περιόδους, υπηρετούν διαφορετικούς στόχους, αντιμετωπίζουν το ρυθμιστέο βιωτικό γεγονός από διαφορετική οπτική γωνία και, ενίοτε, αποτελούν αντικείμενο ερμηνευτικής αμφιγνωμίας. Παίρνουμε το χαρακτηριστικό παράδειγμα της *πρόσβασης του πλοίου σε αλλοδαπούς λιμένες*, που μετατράπηκε σε ακανθώδες πρόβλημα κατά τη διάρκεια της πανδημίας και στην ουσία αποτελεί πρόκριμα για την ικανοποίηση των δικαιωμάτων των ναυτικών (και εν γένει την προστασία της ανθρώπινης ζωής στη θάλασσα).

8. Η ΔΣ για το Δίκαιο της Θάλασσας (1982) δεν βοηθά στο σημείο αυτό· περιορίζεται να επιβεβαιώσει την κυριαρχία του παράκτιου κράτους και την εφαρμογή του εθνικού του δικαίου στους λιμένες του και στα πλοία που εισπλέουν σε αυτούς⁶. Η ΔΣ 1923 (και το Καταστατικό της Γενεύης περί του διεθνούς καθεστώτος των θαλασσιών λιμένων)⁷ καθιερώνει μεν, ως θετικό δίκαιο, δικαίωμα πρόσβασης στους αλλοδαπούς λιμένες χωρίς διάκριση, μόνο όμως μεταξύ των (λίγων) συμβαλλομένων κρατών, υπό την προϋπόθεση της αμοιβαιότητας και, ιδίως, υπό τη γενική επιφύλαξη της διασφάλισης της δημόσιας τάξης και της εθνικής ασφάλειας του παράκτιου κράτους⁸. Εκτός συμβατικής δέσμευσης, πολυμερούς ή διμερούς, γενικό δικαίωμα πρόσβασης με βάση το διεθνές εθιμικό δίκαιο δύσκολα καταφάσκειται⁹· μόνο για γενική τάση υπέρ

5. Έτσι ενδεικτικά V. Power, Covid -19 and maritime law - lives, laws and lessons, JIML 26 (2020), 1, ο οποίος προτείνει ενιαία ρύθμιση για όλους τους τομείς, συμπεριλαμβανομένης της ναυτιλίας, και συμμετοχή των Οργανισμών IMO & WHO.

6. Άρθ. 25 παρ. 2 ΔΣΔικΘ.

7. Ν. 3904/1929.

8. Βλ. Ε. Ρούκουνα, Δημόσιο Διεθνές Δίκαιο, 3^η έκδ., 2019, σελ. 247.

9. Οι φιλελεύθερες θεωρητικές φωνές των αρχών του 20^{ου} αι., με επίκληση των αρχών της ελευθερίας της ανοικτής θάλασσας και του θαλάσσιου εμπορίου, δεν επικράτησαν

της ελευθερίας πρόσβασης μπορεί να γίνει λόγος¹⁰, λόγω πρακτικής αναγκαιότητας και με σύγχρονο ιδεολογικό υπόβαθρο την παγκοσμιοποίηση, χωρίς όμως να αποκλείεται η δυνατότητα (λελογισμένης) απαγόρευσης από το παράκτιο κράτος. Η εξουσία απαγόρευσης ανήκει τελικώς στο κράτος λιμένος, το οποίο καλείται να σταθμίσει (πράγμα καθόλου εύκολο), εφαρμόζοντας *ad hoc* την αρχή της αναλογικότητας¹¹, αφενός την ανάγκη πρόσβασης του αλλοδαπού πλοίου και της αποβίβασης ή υποστήριξης των ναυτικών του, αφετέρου της προστασίας της δημόσιας υγείας¹².

9. Η ΔΣ του 1965 περί *Διευκόλυνσης της Διεθνούς Ναυτιλιακής Κίνησης* (ΔΣ FAL)¹³ περιέχει πιο συγκεκριμένες διατάξεις, με κυρίως διαδικαστικό (και όχι ουσιαστικό) περιεχόμενο. Στόχος της είναι να διευκολύνει και να ομογενοποιήσει σε διεθνές επίπεδο τις διοικητικές διαδικασίες, τα απαιτούμενα έγγραφα και το διενεργούμενο έλεγχο κατά τον είσπλου και τον απόπλου ξένων πλοίων σε λιμένες · προβλέπει - μεταξύ άλλων - ισότιμη και δίκαιη εφαρμογή των υγειονομικών μέτρων, ιατρική υποστήριξη των επιβατών (συμπεριλαμβανομένης της αποβίβασης), και, σε περίπτωση επιδημίας¹⁴, υποχρέωση των εθνικών αρχών να μην παρεμποδίζουν την φόρτωση, εκφόρτωση και ανεφοδιασμό των πλοίων που δεν έχουν επιμολυνθεί, παρά μόνο σε επείγουσα περίπτωση που συνιστά σοβαρό κίνδυνο για τη δημόσια υγεία. Σε αυτό το κείμενο, αποτυπώνεται για πρώτη φορά και η λιμενική πρακτική της άδειας *ελευθερο-*

(ενδεικτικώς *R. Laun*, *Le régime international des ports*, R.C.A.D.I. 1926, V, t. 15, σελ. 5επ., ιδίως 30, βλ. και *R. Rodière*, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, R.C.A.D.I. 1972, I, t. 135, σελ. 390επ., αντίθετη η κρατούσα άποψη όπως αποτυπώνεται ιδίως από *G. Gidel*, *Le droit international public de la mer*, t. 2, 1932, σελ. 40-41, *N. Singh*, *International Law Problems of Merchant Shipping*, R.C.A.D.I. 1962, III, t. 107, σελ. 7επ., 96, *AV Lowe*, *The Right of Entry into Maritime Ports in International Law*, (1977) *San Diego L. Rev.* 14, 597). Για τη θεωρητική διαμάχη και τα επιχειρήματα που διατυπώθηκαν, βλ. *G. Athanassiou*, *Aspects juridiques de la concurrence maritime*, 1996, σελ. 317επ..

10. *Ρούκουνας*, ό.π., σελ. 247, *G. Athanassiou*, ό.π., σελ. 321, 323-324.

11. Το ελάχιστο δικαίωμα πρόσβασης σε λιμένες καταφυγής που αναγνωρίζεται για λόγους ανθρωπιστικούς σε κινδυνεύοντα πλοία (π.χ. *N. Klein*, *International Law Perspectives on Cruise Ships and Covid-19*, (2020) 11 *J. Intl Humanitarian Legal Studies*, 282) συνιστά ισχυρό επιχείρημα, σχετικοποιείται όμως εν τοις πράγμασι όταν το παράκτιο κράτος επικαλείται διακινδύνευση υπέρτερων εθνικών συμφερόντων.

12. Η στάθμιση αναγκαστικώς διαφοροποιείται ανάλογα με τις υποδομές που διαθέτουν τα κράτη λιμένος, σε επίπεδο ιατρικής πρόληψης και θεραπείας, και εν γένει των αντοχών των εθνικών συστημάτων υγείας.

13. Ν.Δ. 1028/1971. Για την υλοποίηση των απαιτήσεων (ιδίως ως προς τις διατυπώσεις υποβολής δηλώσεων κατά τον κατάπλου, απόπλου, βλ. επίσης Οδηγία 2010/65 και Π.Δ. 125/2012).

14. Σ. 6.7.

επικοινωνίας (“*free pratique*”)¹⁵, με την οποία οι εθνικές αρχές βεβαιώνουν ότι το πλοίο είναι απαλλαγμένο από μολυσματικές ασθένειες και μπορεί να έρθει σε επαφή με την στεριά. Αν και αναμφισβητήτως καλών προθέσεων, η ρύθμιση αυτή είχε περιορισμένη αποτελεσματικότητα κατά την περίοδο της πανδημίας, λόγω του μη εξαναγκαστού χαρακτήρα της.

10. Η ίδια αδυναμία (εγγενής στο διεθνές δίκαιο) καταλογίζεται στους πληρέστερους και πιο στοχευμένους *Διεθνείς Κανονισμούς Υγείας (IHR) του WHO*¹⁶, όπως αυτοί αναθεωρήθηκαν το 2005 και τέθηκαν σε ισχύ το 2007¹⁷. Διακηρυγμένος σκοπός των IHR είναι η διαμόρφωση μέτρων πρόληψης, προστασίας και ελέγχου της παγκόσμιας μετάδοσης ασθενειών που είναι ανάλογα προς τον κίνδυνο για τη δημόσια υγεία και αποφεύγουν μη αναγκαία παρεμβολή στο διεθνές εμπόριο και τις συναλλαγές¹⁸. Στην κατεύθυνση αυτή, το κείμενο περιέχει όντως ένα ισορροπημένο μείγμα διατάξεων πρόληψης¹⁹, συντονισμού υπό την σκέπη του WHO²⁰, λήψης μη διακριτικών, *κατάλληλων*²¹ και επιστημονικά δικαιολογούμενων υγειονομικών μέτρων²², διευκόλυνσης του ελλιμενισμού των πλοίων, επιβίβασης και αποβίβασης επιβατών και πληρωμάτων και παροχής ιατρικής υποστήριξης, καθώς και προστασίας των πλοίων υπό διέλευση (με δικαίωμα σε κάθε περίπτωση ανεφοδιασμού)²³. Ενδεικτική της στάθμισης αυτής είναι η ρητή πρόβλεψη για την καταρχήν μη παρεμπόδιση της ελευθεροεπικοινωνίας (*free pratique*)²⁴, ακόμη και για λόγους δημόσιας υγείας, παρά μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις και με κριτήριο την αρχή της αναλογι-

15. Σ. 3.16.1, 4.4. Αξίζει να επισημανθεί ότι η σημασία της άδειας αυτής είχε υποβαθμιστεί στην ναυτιλιακή πρακτική, με την έννοια ότι δεν θεωρείτο προϋπόθεση για την ετοιμότητα προς φόρτωση του πλοίου (ενδεικτικό μάλιστα και το ακρωνύμιο WIFPON “*whether in free pratique or not*”). Βλ. και *The Delian Spirit* [1971] 1 Lloyd’s Rep. 506. Η κατάσταση βεβαίως άλλαξε άρδην μόλις ενέσκυψε η πανδημία.

16. Ν. 3991/2011.

17. Για συνοπτική παρουσίαση, J. Okerman & B. von Tigerstrom, ό.π., *The Canadian Yearbook of Int’l Law* 2020, σελ. 206-210.

18. Άρθ. 2.

19. Π.χ. τα συμβαλλόμενα κράτη οφείλουν να αναπτύξουν και να διατηρούν βασικές υποδομές υγείας στα σημεία εισόδου, συμπεριλαμβανομένων των λιμένων (άρθ. 19,20, Annex 1B), που δυστυχώς αποδείχθηκαν πολύ φτωχές στην πράξη.

20. Έκδοση προσωρινών συστάσεων για τη λήψη ομοιόμορφων κρατικών μέτρων (Ad hoc WHO “*Operational Considerations for Managing Covid-19 Cases and Outbreaks on Board Ships*”, Doc WHO/2019-nCoV/Ships/2020)

21. Άρα των λιγότερο περιοριστικών μέτρων.

22. Άρθ. 27, 42, 43.

23. Άρθ. 25(α).

24. Ορίζεται ως η άδεια που παρέχεται σε ένα πλοίο για να εισπλεύσει στον λιμένα, να επιβιβάσει ή αποβιβάσει, να φορτώσει ή εκφορτώσει φορτίο ή εφόδια (Άρθ. 1(Ι)).

κότητας²⁵. Είναι, ωστόσο, κοινός τόπος ότι το εν λόγω νομοθετικό πλέγμα όχι μόνο δεν εμπόδισε, αλλά ούτε καν ανέκοψε την άτακτη και ασυντόνιστη υιοθέτηση δυσανάλογων περιοριστικών μέτρων σε κρατικό επίπεδο. Η απουσία μηχανισμού συμμόρφωσης²⁶ και η οριζόντια παραβατικότητα των συμβαλλομένων κρατών εξηγούν σε ένα βαθμό την αναποτελεσματικότητα αυτή.

A.2. Ειδικώς, ως προς τα θεμελιώδη δικαιώματα της MLC

11. Σοβαρές και επανειλημμένες παραβάσεις κατεγράφησαν επίσης και σε σχέση με τα θεμελιώδη δικαιώματα που θεσπίζει η Διεθνής Σύμβαση Εργασίας (MLC), με επίκληση της ανωτέρας βίας (προστασίας της δημόσιας υγείας). Η διεθνής δυναμική που αναπτύχθηκε όμως ως προς τη Σύμβαση αυτή ήταν εντελώς διαφορετική, και τούτο για περισσότερους του ενός λόγους.

12. Καταρχάς, η MLC ενοποιεί, και εν μέρει εκσυγχρονίζει, 37 προγενέστερες ΔΣ της Δ.Ο.Ε. και 31 Συστάσεις, καλύπτοντας το σύνολο των πτυχών της ναυτεργασίας, από την σύμβαση ναυτολόγησης και τις συνθήκες εργασίας έως την προστασία της υγείας και της ασφάλειας · με την έννοια αυτή, αποτελεί τη «Χάρτα» των ναυτικών, ή άλλως το ελάχιστο ρυθμιστικό δίκτυ προστασίας, κάτω από το οποίο δεν είναι επιτρεπτή η εργασία στη θάλασσα²⁷. Η Χάρτα αυτή είναι σήμερα θετικό δίκαιο σε 101 συμβαλλόμενα κράτη που αντιπροσωπεύουν 96,6% της παγκόσμιας χωρητικότητας · στην πραγματικότητα, η αποδοχή της είναι καθολική, δεδομένου ότι η προβλεπόμενη σε αυτή ρήτρα «του μη ευνοούμενου κράτους», επιτρέπει την εφαρμογή της ΔΣ και σε πλοία τρίτων χωρών που καταπλέουν σε λιμένες συμβαλλομένων κρατών²⁸. Περαιτέρω, η ρύθμιση αφορά μία σημαντική εργασιακή ομάδα (2 εκ. περίπου ναυτικών), ιδιαίτερας ευάλωτη λόγω των ειδικών συνθηκών και της διασυννοριακότητας της δράσης της, η οποία όμως, ταυτόχρονα, ήταν απολύτως απαραίτητη για την διασφάλιση της αδιάλειπτης διακομιδής φαρμακευτικού υλικού και εφοδίων σε όλες τις χώρες κατά τη διάρκεια της πανδημίας. Τέλος, ως προς τη συμμόρφωση και επιβολή, η ΔΣ διαθέτει, πέραν των οριζόντιων εργαλείων του ILO, ίδιο μηχανισμό επιβολής με την εμπλοκή - σε επί-

25. Άρθ. 28 παρ. 2,3.

26. Βλ. και A. Tirrel & E. Mendenhall, *Cruise Ships, Covid-19 and Port/Flag State Obligations*, *Ocean Development & Int'l Law* (2021), 52:3, 225, ιδίως 233-234.

27. Το προοίμιο της MLC δίνει ρητώς προτεραιότητα στις ευνοϊκότερες διεθνείς ή εθνικές ρυθμίσεις. Ο δε 1^{ος} Τίτλος των Κανονισμών και του Κώδικα αναφέρεται ρητώς στις «Ελάχιστες Απαιτήσεις για την Εργασία Ναυτικών επί του Πλοίου». Βλ. επίσης ενδεικτικά Al. Ntovas in J. Lavelle (ed), *The Maritime Labour Convention 2006 (International Labour Law redefined)*, 2014, Κεφ. 8, σελ. 151 παρ. 8.3.

28. Άρθ. V παρ. 7.

πεδο πιστοποίησης και ελέγχου - τόσο των κρατών σημαίας όσο και λιμένος · η ενεργή συμμετοχή αυτών και, τελικώς, η εναλλαγή τους σε θέση παραβάτη και θιγόμενου, ανάλογα με το αν ενεργούσαν ως κράτη σημαίας ή λιμένος, πυροδότησε - σε συνδυασμό με την δράση επαγγελματικών φορέων - μία άνευ προηγουμένου κινητοποίηση.

13. Αν και οι παραβάσεις ήταν πολλές και ποικίλες, επισημαίνονται παρακάτω οι σημαντικότερες, σε επίπεδο νομικό και πραγματικό:

(α) *μη συναινετική παράταση της ναυτολόγησης*, λόγω της αδυναμίας αντιμετώπισης πληρωμάτων, κατά παράβαση του κανόνα που απαιτεί ελεύθερη, πληροφορημένη και συναινετική σύναψη της σύμβασης ναυτικής εργασίας²⁹ · υπό την ανάγνωση του ILO, η κατάσταση αυτή ισοδυναμούσε με μορφή απαγορευμένης *καταναγκαστικής εργασίας*·

(β) *συναφής με το παραπάνω, η συχνή υπέρβαση του μέγιστου χρόνου παραμονής επί του πλοίου*: αν και η ανώτατη διάρκεια αδιάκοπης υπηρεσίας επί του πλοίου δεν ορίζεται, προκύπτει, από τη συνδυαστική ανάγνωση των Προτύπων περί ετήσιας άδειας και περί παλιννόστησης³⁰, ότι αυτή δεν πρέπει να υπερβαίνει τους έντεκα (11) μήνες³¹. Κατά την περίοδο της πανδημίας, ωστόσο, εκατοντάδες χιλιάδες ναυτικοί βρέθηκαν εγκλωβισμένοι στα πλοία τους, με συνεχή χρόνο παραμονής πολύ ανώτερο του μέγιστου επιτρεπόμενου, ενίοτε και άνω των 17 συναπτών μηνών, με ιδιαίτερα βλαπτικές συνέπειες για την ψυχική και σωματική τους υγεία και, συνακόλουθα, για την ασφάλεια καθαυτή της ναυσιπλοΐας. Καταγεγραμμένες περιπτώσεις αυτοκτονίας επιβεβαιώνουν τη σοβαρότητα των διαπιστώσεων αυτών·

(γ) *παραβίαση του - θεμελιώδους για τη ναυτεργασία - δικαιώματος παλιννόστησης*, δηλ. του δικαιώματος επιστροφής του ναυτικού στη χώρα του, δαπάναις του πλοιοκτήτη, μετά την λήξη ή λύση της ναυτολόγησης³² · η παράβαση αυτή ήταν απότοκος των επιβληθεισών από τα κράτη λιμένος

29. Κανονισμός 2.1§2.

30. Πρότυπο A.2.4 (σύμφωνα με το οποίο ο ναυτικός δικαιούται 2,5 μέρες άδεια για κάθε μήνα εργασίας) και το Πρότυπο A.2.5.1. παρ. 2(β) (σύμφωνα με το οποίο τα κράτη μέλη ορίζουν τη μέγιστη διάρκεια των περιόδων υπηρεσίας επί του πλοίου, μετά την πάροδο των οποίων ο ναυτικός δικαιούται παλιννόστηση · οι περίοδοι αυτές πρέπει να είναι μικρότερες των 12 μηνών).

31. Για την επιβεβαίωση της ερμηνείας αυτής και την άρση των διαφωνιών που είχαν προκληθεί μεταξύ των κοινωνικών εταίρων, η Επιτροπή Εμπειρογνομόνων του ILO έχει επανειλημμένως διατυπώσει παρατηρήσεις στις εθνικές εκθέσεις. Βλ. επίσης ILO, *MLC Frequently Asked Questions*, 5th ed., 2019, σελ. 45.

32. Κανονισμός 2.5, Πρότυπο A.2.5.1.

απαγορεύσεων ή περιορισμών ως προς τις αντικαταστάσεις πληρωμάτων, τις αποβιβάσεις και τις μετακινήσεις μελών του πληρώματος³³· μάλιστα, ο κυλιόμενος, μη προβλέψιμος και συχνά δυσανάλογος χαρακτήρας των περιορισμών αυτών καθιστούσε αδύνατο οποιοδήποτε (επανα)σχεδιασμό εκ μέρους του πλοιοκτήτη, ώστε να καταστεί εφικτή - μέσω παρεκκλίσεων στην πορεία του πλοίου - η αποναυτολόγηση των ναυτικών σε λιμένα διαφορετικό από τον αρχικώς προγραμματισθέντα³⁴.

(δ) *παραβίαση του δικαιώματος σε ασφαλές εργασιακό περιβάλλον*, παρά τη ρητή διάταξη του άρθ. IV παρ. 1 (κάθε ναυτικός έχει δικαίωμα σε έναν ασφαλή και προστατευμένο από έκνομες ενέργειες χώρο εργασίας που να συμμορφώνεται με πρότυπα ασφάλειας)·

(ε) *συναφής με το παραπάνω, παραβίαση του δικαιώματος πρόσβασης σε άμεση και κατάλληλη ιατρική περίθαλψη, στο πλοίο και στην ξηρά*³⁵ και εν γένει του δικαιώματος στην προστασία της υγείας· το δικαίωμα αυτό αντιστοιχεί σε υποχρέωση τόσο του κράτους σημαίας όσο και του κράτους λιμένος, όσον αφορά την πρόσβαση σε υποδομές υγείας που βρίσκονται στην ξηρά³⁶. Η πρόσβαση αυτή απαγορεύθηκε επανειλημμένως, κατά τη διάρκεια της πανδημίας, ακόμη και για περιστατικά ή ασθένειες μη σχετιζόμενες με τον Covid-19³⁷, οδηγώντας σε ορισμένες περιπτώσεις ακόμη και σε απώλεια ζωής·

(στ) *παρεμπόδιση της διέλευσης (transit) των ναυτικών*: η παραβίαση αυτή αφορά κυρίως την εφαρμογή της αναθεωρημένης ΔΣ 185 (2003) για τα έγγραφα ταυτότητας των ναυτικών, και την προγενέστερή της ΔΣ 108, όπου αυτή ισχύει³⁸, με την έννοια ότι τα ομοιόμορφα και κοινώς αποδεκτά έγγραφα ταυτότητας (SDIs) έχουν στόχο, μεταξύ άλλων, να διευκολύνουν την αποβίβαση των ναυτικών στην ξηρά και τη διέλευσή τους από το παράκτιο κράτος³⁹, για την παλιννόστηση ή μετακίνησή τους σε άλλο πλοίο. Αν λόγοι δημόσιας υγείας μπορούν να δικαιολογήσουν περιορισμούς στην

33. Αύξηση παρατηρήθηκε επίσης στον αριθμό των εγκαταλείψεων ναυτικών. Το φαινόμενο αυτό δεν σχετίζεται ευθέως με τους επιβληθέντες λόγω Covid περιορισμούς, αλλά με την γενικότερη οικονομική ύφεση που προκλήθηκε από την πανδημία.

34. Χαρακτηριστική στην τραγικότητά της, ως αποκορύφωμα της αδικαιολόγητα σκληρής μεταχείρισης που επιφυλάχθηκε στους ναυτικούς, η περίπτωση της σορού του ρουμάνου πλοιαρχού που απεβίωσε εν πλω (βλ. *infra*, υπ. 77).

35. Άρθ. IV §1,4 - Κανονισμός 4.1.

36. Ρητώς Καν. 4.1. §3, Οδηγία Β.4.1.3.

37. Από εμφράγματα έως οδοντικές λοιμώξεις.

38. Ν. 4316/1963. Ισχύει σε 45 κράτη, ενώ η νεότερη 185 σε 35.

39. Άρθ. 657.

αποβίβαση με σκοπό την αναψυχή, τυχόν απαγορεύσεις ή περιορισμοί στη διέλευση καθαυτή δύσκολα θα έβρισκαν σκέπη στην αρχή της αναλογικότητας⁴⁰.

B. Τα αντανakλαστικά των μηχανισμών του διεθνούς δικαίου

14. Τα αντανakλαστικά των μηχανισμών του διεθνούς δικαίου ενεργοποιήθηκαν ως προς τις παραβάσεις της MLC, λόγω της σοβαρότητας, του εύρους και της συχνότητας αυτών, αλλά και λόγω των αλυσιδωτών συνεπειών τους στη διεξαγωγή της θαλάσσιας μεταφοράς (B.1.). Δύσκολα μπορεί πάντως να υποστηρίξει κανείς ότι η ενεργοποίηση αυτή ήταν και επαρκής (B.2.).

B.1. Οι κατακτήσεις

α. Η απόκρουση της άμυνας της «ανωτέρας βίας»

15. Η επίκληση της ανωτέρας βίας ήταν το κύριο επιχείρημα των συμβαλλομένων κρατών για να δικαιολογήσουν την επανειλημμένη παραβίαση των υποχρεώσεων τους που απορρέουν από την MLC · όσο εύλογη και αν ακουγόταν η άμυνα αυτή κατά την έναρξη της πανδημίας, με την επιβολή των πρώτων εκτεταμένων *lockdowns*, γρήγορα διατυπώθηκε ο προβληματισμός κατά πόσον οι εκτεταμένες μονομερείς παρεκκλίσεις θα οδηγούσαν τελικώς σε αποσύνθεση του πλέγματος προστασίας, που είχε εγκαθιδρυθεί με πολυετή διεθνή συνεργασία. Η ανησυχία αυτή εκδηλώθηκε με την αυστηροποίηση της θέσης της ΔΟΕ όσον αφορά τους μονομερείς κρατικούς περιορισμούς⁴¹, θέση που συντονίζει καλύτερα το βήμα με την αντίληψη της ανωτέρας βίας στο διεθνές δίκαιο.

16. Η MLC δεν περιέχει ρήτρα αναστολής της εφαρμογής της. Άρα, το κατά πόσον είναι δυνατή η προσωρινή αναστολή των ρυθμίσεών της, είναι ζήτημα που θα έπρεπε να κριθεί με τους γενικούς κανόνες και αρχές του διεθνούς δικαίου. Η Σύμβαση της Βιέννης περί των Συνθηκών (1969) δεν αναφέρεται ρητά στην ανωτέρα βία, μία αντανakλαση όμως αυτής μπορεί κανείς να βρει στα άρθρα 61 (επιγενόμενη αδυναμία εκπλήρωσης) και εν μέρει στο 62 (ριζική

40. Έτσι *Cl. Dombia-Henry*, Shipping and Covid-19: Protecting seafarers as frontline workers, *WMU Journal of Maritime Affairs*, 2020, 279, ιδίως 281.

41. Η πιο διαλλακτική θέση που διατυπώθηκε στο από 7.4.2020 Ενημερωτικό Σημείωμα (Note d'information) του Διεθνούς Γραφείου Εργασίας, ανασκευάστηκε στη συνέχεια στην δεύτερη έκδοση αυτού (2.0). Βλ. σχετικά *A. Charbonneau & P. Chaumette*, *Gens de mer et Covid-19*, *DMF* (827) 2020, 677, ιδίως 681-82.

μεταβολή περιστάσεων)⁴². Η πρώτη, ειδικότερη⁴³ και πολύ στενά οριοθετημένη, που θα μπορούσε να ενδιαφέρει εν προκειμένω, επιτρέπει την αναστολή εφαρμογής μίας σύμβασης όταν το συμβαλλόμενο κράτος τελεί σε επιγενόμενη και απόλυτη αδυναμία εκπλήρωσης, προσωρινού χαρακτήρα · απαιτείται όμως αφενός καταστροφή αντικειμένου αναγκαίου για την εκτέλεση της συνθήκης, αφετέρου αδυναμία εκπλήρωσης, και μάλιστα ανυπαίτια.

17. Συναφής με τον κανόνα του άρθ. 61, χωρίς όμως να ταυτίζεται με αυτόν, είναι η - κατά τι ευρύτερη - άμυνα της ανωτέρας βίας στο εθιμικό διεθνές δίκαιο της ευθύνης των κρατών⁴⁴. Στους κανόνες της *International Law Commission on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*⁴⁵, ως ανωτέρα βία ορίζεται η «*occurrence of an irresistible force or of an unforeseen event, beyond the control of the State, making it materially*

42. Το άρθ. 62 προβλέπει την δυνατότητα καταγγελίας μίας σύμβασης ή αναστολής εφαρμογής της, όταν συντρέχει απρόβλεπτη και θεμελιώδης μεταβολή των περιστάσεων που αποτέλεσαν την βάση της συμβατικής δέσμευσης, και η οποία μεταβολή τροποποιεί ριζικά το περιεχόμενο της αναληφθείσας υποχρέωσης (*Rebus sic standibus*). Βλ. Ε. Ρούκουνα, ό.π., σελ. 139επ.. Θεωρείται εξαιρετική ρύθμιση, αρνητικώς διατυπωμένη, αντιμετωπίζεται δε ιδιαιτέρως επιφυλακτικά από τη θεωρία, διότι εκλαμβάνεται ως κίνδυνος για τη σταθερότητα των διακρατικών σχέσεων · προϋποθέτει αντικειμενικώς θεμελιώδη αλλαγή, απρόβλεπτη κατά το χρόνο της σύναψης, η οποία καταστρέφει τη βάση της σύμβασης (Shaw/Fournet, art. 62, in O. Korten & P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, A Commentary*, Vol. II, 2011, 1411, 1422επ.) · δεν είναι δυνατόν να υποστηριχθεί αφενός το μη προβλέψιμο μεταδοτικών νοσημάτων (με τέτοια φαινόμενα γνωστά από το μεσαίωνα), αφετέρου ότι το γεγονός της πανδημίας κατέστρεψε τη βάση των υποχρεώσεων ως προς τα πληρώματα των πλοίων, τόσο στα κράτη σημαίας όσο και λιμένος.

43. Giegerich, Art. 61 in O. Dörr/K. Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties - A Commentary*, 2nd ed. 2018, 1127, 1141, I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., 1984, 190-192.

44. Ο μεν κανόνας του άρθ. 61 είναι «πρωτογενής» και νομιμοποιεί, υπό τις προϋποθέσεις που αυτός θέτει, τη μη εφαρμογή από το συμβαλλόμενο κράτος ορισμένων ή όλων των διατάξεων μίας σύμβασης, χωρίς αυτό να θεωρείται παράβαση διεθνούς υποχρέωσης, ενώ η δεύτερη αρχή (της ανωτέρας βίας) είναι «δευτερογενής», δηλ. εμποδίζει τη θεμελίωση της ευθύνης και τη γένεση δευτερογενών αξιώσεων αποζημίωσης λόγω της «παράβασης» (Giegerich, ό.π., σελ. 1141). Πάντως, τα όρια μεταξύ των δύο είναι ασαφή, ιδίως όταν πρόκειται για προσωρινή αδυναμία εκπλήρωσης, δημιουργώντας την εντύπωση της παρείσφρησης του δικαίου της ευθύνης στο δίκαιο των συνθηκών και αντίστροφα · φαίνεται ότι τελικώς είναι ζήτημα επιλογής του συμβαλλόμενου κράτους σε ποιο από τα δύο πεδία θέλει να αναπτύξει τα επιχειρήματά του, αν θέλει δηλ. να ενεργοποιήσει την ασπίδα της ανωτέρας βίας, ή το «ξίφος» της προσωρινής αδυναμίας εκπλήρωσης (βλ. αναλυτικά, Bodeau-Livinec/Morgan-Foster, in O. Korten & P. Klein, *The Vienna Conventions on the Law of the Treaties*, Vol. II, ό.π., 1394επ., 1406). Βλ. και υπόθεση αρχής Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia, I.C.J. Reports 1997, 7).

45. GA Res. 56/83, 12.12.2001.

impossible in the circumstances to perform the obligation” (άρθ. 23). Για να αποσείσται λοιπόν η ευθύνη του συμβαλλόμενου κράτους για παραβίαση διεθνούς υποχρέωσής του, θα πρέπει να συντρέχει ακαταμάχητο εμπόδιο ή απρόβλεπτο (και μη προβλέψιμο) γεγονός που να προκαλεί αιτιωδώς την απόλυτη αδυναμία συμμόρφωσης του⁴⁶ · δυσχέρεια εκπλήρωσης λόγω π.χ. οικονομικής ή πολιτικής κρίσης, δεν αρκεί⁴⁷. Ούτε επίσης επιτρέπεται η επίκληση της ανωτέρας βίας αν η μη εκπλήρωση προκαλείται από ενέργειες του συμβαλλόμενου κράτους (π.χ. ολιγωρίας στη λήψη μέτρων)⁴⁸. Ακόμη δυσκολότερη είναι η επίκληση της «κατάστασης ανάγκης» (*état de nécessité*) του άρθ. 25, ως απαλλακτικού της ευθύνης λόγου⁴⁹.

18. Η παραπάνω συσταλτική προσέγγιση, (ορθή νομικά και ουσιαστικά) υιοθετήθηκε από τη ΔΟΕ και αποτυπώθηκε στην Γενική Παρατήρηση (*General Observation*) της Επιτροπής Εμπειρογνώμων κατά την 91^η Συνεδρίασή της, τον Δεκέμβριο του 2020. Σε αυτήν κατέστη σαφές ότι η άμυνα της ανωτέρας βίας δεν μπορεί να ενεργοποιηθεί από τη στιγμή που τα κράτη διαθέτουν εναλλακτικές επιλογές δυνάμενες να εξασφαλίσουν συμμόρφωση προς την MLC, ακόμη και αν αυτές οι επιλογές είναι πιο δύσκολες ή πιο επαχθείς · οι εθνικές αρχές όφειλαν συνεπώς να λάβουν όλα τα αναγκαία μέτρα αποκατάστασης της προστασίας των δικαιωμάτων των ναυτικών και να εκπληρώσουν στο ακέραιο τις απορρέουσες από την ανωτέρω ΔΣ υποχρεώσεις τους, κατά το ρητώς προβλεπόμενο στη Σύμβαση καθήκον συνεργασίας (άρθ. Ι), δεδομένου μάλιστα ότι το παρεχόμενο από την MLC ελάχιστο δίκτυο προστασίας ήταν - κατά τη διάρκεια της πανδημίας - περισσότερο αναγκαίο από ποτέ!

46. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, 2005, art. 23, 170 επ. με νομολογιακά παραδείγματα.

47. *Ibid*, σελ. 171.

48. *Ibid*, σελ. 173.

49. Εμφανής η συσταλτική προσέγγιση στην αρνητική διατύπωση του κανόνα. «Κατάσταση ανάγκης» νοείται όταν η παραβίαση της διεθνούς υποχρέωσης είναι το *μόνο μέσο* που διαθέτει το συμβαλλόμενο κράτος για την προστασία ζωτικού του συμφέροντος από σοβαρό και επικείμενο κίνδυνο, υπό την προϋπόθεση ότι δεν θίγεται σοβαρά ουσιώδες συμφέρον άλλων κρατών έναντι των οποίων ισχύει αυτή η υποχρέωση ή της διεθνούς κοινότητας στο σύνολό της (J. Crawford, *ό.π.*, σελ. 178 επ.). Απαιτείται επίσης το κράτος να μην έχει συμβάλει στην πρόκληση της κατάστασης ανάγκης. Η δημόσια υγεία είναι προφανώς ζωτικό συμφέρον για κάθε κράτος, δύσκολα όμως θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι οι απαγορεύσεις και τα περιοριστικά μέτρα ήταν η μόνη λύση προστασίας αυτής, ιδίως μετά την πρώτη περίοδο, και πάντως ότι τηρήθηκε η αρχή της αναλογικότητας, λαμβανομένων υπόψη των δικαιωμάτων των λοιπών κρατών σημαίας και προέλευσης των ναυτικών.

Β. Συντονισμός διεθνών φορέων

19. Η ως άνω Γενική Παρατήρηση (2020) εντάσσεται σε ένα γενικότερο πλαίσιο πρωτοφανούς συντονισμού και συνεργασίας διεθνών οργανισμών, που εν μέρει προκλήθηκε και σίγουρα ενισχύθηκε από την κινητοποίηση διεθνών επαγγελματικών ενώσεων, κυρίως πλοιοκτησίας και ναυτικών · οι τελευταίες (ICS, ITF) προσέφυγαν σε οργανισμούς - κλάδους των Η.Ε.⁵⁰ με αρμοδιότητα, κύρια ή παράλληλη, στον ναυτιλιακό τομέα, αναζητώντας συνδρομή και οδηγίες, ενώ συχνά συμμετείχαν στην εκπόνηση των αντίστοιχων κειμένων. Η ενεργοποίηση αυτή συνιστά αναμφισβήτητη κατάκτηση του διεθνούς δικαίου και δείκτη της πρακτικής αποτελεσματικότητας των οργάνων του⁵¹.

20. Την πρωτοκαθεδρία είχε ο ΔΝΟ/ΙΜΟ, με την πρωτοβουλία εκπόνησης και δημοσίευσης 35 εγκυκλίων⁵², που παρακολουθούσαν τις εξελίξεις στην πράξη αλλά και με την διεύθυνση του συντονισμού με τους λοιπούς φορείς⁵³. Ο ρόλος του WHO ήταν εξ αντικειμένου κομβικός, τόσο λόγω των οδηγιών που ο ίδιος εξέδιδε⁵⁴, όσο και της κατεύθυνσης που υποδείκνυε στη δράση των υπολοίπων. Ιδιαίτερης όμως μνείας χρήζει και ο ρόλος της ΔΟΕ, λόγω της (ασυνήθους) εξωστρέφειας και ταχύτητας των αντανakλαστικών της αλλά και της ενεργοποίησης των οργάνων της σε όλα τα επίπεδα⁵⁵. Αναφέρονται ενδεικτικά η Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του Οργάνωσης για τα ζητήματα ναυτεργασίας στην περίοδο της πανδημίας (8.12.2020)⁵⁶, οι επιστολές

50. Υπό τη σκέπη των Η.Ε. (βλ. και UN Resolution A/75/L.37 of 1.12.2020 on International cooperation to address challenges faced by seafarers and to support global supply chains).

51. Αν και το κέντρο Βάρους Βρισκόταν στους διεθνείς οργανισμούς, η συνεκτική δράση της ΕΕ δεν πρέπει να παροράται (τόσο ως κινητήριος μοχλός όσο και ως μηχανισμός επιβολής και ελέγχου). Βλ. ενδεικτικά *EU PRT Guidelines on health, repatriation and travel arrangements for seafarers, passengers and other persons on board ships, C(2020) 3100 final, 8.4.2020*.

52. No 4204/Add 1-35 (στον ιστότοπο του ΙΜΟ αλλά και σε *Cl. Dombia-Henry*, ό.π., Annex I). Επίσης ΙΜΟ MSC Resolution 473 (ES.2) on “*Recommended action to facilitate ship crew change, access to medical care and seafarer travel during the Covid-19 pandemic*” (21.9.2020).

53. Ενδεικτικά ΙΜΟ, WHO, ICAO, ILO, ΙΜΟ joint-statement to prioritize vaccination of seafarers (3/2021). Στο πλαίσιο του ΙΜΟ συστήθηκε επίσης η *Seafarers Action Crisis Team (SCAT)* για τη διερεύνηση ατομικών καταγγελιών, σε συνεργασία με τη Δ.Ο.Ε., την ITF και την ICS.

54. Βλ. υποσ. 20.

55. Βλ. και *A. Charbonneau & P. Chaumette*, ό.π., DMF 2020, 680-682.

56. Resolution ILO GB 340 (Rev.2) -8.12.2020 “*concerning maritime labour issues and the Covid-19 pandemic*”.

του Γενικού Διευθυντή προς όλα τα συμβαλλόμενα κράτη⁵⁷, σε συνέχεια της εν λόγω Απόφασης και της Γενικής Παρατήρησης της Επιτροπής Εμπειρογνομόνων, καλώντας τα να συμμορφωθούν άμεσα στις απορρέουσες από την MLC υποχρεώσεις τους, ιδίως οι στοχευμένες επιστολές επείγοντος χαρακτήρα (*lettres d'urgence*) προς κράτη που ενέχονταν για σοβαρές παραβάσεις · στην ίδια γραμμή, οι Αποφάσεις της Ειδικής Τριμερούς Επιτροπής (STC) τον Απρίλιο του 2021, σχετικά με την πρακτική εφαρμογή της MLC και τον εμβολιασμό των ναυτικών.

γ. Οι ναυτικοί ως «key-workers»

21. Μεταξύ των υιοθετηθέντων μέτρων, ξεχωρίζει σε επίπεδο συμβολισμού και δυνατότητας αξιοποίησης, ο χαρακτηρισμός των ναυτικών ως «*εργαζόμενων σε θέση κλειδί*». Προερχόμενη από τον IMO⁵⁸, η πρόταση βρήκε ευήκοα ώτα και στο καθ' ύλην αρμόδιο forum της ΔΟΕ. Ωστόσο, νομικώς η αποδοχή δεν ήταν αυτονόητη, δεδομένου ότι στο διεθνές εργατικό δίκαιο είναι γνωστή μόνο η κατασκευή του εργαζόμενου στις “*essential public services*”, δηλ. στον πυρήνα του δημόσιου τομέα, του οποίου η λειτουργία δεν πρέπει να διακόπτεται⁵⁹. Η νέα έννοια του «*key worker*» αποτυπώνεται πλέον σε κείμενα τόσο ήπιου όσο και δεσμευτικού χαρακτήρα της ΔΟΕ και υποδηλώνει τους εργαζόμενους σε ζωτικούς τομείς της οικονομίας, των οποίων οι υπηρεσίες είναι απαραίτητες για την αδιάλειπτη λειτουργία της παγκόσμιας αλυσίδας εφοδιασμού (κατεξοχήν λοιπόν οι ναυτικοί) · πάντως, το ζήτημα του ακριβούς περιεχομένου και των συγκεκριμένων εννόμων συνεπειών που απορρέουν από τον χαρακτηρισμό αυτό, παραμένει ανοικτό.

22. Δεν χωρεί αμφιβολία ότι η έννοια του *key worker* συνδέεται με τη διευκόλυνση της κινητικότητας των ναυτικών, της εξόδου στην ξηρά και της παροχής ιατροφαρμακευτικής περίθαλψης⁶⁰. οι στόχοι αυτοί προϋποθέτουν για

57. Ιούλιος 2021. Σε συνέχεια αυτών, οι ΗΠΑ και το Βέλγιο αποφάσισαν να λάβουν μέτρα διευκόλυνσης των εμβολιασμών.

58. Στις 20.4.2020, ο Γ.Γ. του IMO απέστειλε επιστολή σε όλα τα κράτη μέλη, καλώντας τα να αναγνωρίσουν τους ναυτικούς ως «*key workers*» (Cl. *Doumbia-Henry*, ό.π., σελ. 284). Στη συνέχεια, στο ίδιο πνεύμα, Resolution MSC.473(ES.2)-1.9.2020, ό.π., Resolution A/75/L.37-1.12.2020 (ό.π.), Resolution ILO GB340 (rev.2) ό.π..

59. Βλ. ΔΣ 87 (1948) περί Συνδικαλιστικής Ελευθερίας και του προστασίας του Συνδικαλιστικού Δικαιώματος.

60. Έτσι ενδεικτικώς η Γενική Παρατήρηση της Επιτροπής Εμπειρογνομόνων του ILO (12/2020). Αντιστοίχως η πρώτη Απόφαση της STC (Part I) κατά την 4^η Συνεδρίαση της (19-23/4/2021) με την οποία καλούνται τα κράτη μέλη να υλοποιήσουν τον χαρακτηρισμό με σειρά μέτρων από τα προεκτεθέντα. Η δεύτερη Απόφαση της ίδιας Συνεδρίασης αφορούσε το ειδικότερο ζήτημα του εμβολιασμού.

την υλοποίησή τους επιμέρους μέτρα, όπως η διασφάλιση επιβίβασης, αποβίβασης και διέλευσης, άρα εξαίρεσης από ταξιδιωτικούς περιορισμούς και μέτρα εγκλεισμού (πλην περιπτώσεων νόσησης), αναγνώριση πιστοποιητικών με ανοχή στους χρόνους ανανέωσης, *κατά προτεραιότητα πρόσβαση σε εμβολιασμό*⁶¹ με δημιουργία αντίστοιχων κέντρων και αναγνώριση σχετικών βεβαιώσεων, εξασφάλιση προστατευτικού υλικού επί του πλοίου, εκπαίδευση σε πρωτόκολλα υγειονομικής προστασίας, άμεση πρόσβαση στην ξηρά για παροχή υπηρεσιών υγείας αλλά και στοιχειώδη αναψυχή κ.ά.. Η υλοποίησή τους εξαρτάται, ανάλογα με τη φύση εκάστου, από τα κράτη σημαίας, λιμένος ή προέλευσης ναυτικών, στις περισσότερες όμως φορές η συνεργασία και ο συντονισμός είναι αναγκαίοι με το βάρος να πέφτει στα κράτη λιμένος (τόσο όσον αφορά τις διευκολύνσεις όσο και τον έλεγχο εφαρμογής των κανόνων της MLC).

δ. Οι τελευταίες τροποποιήσεις της MLC (2022)

23. Οι τροποποιήσεις της MLC που υιοθετήθηκαν το 2022 για την ίαση των διαπιστωθέντων κατά την πανδημία προβλημάτων και ρυθμιστικών κενών, μπορούν επίσης να πιστωθούν στα θετικά αντανakλαστικά του διεθνούς δικαίου. Ως γνωστόν, η ΔΣ περιλαμβάνει μηχανισμό «σιωπηρής αναθεώρησης» του Κώδικά της⁶², κατά το παράδειγμα των ναυτιλιακών συμβάσεων του IMO, που εξασφαλίζει ταχεία υιοθέτηση, θέση σε ισχύ και ευρεία αποδοχή των τροποποιήσεων. Με βάση τη διαδικασία αυτή, έχουν ήδη λάβει χώρα τρεις ομάδες τροποποιήσεων: το 2014⁶³, με βασική καινοτομία την υποχρεωτική κάλυψη αστικής ευθύνης για την «εγκατάλειψη» ναυτικού και τις περιπτώσεις θανάτου, ασθένειας και σωματικής βλάβης · το 2016⁶⁴, με έμφαση στην απαγόρευση σεξουαλικής παρενόχλησης και την παράταση ισχύος του DCML· και το 2018⁶⁵ με έμφαση στην προστασία του ναυτικού σε περίπτωση πειρατείας ή ένοπλης ληστείας (παράταση σύμβασης, καταβολή μισθών και αποδοχών).

24. Οι τελευταίες τροποποιήσεις, που αναμένεται να τεθούν σε ισχύ το 2024, καταδεικνύουν ότι το «πάθημα» της πανδημίας έγινε σε ένα βαθμό ρυθμιστικό μάθημα, με ορισμένες από τις συνέπειες του χαρακτηρισμού *key-worker* να αποκτούν νομοθετικό αποτύπωμα. Μεταξύ άλλων, προβλέφθηκε *ρητώς* η

61. Βλ. υποσ. 53.

62. *Tacit amendment procedure* (άρθ. XV).

63. Σε ισχύ από 18.1.2017 (Π.Δ. 3/2017).

64. Σε ισχύ από 18.1.2019 (Π.Δ. 113/2018).

65. Σε ισχύ από 26.12.2020 (Π.Δ. 8/2021).

υποχρέωση συνεργασίας των κρατών για την υλοποίηση της παλιννόστησης⁶⁶ ή του επαναπατρισμού της σορού αποθανόντων ναυτικών⁶⁷, το δικαίωμα αποβίβασης για άμεση ανάγκη ιατρικής φροντίδας⁶⁸, η παροχή κατάλληλου υγειονομικού εξοπλισμού⁶⁹, δωρεάν πρόσβαση των ναυτικών σε επαρκή τρόφιμα και πόσιμο νερό⁷⁰, η εξασφάλιση εύλογης επικοινωνίας με τις οικογένειές τους, κοινωνικής δικτύωσης και πρόσβασης στο διαδίκτυο επί του πλοίου και στην ξηρά⁷¹.

B.2. Οι αδυναμίες

25. Παρά τα θετικά σημεία που προεκτέθηκαν, οι ανεπάρκειες του διεθνούς μηχανισμού δεν παρορώνται · έχουν αιτίες νομικές, πραγματικές και πολιτικές.

26. Καταρχάς, η έλλειψη εξουσίας αποτελεσματικής επιβολής του διεθνούς δικαίου, με κυρώσεις όπου δει, ήταν και εδώ προφανής. Επισημαίνεται ότι η πλειοψηφία των κειμένων που εκπονήθηκαν από τους διεθνείς οργανισμούς και συζητήθηκαν παραπάνω, ήταν ήπιου/μη δεσμευτικού χαρακτήρα: στην ουσία καλούσαν τα συμβαλλόμενα κράτη να τηρήσουν τις ήδη ανειλημμένες υποχρεώσεις τους και τους παρείχαν κατευθυντήριες οδηγίες για να εκπληρώσουν τη συμμόρφωση στις ειδικές συνθήκες της πανδημίας. Ωστόσο, η ανταπόκριση των κρατών υπήρξε ανομοιογενής και πάντως, μη ικανοποιητική. Ενδεικτικά, στο αίτημα παροχής πληροφοριών της Επιτροπής Εμπειρογνομόνων ανταποκρίθηκε μόνο το 30% των συμβαλλομένων στην MLC κρατών · σύμφωνα με την έκθεση των ITF/ICS που υποβλήθηκε στη ΔΟΕ με βάση το άρθρ. 23 του Καταστατικού Χάρτη, οι παραβιάσεις των θεμελιωδών δικαιωμάτων των ναυτικών συνεχίζονταν σε μεγάλο βαθμό κατά τη διάρκεια του 2021 · η ίδια η Επιτροπή εξέφρασε, στην ετήσια Έκθεση του 2021⁷², την βαθύτατη ανησυχία της για την έκταση και την ένταση των παραβιάσεων και την έλλειψη έμπρακτης αλληλεγγύης στην αντιμετώπιση της πανδημίας⁷³. Άνιση ήταν επίσης η υλοποίηση των δεσμεύσεων σχετικά με τον χαρακτηρισμό των

66. Πρότυπο A.2.5.1. (παρ.9).

67. Πρότυπο A.4.1 (παρ.5). και Οδηγία B.4.1.4 (παρ. 1Κ).

68. Πρότυπο A4.1. (παρ. 6) και Οδηγία B4.1.3 (παρ. 4,5).

69. Πρότυπο A4.3 (παρ.18). Για τη σημασία των προληπτικών μέτρων και, ιδίως της πρόσβασης σε προστατευτικό εξοπλισμό, βλ. Z. *Amxilat*, The legal rights of seafarers to health protection measures during the Covid-19 pandemic, JIML 26 (2020), 4, 253επ..

70. Πρότυπο A3.2. (παρ. 2^α,Β).

71. Πρότυπο A3.1 (παρ. 17) και Οδηγίες B.3.1.11 (παρ. 4j,8), B.4.4.2 (παρ. 5).

72. Final Report, STCMLC/Part I/2021/3, σελ. 13επ..

73. Το ίδιο έπραξε και το 2022, κατά την ατομική αξιολόγηση των εθνικών εκθέσεων ορισμένων συμβαλλομένων κρατών.

ναυτικών ως «*key workers*» · σύμφωνα με τον ΙΜΟ, μόνο 65 κράτη μέλη είχαν επισήμως προβεί, μέχρι τον Μάρτιο του 2022⁷⁴, στον χαρακτηρισμό αυτό, χωρίς μάλιστα να προκύπτει το περιεχόμενο των μέτρων υλοποίησης ή τουλάχιστον η ομοιομορφία αυτών.

27. Είναι πάντως ενδιαφέρον ότι οι διεθνείς ενώσεις εργοδοτών και εργαζομένων απέφυγαν να ενεργοποιήσουν τον οριζόντιο μηχανισμό κύρωσης της ΔΟΕ, μέσω καταγγελίας κατά συγκεκριμένου ή συγκεκριμένων κρατών (με βάση το άρθ. 25 του Καταστατικού Χάρτη). Πέραν του προφανώς χρονοβόρου της διαδικασίας, οι βασικές αιτίες έγκεινται μάλλον στα εξής: i) η στρατηγική του “*no name, no shame*” που προκρίθηκε συνειδητά, επιδίωκε την μέγιστη συνεργασία και συσπείρωση και όχι τη μεμονωμένη στοχοποίηση · ii) άλλωστε, το ζήτημα αναδείχθηκε εξ αρχής ως «*πρόβλημα συλλογικής δράσης*» (με την έννοια ότι, ενώ τα οφέλη της συνεργασίας ήταν προφανή, υπερίσχυσε η σύγκρουση συμφερόντων, οι δε εθνικές αρχές, ιδίως των κρατών λιμένων, ενήργησαν πρωτίστως ως φορείς προστασίας του εθνικού συμφέροντος και όχι ως μηχανισμοί τήρησης διεθνών υποχρεώσεων) · iii) ως πρόσθετος παράγοντας πολυπλοκότητας επισημαίνεται ότι συχνά τόσο η παραβίαση όσο και η άρση της προϋπέθετε (και απαιτούσε) την εμπλοκή περισσότερων κρατών (σημείας, λιμένος ή/και προέλευσης ναυτικών) · λόγου χάρη, η αναγκαστική παράταση της σύμβασης εργασίας αφορά πρωτίστως την σύνθεση, ασφάλεια και αξιοπλοΐα του πλοίου, άρα το κράτος σημείας, ωστόσο η ίαση του προβλήματος εξαρτόταν εν τοις πράγμασι από τη συνεργασία των αρχών του κράτους λιμένος. Οι παραπάνω διαπιστώσεις συγκλίνουν λοιπόν στο συμπέρασμα ότι, τελικώς, το κύριο εμπόδιο συμμόρφωσης ήταν η γενικευμένη έλλειψη πραγματικής πολιτικής βούλησης για συντονισμό και έμπρακτη αλληλεγγύη στην αντιμετώπιση της πανδημίας, και τούτο στην συντριπτική πλειοψηφία των συμβαλλομένων κρατών, έστω και αν ο συνδυασμός αιτίων διέφερε μερικώς από το ένα κράτος στο άλλο (π.χ. δημόσια υγεία, ελλειπείς υγειονομικές δομές, ανεπάρκεια προστατευτικού εξοπλισμού, άγνοια, μειωμένη σχέση με θαλάσσιο εμπόριο, καχυποψία απέναντι στο νηολόγιο της σημαίας⁷⁵) · τα χαρακτηριστικά παραδείγματα «της σορού του Ρουμάνου πλοι-

74. Circular Letter No 4204/Add. 35/Rev. 11/22.3.2022. Μεταξύ αυτών και η χώρα μας.

75. Τέτοιες επιφυλάξεις διατυπώθηκαν για τα ανοικτά νηολόγια στα οποία είναι εγγεγραμμένα πολλά πλοία θαλάσσιας περιήγησης, παρά τον ουσιώδη δεσμό με τις ΗΠΑ, και τα ελαστικότερα μέτρα πρόληψης και προφύλαξης που αυτά εφαρμόζουν. Στο πλαίσιο αυτό, οι A. Tirrel & E. Mendenhall πρότειναν την εγκαθίδρυση ευθύνης του κράτους σημείας για το κόστος ιατρικής περίθαλψης και λοιπών υπηρεσιών που επωμίζεται το κράτος λιμένος (ό.π., Ocean Development & Int'l Law (2021), σελ. 234-238).

άρχου»⁷⁶ και των ναυτικών από το Κιριμπάτι⁷⁷ επιβεβαιώνουν περίτρανα του λόγου το αληθές!

II. Η αναγκαστική προσαρμοστικότητα των κανόνων ιδιωτικού ναυτικού δικαίου

28. Η περιορισμένη αποτελεσματικότητα του διεθνούς δικαίου, η έλλειψη συντονισμού σε διακρατικό επίπεδο και, ιδίως, η έλλειψη πολιτικής βούλησης για εξεύρεση ταχέων και γενικώς αποδεκτών λύσεων προκάλεσαν αναπόφευκτα τη μεταφορά του κινδύνου στους ώμους της ναυτιλιακής βιομηχανίας. Η τελευταία επεδίωξε αφενός, να επιτύχει μία οικονομικώς ικανοποιητική κατανομή του κινδύνου, αξιοποιώντας τα αυτορρυθμιστικά της εργαλεία⁷⁸, αφετέρου να προβλέψει ή επιλύσει τα νομικά προβλήματα, με βάση τους υφιστάμενους νομικούς θεσμούς. Ο βαθμός προσαρμοστικότητας και ανθεκτικότητας των νομικών θεσμών τόσο στο πλαίσιο της ναύλωσης (Α) όσο και της θαλάσσιας μεταφοράς (Β), αποτελεί το κύριο αντικείμενο της παρούσας Ενότητας · θα εξετασθούν διακριτά, παρόλο που το φαινόμενο στην πράξη είναι πολύ πιο πολύπλοκο, λόγω της αλυσιδωτής διασύνδεσης των συμβάσεων εκμετάλλευσης του πλοίου⁷⁹.

A. Οι συμβάσεις ναύλωσης υπό συνθήκες Covid

29. Τα ζητήματα που ανέκυψαν σχετικά με την εκτέλεση συμβάσεων ναύλωσης, συστηματοποιούνται σε τέσσερις ομάδες: πρώτον, κατά πόσον αποτέλεσε η πανδημία λόγο λύσης ή αναστολής της σύμβασης ναύλωσης · δεύτερον,

76. Ο πλοίαρχος του φορτηγού πλοίου V**W**, σημαίας Λιβερίας και ελληνικής διαχείρισης, απεβίωσε ξαφνικά στις 19.4.2021, μάλλον από καρδιακό επεισόδιο, ενώ το πλοίο κατευθυνόταν να εκφορτώσει στην Κίνα · τόσο το κράτος εκφόρτωσης, όσο και δέκα άλλα ασιατικά κράτη (στους λιμένες των οποίων προσέγγισε το πλοίο, μεταξύ των οποίων και το Βιετνάμ για εργασίες επισκευής), αρνήθηκαν να επιτρέψουν την «έξοδο» της σορού και την μεταφορά της στη Ρουμανία. Το πλοίο συνέχισε τους πλόες για έξι περίπου μήνες με τη σορό στο ψυγείο του πλοίου και το ηθικό του πληρώματος σε δραματική κατάσταση. Τελικώς με παρέμβαση του ILO, δόθηκε άδεια «αποβίβασης» στα Η.Α.Ε.

77. Επρόκειτο για περίπου 150 ναυτικούς καταγωγής από το Κιριμπάτι που είχαν ναυτολογηθεί σε διεθνείς θαλάσσιους μεταφορείς και έμειναν εγκλωβισμένοι πάνω από 2 έτη (!) στις νήσους Φίτζι και αλλαχού σε άθλιες συνθήκες, λόγω άρνησης της πατρίδας τους να επιτρέψει επαναπατρισμό, με επιχείρημα την προληπτική προστασία κατά της διάδοσης του κορονοϊού.

78. Δραστικές παρεμβάσεις στις έννομες σχέσεις με έκτακτα νομοθετικά μέτρα δεν ήταν, ούτε ή άλλως, δυνατά, λόγω της διασυννομιότητας της ναυτιλιακής δραστηριότητας.

79. UNCTAD, COVID-19 Implications for Commercial Contracts, 2021, σελ. 9.

ποια ήταν η επίδραση στην εκτέλεση των υποχρεώσεων του εκναυλωτή · τρίτον, αν και πώς επηρέασε (και) τη θέση του ναυλωτή · τέλος, πώς κατανεμήθηκε συμβατικώς ο κίνδυνος, μέσω προτύπων ρητρών, που διατυπώθηκαν ειδικά για το σκοπό αυτό.

Α.1. Η πανδημία ως λόγος λύσης της σύμβασης ναύλωσης

α. Γενικά

30. Δεδομένου ότι οι περισσότερες συμβάσεις ναύλωσης διέπονται κατ'επιλογή των μερών από το αγγλικό δίκαιο, το ερώτημα εστιάζει στη δυνατότητα επίκλησης εν προκειμένω της θεωρίας της *frustration*: κατά πόσον δηλ. τα (επαχθέστερα κυρίως) κωλύματα που προκλήθηκαν από περιοριστικά λόγω πανδημίας μέτρα θα μπορούσαν να επιφέρουν λύση της σύμβασης, λόγω ανατροπής του δικαιοπρακτικού της θεμελίου (εξαιτίας ανυπαίτιας και ριζικής μεταβολής της φύσης της αναληφθείσας υποχρέωσης)⁸⁰.

31. Ως γνωστόν, τα περιθώρια που αφήνονται στη χρήση του εργαλείου αυτού, σε ένα δικαϊκό σύστημα όπως το αγγλικό, που προσχωρεί ανεπιφύλακτα στην «ιερότητα των συμβάσεων», είναι άκρως περιορισμένη⁸¹. Γίνεται δεκτή, υπό την προϋπόθεση ότι τα μέρη δεν έχουν ρυθμίσει συμβατικά την κατανομή του κινδύνου⁸², στις εξής - περιοριστικά αναφερόμενες - περιπτώσεις: α) φυσική ή νομική αδυναμία παροχής του κύριου αντικειμένου⁸³ της σύμβασης ή κρίσιμων για την παροχή στοιχείων, β) υπέρμετρη δυσχέρεια εκτέλεσης, γ) ματαίωση του σκοπού της σύμβασης. Αν, όμως εξαιρετικώς, καταφαθεί μία από αυτές, η σύμβαση λύεται αυτοδικαίως (συνέπεια που κατά κανόνα αναγνωρίζεται δια της δικαστικής οδού) · οι περαιτέρω συνέπειες ρυθμίζονται - ως προς τις ναυλώσεις γυμνού σκάφους και τις χρονοναυλώσεις - από τη *Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943*, σύμφωνα με την οποία τυχόν καταβο-

80. *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*, [1956] A.C. 696.

81. Αναλυτικά για το θεσμό, βλ. *Scrutton on Charterparties and bills of lading*, 2019, παρ. 2-088 επ., *T. Coghlin et al.*, *Time Charters*, 7th ed., 2014, Ch. 26, *E. McKendrick*, *Force Majeure and Frustration of Contract*, 2nd ed., 1995/2013, *G. Treitel*, *Frustration and Force Majeure*, 2004, Ch. 7, *L. Zygouros*, *Unexpected circumstances and carriage of goods by sea*, *Maritime Law Studies* (3), 2019, *I. Γεωργιάδη*, *Frustration & απρόοπτη μεταβολή συνθηκών στις συμβάσεις ναύλωσης*, 2018.

82. Ο κανόνας είναι ότι τα μέρη ρυθμίζουν συμβατικά την κατανομή του κινδύνου, όσον αφορά πλείονες πτυχές της ναύλωσης, με συνέπεια να καταλείπεται πολύ περιορισμένος χώρος για την ενεργοποίηση της *frustration* (ενδεικτικά "*The Kyla*", *Bunge SA v. Kyla Shipping Co Ltd*. [2013] 1 Lloyd's Rep. 565).

83. Η φυσική αδυναμία (ιδίως με τη μορφή απώλειας πλοίου) δεν προέκυψε εν προκειμένω, και - κατά κανόνα - ο κίνδυνος αυτός ρυθμίζεται συμβατικά (*ship loss clauses*).

λές διενεργηθείσες πριν τη λύση αναζητώνται, ενώ οι αξιώσεις που είχαν καταστεί ληξιπρόθεσμες δεν οφείλονται⁸⁴. Για τις ναυλώσεις κατά ταξίδι, συνεχίζουν να ισχύουν οι πιο δύσκαμπτοι κανόνες του κοινοδικαίου, με συνέπεια την αδυναμία αναζήτησης προκαταβληθέντος ναύλου⁸⁵.

32. Σε συνθήκες πανδημίας, οι περιπτώσεις οριστικής αδυναμίας παροχής, αν και δεν αποκλείονται θεωρητικώς (π.χ. απαγόρευση εξαγωγής ιατροφαρμακευτικού υλικού, λόγω δημοσίου συμφέροντος) είναι σπάνιες · περισσότερο εγέρθηκαν ή θα μπορούσαν να εγερθούν ζητήματα από *υπέρμετρη καθυστέρηση λόγω προσωρινής αδυναμίας ή σημαντικής δυσχέρειας στην εκτέλεση της σύμβασης*. Επισημαίνεται εκ προοιμίου ότι ο όρος «πανδημία» είναι ελλειπτικός, όπως άλλωστε και ο επίκαιρος όρος «πόλεμος»: αυτό σημαίνει ότι μόνη η επίκλησή του δεν αρκεί για να στοιχειοθετηθεί ανατροπή του δικαιπρακτικού θεμελίου μίας σύμβασης ναύλωσης. Πρέπει, αντιθέτως, να εξετασθούν *ad hoc* οι συνθήκες κάθε υπόθεσης ξεχωριστά, το αντικείμενό της, οι όροι που διέπουν τη συμφωνία των μερών, το πρόσκομμα στην εκτέλεσή της και η χρονική φάση της πανδημίας στην οποία το πρόσκομμα αυτό τοποθετείται.

Β. Υπέρμετρη καθυστέρηση λόγω περιοριστικών μέτρων

33. Ας πάρουμε για παράδειγμα την περίπτωση της καθυστέρησης, για την οποία έγινε λόγος αμέσως παραπάνω: για να κριθεί κατά πόσον αυτή δικαιολογεί τη λύση της σύμβασης λόγω *frustration*, συνεκτιμώνται περισσότερα του ενός δεδομένα.

- Πρώτον, κατά πόσον η καθυστέρηση προκαλείται από παρακωλυτικό γεγονός μη οφειλόμενο σε πταίσμα ή εντασσόμενο στην σφαίρα επιρροής συμβαλλόμενου μέρους, και πάντως απρόβλεπτο⁸⁶. Ο εξωγενής και μη προβλέψιμος χαρακτήρας του γεγονότος θα κριθεί *ad hoc*, σε γενικές όμως γραμμές τελεί σε σχέση αντίστροφης αναλογίας ως προς το χρόνο

84. Άρθ. 1 περ. 2. Αν το ένα συμβαλλόμενο μέρος έχει αποκτήσει όφελος πριν το γεγονός της *frustration*, μπορεί το δικαστήριο να επιδικάσει στο άλλο μέρος ποσό μη υπερβαίνον την αξία του οφέλους (άρθ. 1 περ. 3) · εξάλλου, αν είναι δυνατή η κατάτμηση της σύμβασης σε διακριτά τμήματα, οι συνέπειες της *frustration* θα εφαρμοσθούν μόνο στο μη εκτελεσθέν τμήμα (άρθ.2 παρ.4).

85. Αντιστοίχως την υποχρέωση καταβολής ληξιπρόθεσμου ναύλου, ακόμη και αν το ταξίδι ματαιώθηκε ή η μεταφορά δεν ολοκληρώθηκε (βλ. *Scrutton*, ό.π., παρ. 2-103, *Γεωργιάδης*, ό.π., σελ. 103-108, *Chandler v. Webster* [1904] KB 493, *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe barbour Ltd* [1943] A.C. 32).

86. Το προβλέψιμο ή μη του γεγονότος κρίνεται αντικειμενικά και αφορά τόσο τη φύση όσο και την έκταση της ανατροπής (βλ. και *Walton Harley Ltd v. Walker & Homfrays Ltd*, [1931] 1 Ch. 271).

εμφάνισης της πανδημίας και των συνακόλουθων περιοριστικών μέτρων · διαφορετική θα είναι η αντιμετώπιση για διαφορές που ανάγονται στην έναρξη της πανδημίας, όταν η έκταση, η ταχύτητα εξάπλωσης και οι αντιδράσεις των εθνικών αρχών δεν ήταν γνωστές, σε σχέση με τη δεύτερη φάση αυτής. Το στοιχείο του προβλέψιμου έχει μεγάλη σημασία όταν αξιολογούνται οι δυσχέρειες στην αλλαγή πληρωμάτων, λόγω περιορισμών στους λιμένες υποδοχής.

- Δεύτερον και συναφές με το πρώτο⁸⁷, το μέρος που επικαλείται τις ακραίες συνθήκες δεν πρέπει να προκάλεσε ή να συνέβαλε με την συμπεριφορά του⁸⁸ (ή τη συμπεριφορά βοηθών και προσθηθέντων του) στην οριστική αδυναμία /υπέρμετρη δυσχέρεια εκτέλεσης της σύμβασης (*self-induced frustration*)⁸⁹ · έτσι λόγου χάρη, ναυλωτής που έχει υποδείξει λιμένα διεπόμενο από περιοριστικά μέτρα δεν μπορεί στη συνέχεια να επικαλεσθεί το θεσμό της *frustration*, λόγω της κράτησης του πλοίου ή της καθυστέρησης στην εκτέλεση των λιμενικών εργασιών⁹⁰ · το ίδιο θα συμβεί αν φορτοκεκφορτωτικά συνεργεία επιλογής του ναυλωτή μεταδώσουν τον ιό στο πλήρωμα με συνέπεια τη θέση του σε καραντίνα και την απαγόρευση απόπλου.
- Τρίτον, κατά πόσον η καθυστέρηση αξιολογείται ως *υπέρμετρη*. Συνεκτιμάται η πιθανή διάρκεια αυτής⁹¹ σε σχέση με τη διάρκεια καθαυτή της σύμβασης, ιδίως την υπολειπόμενη⁹²: όσο μεγαλύτερη είναι η πρώτη σε σχέση με τη δεύτερη, τόσο πιθανότερη είναι η κατάφαση της *frustration*⁹³ και το αντίστροφο. Δεν αποκλείεται η καθυστέρηση να μην

87. Συνιστά στην ουσία την αντίστροφη-αρνητική όψη της πρώτης προϋπόθεσης. Ανατρέπεται την προϋπόθεση του έκτακτου και απρόβλεπτου του κινδύνου.

88. Έστω και από αμέλεια. Με τη θετική συμπεριφορά εξομοιώνεται η παράλειψη λήψης μέτρων για την αποφυγή του προβλέψιμου κινδύνου.

89. Βλ. Ιδίως τις αποφάσεις αρχής *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Smelting Corporation Ltd.*, [1942] A.C. 142, *Maritime National Fish Ltd v. Ocean Trawlers Ltd*, [1935] A.C. 524, & *J. Lauritzen A.S. v. Wijsmuller BV (The Super-Servant Two)* [1990] 1 Lloyd's Rep. 1.

90. Αν ο ναυλωτής γνωρίζει τα περιοριστικά μέτρα, δεν μπορεί εκ των υστέρων να τα επικαλεστεί για να αποφύγει την εκτέλεση των συμβατικών του υποχρεώσεων (πρβλ. *Maritime National Fish*) · το ίδιο θα γινόταν δεκτό ακόμη και αν επιβάλλονταν μετά την υπόδειξη λιμένα, αν ήταν προβλέψιμα ή η υπόδειξη αναγόταν στη δική του επιλογή (πρβλ. «The Super-Servant Two»).

91. Η οποία μπορεί να λάβει χώρα είτε στην έναρξη της σύμβασης, είτε κατά την εκτέλεση αυτής.

92. Βλ. ενδεικτικώς *Jacson v. Union Marine Insurance*, [1874] L.R. 10 C.P.125, *Tamplin v. Anglo-American Petroleum*, [1916] 2 A.C. 397.

93. Πρβλ. *Bank Line v. Capel* [1919] A.C. 435, *W.F. Tatem Ltd v. Gamboa*, [1939] 1 K.B. 132.

έχει επέλθει κατά το χρόνο επίκλησης του θεσμού · αρκεί να αναμένεται, λόγω των γεγονότων που έχουν ήδη λάβει χώρα, ότι θα προκληθεί τέτοιας διάρκειας παρεμπόδιση που θα αλλοιώσει ουσιωδώς την εκτέλεση της σύμβασης⁹⁴. Η αλήθεια είναι ότι πρόκειται για μία παράμετρο τόσο κρίσιμη όσο και αβέβαιη⁹⁵: είναι εξαιρετικά δύσκολο, ιδίως αποδεικτικά, να εντοπισθεί πότε η καθυστέρηση ενδύεται το μανδύα του *frustrating event*, και από ποια χρονική στιγμή θα πρέπει να θεωρηθεί λυθείσα η σύμβαση⁹⁶ · η αβεβαιότητα εκτοξεύεται όταν μιλούμε για προεξοφλούμενη (μελλοντική) καθυστέρηση⁹⁷ που πρέπει να αξιολογήσει *ex ante* σε εμπορικό επίπεδο ο εκναυλωτής ή ο ναυλωτής, αρκεί να αναλογισθεί κανείς την μεταβλητότητα και κυκλικότητα των περιοριστικών μέτρων που επιβάλλονταν διαδοχικά από τη μία γεωγραφική ζώνη του πλανήτη στην άλλη.

- Τέταρτον, όλα τα παραπάνω εντάσσονται στο πλαίσιο μίας συνολικής θεώρησης της σύμβασης, λαμβανομένων υπόψη της φύσης και του αντικειμένου αυτής⁹⁸, των ειδικότερων όρων της ναύλωσης καθώς και της γνώσης, της αντίληψης και των προσδοκιών των μερών ως προς τον κίνδυνο και το χρόνο εκτέλεσης, στοιχεία που - κατά τη μάλλον κρατούσα άποψη - αξιολογούνται αντικειμενικώς, με αναφορά στο μέσο συνετό επιχειρηματία⁹⁹. Συμβατικοί όροι κατανομής του κινδύνου θα έθεταν εκποδών το θεσμό, εφόσον ρυθμίζουν τις ίδιες συνέπειες¹⁰⁰.

34. Η δυσχέρεια που συνεπάγεται η ως άνω πολυπαραγοντική αξιολόγηση αποτυπώνεται στο παρακάτω, μάλλον οριακό, παράδειγμα της υπ' αριθμ. 17/21 αγγλικής διαιτητικής απόφασης¹⁰¹. Η υπόθεση αφορούσε ναύλωση κατά ταξίδι ενός πλοίου μεταφοράς βαρέων φορτίων, με τροποποιημένο ναυλοσύμφωνο *Heavycor* 2007. Το πλοίο αφίχθη και ήταν έτοιμο για φόρτωση στις 17.3.2020, η φόρτωση ξεκίνησε από εξειδικευμένη σε βαρέα φορ-

94. *Embiricos v. Sydney Reid & Co* [1914] 3 K.B. 45.

95. Βλ. σχετικές επισημάνσεις με νομολογιακές παραπομπές σε M.N. Howard, *Frustration and Shipping Law - Old Problems, New contexts*, in "Force Majeure and Frustration of Contract", ό.π., σελ. 123επ., ιδίως 129-138.

96. Π.χ. από το χρόνο που άρχισε η παρεμπόδιση του πλοίου λόγω της καραντίνας του λιμένα υποδοχής ή μετά από ορισμένη περίοδο και πόση;

97. "*The Nema*" (*Pioneer Shipping v. B.T.P. Tioxide*, [1982] A.C. 724 (H.L.)), ιδίως 752.

98. Έτσι, λόγου χάρη, διαφορετικά συνεπώς θα επιδράσει ο αποκλεισμός λιμένα σε μία ναύλωση κατά ταξίδι που αφορά μεταφορά ορισμένου κατ'είδος φορτίου και διαφορετικά σε μία χρονοναύλωση.

99. M.N. Howard, ό.π., σελ. 131επ.. Επίσης *The Sea Angel*, [2007] EWCA Civ. 547.

100. Ενδεικτικώς *The Envia* (No 2), 1983 1 A.C. 736 (H.L.).

101. (2021) 1087 LMLN.

τία εταιρεία, επιλογής των υπο-ναυλωτών στις 7.4.2020, ολοκληρώθηκε στις 19.5 και το πλοίο απέπλευσε την επομένη. Ο εκναυλωτής ανέστειλε ωστόσο από τις 29.5 και για 272 ημέρες την εκτέλεση της μεταφοράς, λόγω μη καταβολής από το ναυλωτή οφειλόμενων ποσών. Στο πλαίσιο της διαιτητικής διαδικασίας, ο ναυλωτής ισχυρίστηκε, μεταξύ άλλων, ότι η σύμβαση είχε λυθεί αυτοδικαίως, επειδή οι εξειδικευμένοι υπάλληλοί του που ο ίδιος είχε ορίσει για να επιμεληθούν της φόρτωσης δεν μπορούσαν να ταξιδέψουν στον λιμένα φόρτωσης λόγω σχετικών με τον Covid 19 απαγορεύσεων. Το διαιτητικό δικαστήριο ορθώς απέρριψε τον ισχυρισμό, κρίνοντας ότι δεν νοείτο αδυναμία εκτέλεσης εκ μέρους του φορτωτή, δεδομένου ότι η φόρτωση είχε επιτυχώς εκτελεσθεί και το πλοίο είχε αποπλεύσει έμφορτο · αλλά ούτε και υπέρμετρη καθυστέρηση μπορούσε να στοιχειοθετηθεί, η οποία να συνδέεται αιτιωδώς με την πανδημία και να έχει μεταβάλει ριζικώς τη φύση της αναληφθείσας υποχρέωσης.

γ. Υπό το πρίσμα του ελληνικού δικαίου

35. Οι ίδιες λύσεις θα είχαν δοθεί στην υποθετική περίπτωση που είχε συμφωνηθεί ως εφαρμοστέο δίκαιο στη ναύλωση το ελληνικό.

36. Καταρχάς, υπό το ισχύον, μέχρι την 1.5.2023 καθεστώς, οι λόγοι λύσης της σύμβασης και ελευθέρωσης των μερών που προβλέπονται στις ειδικές διατάξεις των άρθ. 159, 160ΚΙΝΔ θα είχαν εν προκειμένω περιορισμένο περιθώριο εφαρμογής, ίσως στην (σπάνια) περίπτωση *μόνιμου* και *απρόβλεπτου* αποκλεισμού λιμένα ή παρεμπόδισης ναυσιπλοΐας με αυτόν¹⁰². Πιθανότερη θα ήταν η ενεργοποίηση του άρθ. 161, που ρυθμίζει την προσωρινή αδυναμία παροχής στο ναυτικό πεδίο, παρέχοντας δικαίωμα υπαναχώρησης¹⁰³ από τη σύμβαση ναύλωσης εφόσον το *ανυπαίτιο*¹⁰⁴ κώλυμα που διακόπτει την εκτέλεση του πλου¹⁰⁵ παρατείνεται *υπερμέτρως* · κρίσιμο λοιπόν και εδώ είναι το στοιχείο του «υπέρμετρου», που θα κριθεί *ad hoc* με βάση τις αρχές της

102. Α. Κιάντου-Παμπούκη, Ναυτικό Δίκαιο, ΙΙ, 2007, σελ. 259επ. Αν το κώλυμα λαμβάνει χώρα πριν την έναρξη του πλου, ενεργοποιείται το άρθ. 159 εδ.β', ενώ αν ανακύπτει μετά την έναρξη του πλου, τυγχάνει εφαρμογής το άρθ. 160ΚΙΝΔ.

103. Για υπαναχώρηση που ενεργεί ως καταγγελία, αφού έχει ήδη ξεκινήσει ο πλους, κάνει ορθά λόγο η Κιάντου-Παμπούκη, ό.π., σελ. 267. *Contra* Ν. Δελούκας, Ναυτικόν Δίκαιον, 1979, β' έκδ., 396-97, Ι. Κοροτζής, Ναυτικό Δίκαιο, 2, 2005, 327-28.

104. Για «τυχαίο συμβεβηκός» κάνει λόγο η διάταξη.

105. Αν και το γράμμα του νόμου αναφέρεται μόνο στη διακοπή του πλου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι εδώ θα εντασσόταν και διακοπή της εκτέλεσης της ναύλωσης κατά τον είσπλου ή έκπλου του πλοίου από λιμένες ή κατά την εκτέλεση λιμενικών εργασιών.

καλής πίστης και των συναλλακτικών ηθών¹⁰⁶. Στο καθεστώς του νέου ΚΙΝΔ (Ν. 5020/2023), κρίσιμες αντίστοιχα είναι οι διατάξεις των άρθρων 91 και 92.

37. Υπενθυμίζεται ότι ο Αστικός Κώδικας, σε αντίθεση με τον ΚΙΝΔ, δεν αντιμετωπίζει ξεχωριστά, στο σύστημα της ανώμαλης εξέλιξης της ενοχής, την περίπτωση της ανυπαίτιας¹⁰⁷ «προσωρινής» αδυναμίας παροχής του οφειλέτη. Το ζήτημα τέθηκε με τρόπο οξύ κατά την περίοδο της πανδημίας¹⁰⁸, ιδίως ως προς τις αμφοτεροβαρείς συμβάσεις που μάς ενδιαφέρουν κυρίως εδώ. Αν και κανόνας είναι η διατήρηση της συμβατικής δέσμευσης, ερωτάται από ποιο χρονικό σημείο και μετά και υπό ποιες προϋποθέσεις ο δανειστής δικαιούται να μην ανεχθεί πλέον την καθυστέρηση στην εκπλήρωση της σύμβασης. Γίνεται δεκτό ότι, σε ακραίες περιπτώσεις, πρέπει να παρέχεται στον δανειστή δυνατότητα ανατροπής της σύμβασης, ακόμη και όταν είναι μη ακριβόχρονης εκπλήρωσης, όταν η δέσμευση δεν θεωρείται πλέον εύλογη και ανεκτή με βάση την αρχή της καλής πίστης (ΑΚ 288). Οι προτεινόμενες πάντως νομικές οδοί για την επίτευξη της αποδέσμευσης διαφέρουν¹⁰⁹: κατά μία άποψη, η προσωρινή αδυναμία (καθυστέρηση) θα εξομοιωθεί με οριστική ανυπαίτια αδυναμία (πλασματική) με εφαρμογή των οικείων διατάξεων (ΑΚ 380) και απελευθέρωση αμφοτέρων των μερών¹¹⁰ · κατ'άλλη, πρέπει να αναγνωρισθεί στο δανειστή δικαίωμα υπαναχώρησης λόγω ματαίωσης του σκοπού της ενοχής, με ενέργεια μάλλον για το μέλλον¹¹¹ · τρίτον αναγνώριση, κατ'αναλογία δικαίου, δικαιώματος καταγγελίας για σπουδαίο λόγο.

38. Θεωρητικώς, ήταν διαθέσιμο κατά τη διάρκεια της πανδημίας και το εργαλείο της ΑΚ 388, στην πράξη όμως η χρησιμότητά του ήταν περιορισμένη · η ενεργοποίησή του απαιτεί *δικαστική ad hoc* αξιολόγηση της έκτακτης και απρόβλεπτης μεταβολής των περιστατικών στα οποία τα μέρη στήριζαν την

106. Ομόφωνη η θεωρία επ'αυτού (Ι. Κοροτζής, ό.π., 328, Κιάντου-Παμπούκη, σελ. 267, Αντάπασης-Αθανασίου, Ναυτικό Δίκαιο, 2020, 515-516). Πολύ περιορισμένη η νομολογιακή του εφαρμογή: *ad hoc* η Εφθεσ 393/1970, ΕΕμπΔ 1970, σελ. 629-631, η οποία έκρινε ότι βλάβη μηχανής με διάρκεια 1,5 μηνός συνιστούσε υπέρμετρο κώλυμα, δεδομένης της φύσης του φορτίου (σίτου) και άρα η σύμβαση ναύλωσης θεωρήθηκε ως μηδέποτε καταρτισθείσα.

107. Στο σύστημα του αστικού μας δικαίου, η υπερημερία του οφειλέτη προϋποθέτει υπαιτιότητα · η ανυπαίτια καθυστέρηση δεν έχει καταρχήν συνέπειες για τον οφειλέτη.

108. Αντί άλλων, Ζ. Τσολακίδης, Πανδημία και Ιδιωτικό Δίκαιο: η νομοθετική παρέμβαση σε εκκρεμείς έννομες σχέσεις, ΧρΙΔ 2020, 391-400, επίσης Γ. Γεωργιάδης, Η παροδική αδυναμία παροχής (Η εκπλήρωση της σύμβασης σε εποχή πανδημίας), 2022.

109. Για συνθετική παρουσίαση, βλ. Σταθόπουλο, Ενοχικό Δίκαιο, 5^η έκδ., 2018, § 19, 70επ, §21, 49επ., επίσης Γ. Γεωργιάδης, ό.π., σελ. 190επ..

110. Αν δεν συντρέχουν προϋποθέσεις εξομίσωσης, μόνο αποζημίωση λόγω καθυστέρησης (ΑΚ 343§1).

111. Στ. Κουμάνης, Η μη εκπλήρωση της ενοχικής σύμβασης κατά τον ΑΚ, 2002.

σύναψη της αμοτεροβαρούς σύμβασης · μόνο η γενική επίκληση της πανδημίας δεν αρκεί. Η δε επίκληση της ευρύτερης ΑΚ 288 για να θεμελιωθεί η ανάγκη αναπροσαρμογής ήταν μεν ευχερέστερη, αλλά αβέβαιου αποτελέσματος.

δ. Μεταξύ λύσης & αναστολής: Η οπτική της «ανωτέρας βίας»

39. Στο μεταίχμιο μεταξύ ανατροπής της σύμβασης και αναστολής εκπλήρωσης των απορρεουσών από αυτή υποχρεώσεων τοποθετείται τέλος και η επίκληση της ανωτέρας βίας · την εξετάσαμε ήδη παραπάνω ως λόγο μη συμμόρφωσης των κρατών σε υποχρεώσεις διεθνούς δικαίου · μπορεί επίσης να γίνει επίκλησή της, σε επίπεδο ιδιωτικών συναλλαγών, για να επιφέρει αναστολή εκτέλεσης της σύμβασης ή απαλλαγή του οφειλέτη. Ωστόσο, κρίσιμες στο σημείο αυτό είναι οι ακόλουθες επισημάνσεις:

40. Η έννοια της ανωτέρας βίας και οι συνέπειές της διαφοροποιούνται από την μία έννομη τάξη στην άλλη¹¹². Στο δίκαιό μας, λειτουργεί ως ενδοτικός κανόνας¹¹³, με αυστηρές προϋποθέσεις εφαρμογής, καταλαμβάνοντας αναπότρεπτα και απρόβλεπτα περιστατικά, ενδογενών ή εξωγενών αιτιών, μη δυνάμενα να προληφθούν ή αποτραπούν με μέτρα άκρας επιμέλειας. Αν λοιπόν θεωρητικώς θα μπορούσε να αξιοποιηθεί για συμβάσεις συναφθείσες πριν την έναρξη της πανδημίας¹¹⁴, οι πιθανότητες μειώνονται πολύ για αυτές που καταρτίστηκαν μεταγενέστερα. Αυτή είναι και η θέση του γαλλικού δικαίου¹¹⁵. Περαιτέρω, δεδομένης της ενδοτικής φύσης του κανόνα, προηγείται και είναι συνηθέστερη στην πράξη η συμβατική κατανομή των κινδύνων, με ρήτρες ανωτέρας βίας ή δυσχέρειας εκπλήρωσης. Στα αγγλοσαξωνικά μάλιστα συστήματα, μόνο ως συμβατική πρόνοια γίνεται καταρχήν δεκτή και εξετάζεται η επίκληση της ανωτέρας βίας.

41. Ειδικώς στις συμβάσεις ναύλωσης¹¹⁶, η συμπερίληψη τέτοιων ρητρών αποτελεί πάγια πρακτική¹¹⁷. Σε αυτές καθορίζονται τα επιμέρους περιστατικά που τα μέρη προ-χαρακτηρίζουν ως «ανωτέρα βία» και οι συνέπειες της επέλευσής τους (π.χ. αναστολή εκπλήρωσης, οριστική απαλλαγή από συμβατι-

112. Διέπονται από τη *lex contractus*.

113. ΑΚ 330, 336, 288.

114. Βλ. αντί άλλων, Α. Καραμπατζός, Πανδημία (Covid-19): Οι συμβατικές σχέσεις εκ νέου στην προκρούστεια κλίνη του δικαίου της ανάγκης - Ιδίως οι ρήτρες ανωτέρας βίας, ΧρΙΔ 2020, 378επ.

115. Art. 1218 CC. Α. Montas, L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises à l'épreuve de la Covid-19, DMF 2020, 720 επ., ιδίως 728επ..

116. Αντιθέτως στις συμβάσεις θαλάσσιας μεταφοράς πραγμάτων, η ανωτέρα βία συνιστά λόγο απαλλαγής από την ευθύνη (βλ. άρθ. 452 (δ)ΚΧΒ και *Infra*, παρ. 67).

117. Βλ. BIMCO Force majeure clause 2022.

κές υποχρεώσεις, υποχρέωση αναδιαπραγμάτευσης, υποχρέωση ειδοποίησης του άλλου μέρους, ή διατήρηση της σύμβασης και υποχρέωση αποζημίωσης κ.ά.)¹¹⁸. Για το λόγο αυτό, οποιαδήποτε γενίκευση θα ήταν παρακινδυνευμένη και πάντως ατελέσφορη. Η μόνη οριζόντια παρατήρηση που μπορεί με ασφάλεια να διατυπωθεί είναι ότι οι εν λόγω ρήτρες, λόγω του εξαιρετικού τους χαρακτήρα, αποτελούν αντικείμενο συστατικής ερμηνείας¹¹⁹, η δε αποδεικτική δυσχέρεια που βαρύνει τον - επικαλούμενο τη ρήτρα - συμβαλλόμενο, ιδίως ως προς την αιτιώδη συνάφεια περιστατικού και ανυπέρβλητης δυσχέρειας εκπλήρωσης, καθιστά σπάνια την αποδοχή της¹²⁰. Αυτό εξηγεί εν μέρει και την περιορισμένη αξιοποίησή της στις ναυτιλιακές συναλλαγές.

42. Το συμπέρασμα λοιπόν, με βάση τα παραπάνω, είναι ότι οι συμβάσεις ναύλωσης παρέμειναν κατά την περίοδο της πανδημίας ενεργείς. Αυτό δεν σημαίνει βέβαια ότι οι εξαιρετικές αυτές συνθήκες δεν επηρέασαν ή ενδεχομένως δεν συνεχίζουν να επηρεάζουν ακόμη την εκπλήρωση των υποχρεώσεων αμφοτέρων των μερών (υπό Α.1. και Α.2.). Υπό αυτό το πρίσμα θα εξετασθούν στη συνέχεια οι ρήτρες *off-hire* και ασφαλούς λιμένα, καθώς και οι πρότυπες ρήτρες που σχεδιάσθηκαν *ad hoc* για την αντιμετώπιση ορισμένων πτυχών της πανδημίας.

Α.2. Η πανδημία ως λόγος μη εκπλήρωσης των υποχρεώσεων του εκναυλωτή

α. Ενεργοποίηση της ρήτρας *off-hire*

43. Βασική υποχρέωση του εκναυλωτή είναι η αδιακώλυτη παραχώρηση της χρήσης του πλοίου στο ναυλωτή · όταν η διάθεση πλήρως λειτουργούντος πλοίου διακόπτεται ή παρακωλύεται, αναστέλλεται αντίστοιχα η κύρια υποχρέωση του ναυλωτή περί καταβολής ναύλου. Σε όλες τις ναυλώσεις κατά χρόνο, υιοθετούνται οι επονομαζόμενες ρήτρες *off-hire*, σύμφωνα με τις οποίες όταν και για όσο διάστημα συντρέχουν τα αναφερόμενα σε αυτές περιστατικά, συνεπεία των οποίων διακόπτεται η πλήρης χρήση του πλοίου από το ναυλωτή, αντιστοίχως διακόπτεται η υποχρέωση καταβολής ναύλου¹²¹. Το κατά πόσον ένα διακωλυτικό περιστατικό ενεργοποιεί την εφαρμογή της ρήτρας εξαρτάται από το περιεχόμενο αυτής, δηλ. την πρότυπη ρήτρα αναφοράς (συνηθέστερος ο όρος 15 NYPE 1946 ή όρος 11 *Baltimex* 1939/2001) και

118. Καραμπατζός, ό.π., ΙΙΙ (5).

119. Για την ερμηνεία των ρητρών ναύλωσης, βλ. Μ. Κωνσταντινίδη σε *Αντάπαση/Αθανασίου*, Ναυτικό Δίκαιο, ό.π., σελ. 432 επ..

120. *Carver on Charterparties*, 2nd ed., 2021, παρ. 10-146.

121. Μ. Κωνσταντινίδη σε *Αντάπαση/Αθανασίου*, Ναυτικό Δίκαιο, ό.π., σελ. 520 επ..

τυχόν ειδικότερη συμφωνία των μερών, άρα κρίνεται *ad hoc*. Κανόνας είναι η παράθεση μίας σειράς περιστατικών ενδογενών ή εξωγενών που αφορούν τη φυσική λειτουργία του πλοίου και το πλήρωμα αυτού¹²² με συμπληρωματική αναφορά στο τέλος είτε σε «κάθε άλλη αιτία που αποτρέπει την πλήρη λειτουργία του πλοίου» (*or by any other cause preventing the full working of the vessel*)¹²³, είτε σε οποιαδήποτε άλλη αιτία που αποτρέπει την λειτουργία του πλοίου» (*any other cause whatsoever*).

44. Σε συνθήκες πανδημίας, τα περισσότερα ανακοινωθέντα πραγματικά περιστατικά αφορούσαν - όπως αναμενόταν - το έμπυχο δυναμικό του πλοίου (πλοίαρχο και πλήρωμα), σε μία ή περισσότερες από τις μορφές που εκτέθηκαν στο πρώτο μέρος: μόλυνση μελών πληρώματος από τον ιό, λήψη μέτρων από τον πλοίαρχο ή τον εκναυλωτή για την αποτροπή μόλυνσης ή μετάδοσης του ιού, αναγκαστική παράταση της σύμβασης εργασίας ναυτικών, κατά παράβαση των διατάξεων της MLC, με επιπτώσεις στην υγεία αυτών και στην ικανότητα άσκησης των καθηκόντων τους, καθυστέρηση του πλοίου στο λιμένα φόρτωσης ή εκφόρτωσης, η καθυστέρηση στην έκδοση της *free pratique*, ή ακόμη και κράτηση αυτού για έναν ή περισσότερους από τους παραπάνω λόγους. Τα ερωτήματα που πρέπει να απαντηθούν σε κάθε μία περίπτωση είναι τα εξής: α) αν το πραγματικό γεγονός καταλαμβάνεται από αναφερόμενο στη ρήτρα περιστατικό ή άλλη προβλεπόμενη αιτία, β) αν αυτό παρεμπόδισε την πλήρη λειτουργία του πλοίου, γ) ως προς την εκτέλεση της επόμενης εργασίας/υπηρεσίας που αναμένετο σύμφωνα με το ναυλοσύμφωνο, δ) προκαλώντας αιτιωδώς την απώλεια χρόνου, ανεξαρτήτως της ύπαρξης ή μη πταίσματος του εκναυλωτή. Είναι ενδιαφέρον ότι οι περισσότερες διαιτητικές και δικαστικές αποφάσεις που έχουμε, με αφορμή την πανδημία, αφορούν τη ρήτρα *off-hire* και, ειδικότερα, τα παραπάνω ερωτήματα.

45. Η πιο σχετική από τις προβλεπόμενες στις πρότυπες ρήτρες αιτίες απώλειας χρόνου είναι αυτή της “*deficiency of men*” (ανικανότητας του πληρώ-

122. Αντί άλλων, ανάλυση T. Coghlin et al., Time Charters, 7th ed., 2014, Chapter 25.

123. Ενδεικτικά ο όρος 15 NYPE έχει σε μετάφραση ως εξής: «Σε περίπτωση απώλειας χρόνου λόγω ανικανότητας του πληρώματος ή έλλειψης εφοδίων, βλάβης ή ζημίας στο σκάφος, στις μηχανές ή τον εξοπλισμό του πλοίου, προσάραξης, καθυστέρησης στη συνέχιση του ταξιδιού λόγω ζημιογόνου ατυχήματος στο πλοίο ή στο φορτίο, δεξαμενισμού του πλοίου με σκοπό την εξέταση ή τον χρωματισμό των υφάλων του σκάφους ή λόγω άλλης αιτίας που αποτρέπει την πλήρη λειτουργία του πλοίου, η καταβολή ναύλου θα διακόπτεται για τον χρόνο που χάθηκε εξ αυτού του λόγου...». Η ρήτρα αναδιατυπώθηκε με περισσότερες λεπτομέρειες στο NYPE 2015, ως όρος 17 (Κωνσταντινίδης, ό.π., σελ. 521).

ματος)¹²⁴ · διαφορετική, αν και συναφής, είναι η “*default of men*”, η οποία -όπου προβλέπεται- καλύπτει την άρνηση ή εκ προθέσεως πλημμελή εκπλήρωση των καθηκόντων από τον πλοίαρχο/πλήρωμα. Αυτές βεβαίως εφαρμόζονται και ερμηνεύονται σε συνδυασμό με την καταληκτική φράση της ρήτρας που συνήθως καλύπτει «κάθε άλλη αιτία που αποτρέπει την πλήρη λειτουργία του πλοίου» · γίνεται παγίως δεκτό ότι η περί «κάθε άλλης αιτίας» προσθήκη ερμηνεύεται με βάση τον κανόνα *ejusdem generis*, ώστε να καταλαμβάνει περιπτώσεις που εμφανίζουν εννοιολογική συγγένεια με τις ρητώς αναφερόμενες¹²⁵. Αντιθέτως, διασταλτική ερμηνεία επιτάσσει η χρήση του όρου “*whatsoever*”, περικλείοντας κάθε αιτία που εμποδίζει τη λειτουργία του πλοίου, με εξαίρεση τα περιστατικά που ανάγονται στη σφαίρα επιρροής του ναυλωτή.

Β. Σε συνθήκες πανδημίας

46. Ας πάρουμε, ως πρώτη υπόθεση εργασίας, την περίπτωση της επιμόλυνσης μελών του πληρώματος (ή και άλλων προστεθέντων του εκναυλωτή) από κορονοϊό με συνέπεια την απώλεια χρόνου, είτε εξαιτίας αδυναμίας εκτέλεσης απαιτούμενων εργασιών, είτε - το συνηθέστερο - λόγω θέσης του πλοίου σε καραντίνα. Τόσο η αγγλική¹²⁶ όσο και η αμερικανική νομολογία (πολύ σαφέστερα η δεύτερη¹²⁷), θεωρούν την ασθένεια ναυτικού ως μορφή ανικανότητας του πληρώματος · το ίδιο ισχύει και για την νόσηση από κορονοϊό και

124. Η διατύπωση της ρήτρας μπορεί να (και πράγματι) διαφέρει ανάλογα με το προδιατυπωμένο ναυλοσύμφωνο · διαφέρει ακόμη και εντός του ίδιου ναυλοσυμφώνου, ανάλογα με το χρόνο έκδοσης του. Έτσι στο NYPE 1946, ο όρος 15 έχει τη διατύπωση που αναφέρεται στην υπ. 29. Στην έκδοση του 1993, διατυπώνεται ως “*deficiency and/or default and/or strike of officers or crew*” (ομοίως όρος 17 NYPE 2015).

125. The “*Laconian Confidence*” (*Andre & Cie S.A. v. Orient Shipping Rotterdam B.V.*), Q.B., [1997] *Lloyds’ Rep.* 139, ιδίως σελ. 150.

126. The “*Apollo*” (*Sidermar S.p.A. v. Apollo Corporation*), Q.B., [1978] *Lloyd’s L.Rep.* 200 (αφορούσε εισαγωγή στο νοσοκομείο με γαστρεντερίτιδα και ενδείξεις τύφου δύο μελών του πληρώματος με συνέπεια τον έλεγχο από τις υγειονομικές υπηρεσίες του επόμενου λιμένα κατάπλου και την απώλεια χρόνου, εν μέρει εξ αιτίας αυτού - στο επίμαχο ναυλοσύμφωνο περιλαμβανόταν πάντως η προσθήκη “*whatsoever*”). Βλ. και *T. Coghlin et al.*, παρ. 25.24-26.

127. Βλ. *Clyde Commercial S.S. Co v. West India S.S. Co*, 169 F. 275, 278 (2d Cir. 1909), *cert. denied*, 214 U.S. 523, όπου κρίθηκε ότι απώλεια χρόνου που προκλήθηκε από αδυναμία άσκησης των καθηκόντων του 2ου και 3ου μηχανικού λόγω πυρετού ενέπιπτε στην περίπτωση της «ανικανότητας πληρώματος» και ενεργοποίησε την ρήτρα *off-hire*. Στην παρόμοια περίπτωση της *The Robertina SMA 1151* (Arb. N.Y.1977), έλαβε χώρα εισαγωγή στο νοσοκομείο του πρώτου μηχανικού και απώλεια χρόνου μέχρι την αντικατάστασή του. Επίσης *Tweedie Trading Co. v. George D. Emery Co.*, 154 F.472 (2d Cir. 1907). Βλ. και *T. Coghlin et al.*, ό.π., 25 Α. 10 - 25 Α. 22.

τις απορρέουσες από αυτήν ανεπάρκειες ή καθυστερήσεις (π.χ. για παροχή ιατρικής φροντίδας, αποβίβαση και αντικατάσταση). Αντιστοίχως, μέτρα που λαμβάνονται από τις λιμενικές ή άλλες αρχές για την αντιμετώπιση υφιστάμενων κρουσμάτων ή σοβαρής υποψίας επιμόλυνσης στο πλήρωμα *συγκεκριμένου* καταπλέοντος πλοίου συνιστούν συγγενή αιτία (*any other cause*) καταλαμβανόμενη από τη ρήτρα. Σημειώνεται ότι, μετά την πρώτη φάση της πανδημίας, σε πολλά ναυλοσύμφωνα προστέθηκαν όροι που ρητώς επέβαλαν στον εκναυλωτή την συμμόρφωση του πληρώματος με υποχρεώσεις εμβολιασμού και υγειονομικής προστασίας στους λιμένες κατάπλου, με την εξασφάλιση της αντίστοιχης πιστοποίησης.

47. Το κατά πόσον τα λαμβανόμενα από τις λιμενικές αρχές περιοριστικά μέτρα αφορούν και συνδέονται με ελλείψεις πληρώματος του συγκεκριμένου πλοίου, σε βαθμό δικαιολογημένο και εύλογο, είναι ζήτημα πραγματικό και κρίνεται *ad hoc*, με αναφορά στις αρχές της *αιτιότητας* και της *αναλογικότητας*. Σε συνθήκες πανδημίας η χάραξη της διαχωριστικής γραμμής δεν είναι πάντως ευχερής, αν λάβει κανείς υπόψη του ότι, ιδίως στην πρώτη φάση αυτής, οι εθνικές αρχές ενήργησαν συχνά με υπερβολικό ζήλο και άγνοια. Η υπ' αριθμ. 6/22 *αγγλική διαιτητική απόφαση*¹²⁸, για την οποία γίνεται λόγος αμέσως παρακάτω, επιβεβαιώνει του λόγου το αληθές.

48. Η υπόθεση αυτή αφορούσε ένα *time charter trip* από την Ινδία στην Κίνα, κατά την εκτέλεση του οποίου ανέκυψαν δύο διαφορές · η μία εξ αυτών, που μάς ενδιαφέρει ειδικότερα, εστίαζε στην ενεργοποίηση της ρήτρας *off-hire* λόγω ενδεχόμενης νόσησης μέλους του πληρώματος: κατά τους ισχυρισμούς των ναυλωτών, προκλήθηκε απώλεια χρόνου εξαιτίας αναμονής για τη χορήγηση άδειας εκφόρτωσης από τον υπεύθυνο για την καραντίνα λιμενικό αξιωματικό, μετά από αναφορά για ελαφρώς αυξημένη θερμοκρασία (37,4) σε μέλος του πληρώματος. Αν και η ευαισθησία των κινεζικών αρχών για την ταχεία αναχαίτιση του ιού αναγνωρίστηκε, έγινε δεκτό (ορθώς) από το διαιτητικό δικαστήριο ότι η ως άνω θερμοκρασία (εντός των ορίων του φυσιολογικού) δεν μπορούσε ευλόγως να εκληφθεί ως ένδειξη νόσησης και συνεπώς οι αντιδράσεις του αξιωματούχου καραντίνας κρίθηκαν «υπερβολικές, μάλλον αυθαίρετες και αδικαιολόγητες» · δεν μπορούσαν λοιπόν να υπαχθούν στην κατηγορία της «κάθε άλλης αιτίας» και συνακόλουθα να ενεργοποιήσουν τη ρήτρα *off-hire*¹²⁹, πολλώ δε μάλλον που η υπόδειξη του συγκεκριμένου λιμένα είχε γίνει από τους ναυλωτές.

128. [2022] LMLN 21/2/22.

129. Αυτό θα ήταν ίσως δυνατό αν υπήρχε η προσθήκη του *whatsoever*.

49. Και το αντίστροφο όμως παράδειγμα είναι δυνατό και πράγματι ανέκυψε στην πράξη: δηλ. καθυστερήσεις οφειλόμενες σε προφυλάξεις που λαμβάνει ο πλοίαρχος και το πλήρωμα για την αποτροπή διασποράς του ιού στο πλοίο από εξωγενή αίτια. Τέτοια περίπτωση αντιμετώπισε η υπ' αριθμ. 4/22 αγγλική διαιτητική απόφαση: ο πλοίαρχος απαίτησε από τους πλοηγούς που επιβιβάστηκαν στο πλοίο έλεγχο θερμοκρασίας εξ αποστάσεως, στη συνέχεια δε - λόγω ενδείξεων - έλεγχο με θερμόμετρο σώματος · οι τελευταίοι αρνήθηκαν, αποχώρησαν και δεν αντικαταστάθηκαν παρά μόνο αφού η πλοιοκτήτρια απολογήθηκε εγγράφως στην εταιρεία πλοήγησης και είχαν παρέλθει περίπου 9 ημέρες. Η ναυλώτρια ισχυρίστηκε ότι συνέτρεχε λόγος αναστολής της καταβολής του ναύλου λόγω «άρνησης του πληρώματος»¹³⁰ να εκτελέσει τα καθήκοντά του, συμμορφούμενο στις εντολές της ναυλώτριας. Οι διαιτητές δεν διαπίστωσαν τέτοια άρνηση αλλ' αντίθετα πλήρη εφαρμογή από το πλήρωμα της (αυστηρής) εταιρικής πολιτικής ασφάλειας της πλοιοκτήτριας, με συνέπεια να μην ενεργοποιείται η ρήτρα *off-hire* εν προκειμένω · αντίθετα, κρίθηκε ότι η εκναυλώτρια παραβίασε την υποχρέωσή της να θέσει το πλοίο στη διάθεση των ναυλωτών και να ακολουθεί τις νόμιμες εντολές αυτών (όπως επέτασε η *employment clause*), θέτοντας σε εφαρμογή μέτρα μη εύλογα και μη δικαιολογημένα ως προς την αντιμετώπιση του κινδύνου μόλυνσης¹³¹. Η μη τήρηση της αρχής της αναλογικότητας θεμελίωσε εδώ αξίωση αποζημίωσης υπέρ της ναυλώτριας¹³².

50. Στην πιο πρόσφατη διαιτητική απόφαση υπ' αριθμ. 27/22¹³³, το ζήτημα αφορούσε πάλι περίπτωση νόσησης μέλους του πληρώματος (θετικής διάγνωσης σε τεστ Covid), με συνέπεια τη θέση του πλοίου σε καραντίνα από 12/4 έως 1/5/2020. Το επίμαχο ναυλοσύμφωνο περιείχε αφενός την προδιατυπωμένη ρήτρα 15 NYPE (*off-hire*), αφετέρου δύο συμφωνηθείσες ρήτρες ασθένειας (78) και καραντίνας (114), που προέβλεπαν, κατ' αποκλειστικότητα¹³⁴,

130. Βλ. “*The Saldanha*” [2011] 1 Lloyd’s Rep. 187.

131. Κρίθηκε συγκεκριμένα ότι «ο γενικός φόβος του Covid 19 δεν παρέχει στους πλοιοκτήτες λευκή κάρτα για να αρνηθούν την εκτέλεση του ναυλοσυμφώνου, ούτε τους επιτρέπει να εφαρμόζουν μονομερώς πολιτική θερμομέτρησης χωρίς ειδοποίηση ή σύμφωνη γνώμη των ναυλωτών».

132. Αν και ο εκναυλωτής δεν οφείλει άμεση συμμόρφωση στις εντολές του ναυλωτή κατά τη νομολογία “*The Houda*” ([1994] 2 Lloyd’s Rep. 541), εδώ δεν επρόκειτο για σύνομη και ίσως δικαιολογημένη καθυστέρηση (π.χ. με σκοπό να διευκρινιστεί τα μέτρα που είχαν λάβει οι πιλότοι), αλλά για πλήρη άρνηση συνεργασίας με αυτούς και απαγόρευσης παραμονής στο πλοίο, αν δεν υποβληθούν στον έλεγχο του πλοίου. Η προσπάθεια επιβολής των όρων του εκναυλωτή θεωρήθηκε παραβίαση της *employment clause*.

133. Δημοσιευμένη από S. Baughen, στον ιστότοπο του IISTL.

134. *Notwithstanding anything to the contrary*.

την κατανομή του κινδύνου με βάση το χρόνο επέλευσης τυχόν περιστατικού νόσησης (αν δηλ. συνδεόταν αιτιωδώς με γεγονότα που έλαβαν χώρα πριν την παράδοση του πλοίου στους ναυλωτές ή όχι). Με βάση την εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών¹³⁵, κρίθηκε ότι η συγκεκριμένη νόσηση δεν συνδεόταν με προγενέστερα της παράδοσης του πλοίου γεγονότα και άρα λειτούργησε σε βάρος των ναυλωτών (δεν ενεργοποίησε την *off-hire clause*).

51. Το τελευταίο και ίσως σημαντικότερο παράδειγμα περιλαμβάνει την ομάδα περιπτώσεων που εκτέθηκαν στο πρώτο μέρος και αφορούν την εν τοις πράγμασι αναγκαστική επέκταση της συμβατικής διάρκειας εργασίας και της υπέρβασης του ανώτατου νομίμου ορίου συνεχούς απασχόλησης ναυτικών στο πλοίο, με τις συνακόλουθες καθυστερήσεις (περιοριστικά μέτρα στους λιμένες υποδοχής ή παρεκκλίσεις πορείας). Η ομάδα αυτή θα ενέπιπτε εννοιολογικά στην κατηγορία της «ανικανότητας του πληρώματος». Τα ζητήματα αυτά αποτέλεσαν ωστόσο, σχετικώς σύντομα, αντικείμενο ειδικών ρητρών, για τις οποίες θα γίνει λόγος στη συνέχεια.

γ. *Ad hoc* πρότυπες ρήτρες

52. Η BIMCO, μεταξύ άλλων επαγγελματικών ενώσεων¹³⁶, εκπόνησε ειδική πρότυπη ρήτρα για τα χρονοναυλοσύμφωνα, με σκοπό την κατανομή του οικονομικού κινδύνου και την αποσαφήνιση των υποχρεώσεων των συμβαλλομένων μερών όσον αφορά το ακανθώδες ζήτημα της αλλαγής πληρωμάτων. Τα βασικά σημεία της *BIMCO Covid-19 Crew Change Clause for Time Charter Parties*¹³⁷ του 2020 συνοψίζονται ως εξής:

- ενσωματώνεται, όπως προαναφέρθηκε, στις χρονοναυλώσεις, διότι σε αυτές δεν είναι εκ των προτέρων γνωστοί οι λιμένες κατάπλου ·

135. Τον έλεγχο του πληρώματος είχαν προκαλέσει προγενέστερα συμπτώματα βήχα του τρίτου μηχανικού, ο οποίος όμως αποδείχθηκε αρνητικός. Κρίθηκε λοιπόν ότι η επίμαχη νόσηση δεν συνδεόταν με προγενέστερα γεγονότα.

136. Αντίστοιχη ρήτρα εκπόνησε και η INTERTANKO (*Coronavirus Clause*). Για την κατανόησή της, βλ. Guidance on Chartering Issues relating to Covid-19, 2020, σελ. 12 επ..

137. **BIMCO COVID-19 Crew Change Clause for Time Charter Parties 2020 [Full text]**

(a) *In addition to any other right to deviate under this contract, the Vessel shall have liberty to deviate for crew changes if COVID-19-related restrictions prevent crew changes from being conducted at the ports or places to which the Vessel has been ordered or within the scheduled period of call. Any deviation under this clause shall not be deemed to be an infringement or breach of this contract, and Owners shall not be liable for any loss or damage resulting therefrom.*

(b) *Owners shall exercise the right under subclause (a) above with due regard to Charterers' interests and shall notify Charterers in writing as soon as reasonably possible of any intended deviation for crew changes purposes.*

- η ρήτρα ρυθμίζει αφενός το ζήτημα της επιτρεπτής παρέκκλισης, αφετέρου της αναστολής καταβολής ναύλου ·
- σχετικά με το πρώτο, επιπροσθέτως των λοιπών ρητρών, συμφωνείται ως εύλογη η παρέκκλιση που λαμβάνει χώρα με σκοπό την αλλαγή πληρωμάτων, εφόσον οι επιβαλλόμενοι λόγω Covid περιορισμοί απαγορεύουν την αλλαγή αυτή στους λιμένες που θα έχουν υποδειχθεί από τους ναυλωτές · απαιτείται αδυναμία αλλαγής, και όχι δυσχέρεια ή αυξημένο κόστος. Όταν τέτοια αδυναμία συντρέχει, η παρέκκλιση δεν συνιστά παραβίαση της σύμβασης · απαραίτητη είναι η προηγούμενη ενημέρωση των ναυλωτών και η εν γένει λήψη υπόψη των συμφερόντων τους ·
- σχετικά με το δεύτερο, παρέχεται η δυνατότητα *ex ante* συμφωνίας ως προς το κόστος που θα ανακύψει από την παρέκκλιση: είτε κατανέμεται ισότιμα, άρα καταβάλλεται ναύλος μειωμένος στο ήμισυ (με ίδια κατανομή του κόστους καυσίμων)¹³⁸, είτε αναστέλλεται η καταβολή ναύλου για τον χρόνο της παρέκκλισης.

A.3. Πανδημία και βασικές υποχρεώσεις ναυλωτή

α. Η υπόδειξη ασφαλούς λιμένα σε συνθήκες πανδημίας

53. Οι πανδημικοί κύκλοι και η περιοδική επιβολή περιορισμών μας αναγκάζουν επίσης να δούμε υπό διαφορετικό πρίσμα την υποχρέωση του ναυλωτή να υποδεικνύει «ασφαλή λιμένα»¹³⁹. Υπενθυμίζεται ότι ασφαλής κρίνεται ο λιμένας στον οποίο το συγκεκριμένο πλοίο μπορεί να προσεγγίσει με ασφάλεια, να τον χρησιμοποιήσει με ασφάλεια και να αποπλεύσει από αυτόν με ασφάλεια, χωρίς να απαιτείται εξαιρετική ικανότητα ναυσιπλοΐας εκ μέρους του πλοιάρχου και του πληρώματος¹⁴⁰. Η αξιολόγηση γίνεται με βάση τα χαρα-

(c) Charterers shall procure that subclause (a) shall be incorporated into any and all sub-charter parties, bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage issued pursuant to this Charter Party.

(d) During the period of such deviation the Vessel shall:

(i) remain on hire, but at a reduced rate of hire of USD per day. In the absence of an agreed amount, fifty per cent (50%) of the hire rate shall apply. The cost of bunkers consumed shall be shared equally between Owners and Charterers.*

(ii) be off-hire and the cost of bunkers consumed shall be for Owners' account*

(e) While the Vessel is at the port of deviation all port charges, pilotage and other expenses arising out of such crew changes shall be for the Owners' account.

138. Προβλέπεται στη ρήτρα ως “default position”.

139. T. Coghlin et al., ό.π., 10.1 επ.

140. Eastern City [1958] 2 Lloyd's Rep. 127.

κτηριστικά του λιμένα, κυρίως φυσικά χαρακτηριστικά (αν και αυτό δεν είναι αποκλειστικό), όχι όμως εξαιρετικές ή ασυνήθεις περιστάσεις¹⁴¹.

54. Είναι αληθές ότι οι γενικεύσεις δεν συνιστώνται εν προκειμένω για περισσότερους του ενός λόγους: πρώτον μπορεί να διαφέρει η διατύπωση της ρήτηρας (είτε ως υποχρέωση αποτελέσματος - που είναι ο κανόνας - ,είτε ως υποχρέωση μέσου) · δεύτερον, διαφέρει η λειτουργία αυτής ανάλογα με τη φύση της ναύλωσης: στη χρονοναύλωση, η υποχρέωση, είτε ρητή είτε σιωπηρή, υπαγορεύεται από την απουσία προκαθορισμού των λιμένων προορισμού · στη ναύλωση κατά ταξίδι, με καθορισμένους λιμένες ή προσδιορισμένη γεωγραφική ζώνη, η ενσωμάτωση πρέπει να είναι ρητή¹⁴². Τέλος, η εκτίμηση εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τα πραγματικά περιστατικά κάθε υπόθεσης, με υψηλό σε κάθε περίπτωση αποδεικτικό μέτρο¹⁴³.

55. Οι προαναφερθείσες επιφυλάξεις δεν καθιστούν πάντως περιττή τη διατύπωση ορισμένων σκέψεων, με σημείο αναφοράς την συνήθη προδιατυπωμένη ρήτρα ασφαλούς λιμένα (ως υποχρέωσης αποτελέσματος) σε χρονοναυλοσύμφωνο¹⁴⁴.

56. Το ζήτημα μπορεί να προκύψει εδώ με λιμένες που, ενώ παραμένουν ανοικτοί¹⁴⁵, εμφανίζουν εικόνα επιμόλυνσης, και άρα ενέχουν κίνδυνο για την ασφάλεια του πληρώματος, κίνδυνο ενδεχόμενης καθυστέρησης (π.χ. λόγω καραντίνας), ή κίνδυνο επιβολής περιορισμών στο πλοίο κατά τον κατάπλου αυτού σε επόμενο λιμένα. Αν η έρευνά μας είναι ακριβής, δεν υφίσταται νομολογιακό προηγούμενο που να συνδέει την ασφάλεια του λιμένος με την εμφάνιση επιδημικών ή πανδημικών φαινομένων. Πάντως, κάτι τέτοιο δεν μπορεί να αποκλεισθεί εκ προοιμίου. Επισημάνθηκε ήδη ότι η αναφορά στα φυσικά χαρακτηριστικά του λιμένος, αν και είναι η κύρια βάση αξιολόγησης, δεν είναι αποκλειστική · και άλλες συνθήκες, όπως πόλεμος ή εσωτερικές αναταραχές, έχουν ληφθεί υπόψη για το χαρακτηρισμό του λιμένος ως ανασφαλούς. Η πι-

141. T. Coghlin et al., *ό.π.*, 10.39 επ..

142. Διαφορετικά τεκμαίρεται ότι δεν υφίσταται τέτοια υποχρέωση (*Voyage Charters*, *ό.π.*, παρ. 5-35 επ.).

143. H. Bennett, Carver on Charterparties, *ό.π.*, παρ. 4-086.

144. Βλ. π.χ. όρο 5 NYPE 1993 “The Vessel shall be employed in such lawful trades between safe ports and places within [...] excluding [...] as the Charterers shall direct” (lines 24-27 NYPE 1946).

145. Αν η πρόσβαση σε αυτούς έχει απαγορευτεί λόγω περιοριστικών μέτρων, ο ναυλωτής θα πρέπει να δώσει εκ νέου οδηγία για πλου σε άλλον ασφαλή λιμένα.

θανότητα να ληφθούν υπόψη και συνθήκες επιδημίας γίνεται μάλιστα δεκτό από τη θεωρία¹⁴⁶.

57. Επί της αρχής λοιπόν, επιδημικές ή πανδημικές συνθήκες δύνανται να επηρεάσουν τον χαρακτηρισμό ενός λιμένος ως (αν)ασφαλούς. Το να θεωρηθεί μία τέτοια συνθήκη εξαιρετική ή ασυνήθης, θα ήταν μάλλον απίθανο, ιδιαίτερα μετά την επίσημη αναγνώριση του *Covid* ως πανδημίας και την εμφάνιση πληθώρας κρουσμάτων σε μεγάλο αριθμό λιμένων σε ολόκληρη την υφήλιο. Στα παραπάνω λοιπόν παραδείγματα, ο ναυλωτής υπέχει τη βασική υποχρέωση (*primary obligation*) να υποδείξει λιμένα ασφαλή για το συγκεκριμένο πλοίο κατά το χρόνο που δίδεται η οδηγία · αν κατά το χρόνο αυτό, ο υποδειχθείς λιμένας είχε ήδη επιμολυνθεί και δεν είχε λάβει μέτρα αντιμετώπισης/ή είχε λάβει ανεπαρκή μέτρα, τότε θα ήταν επικίνδυνος για την ασφάλεια του πληρώματος και άρα για την αξιοπλοΐα του πλοίου, η δε υποχρέωση του ναυλωτή δεν θα είχε εκπληρωθεί, ανεξαρτήτως της ύπαρξης ή μη γνώσης εκ μέρους του τελευταίου¹⁴⁷. Αν οι συνθήκες επιμόλυνσης ανακύψουν σε μεταγενέστερο χρόνο, μετά δηλ. την αρχική οδηγία, ο ναυλωτής υπέχει δευτερεύουσα (κατά το αγγλικό δίκαιο) υποχρέωση να υποδείξει στον εκναυλωτή νέο ασφαλή λιμένα¹⁴⁸ · την ίδια υποχρέωση θα υπείχε και στο ελληνικό δίκαιο με βάση την αρχή της καλής πίστης¹⁴⁹.

58. Πάντως, οι συνθήκες θα αξιολογηθούν *ad hoc* · μόνη η επίκληση *in abstracto* της πανδημίας δεν αρκεί. Έτσι, αν οι λιμενικές αρχές έχουν λάβει επαρκή και κατάλληλα μέτρα προστασίας, τα μέτρα όμως αυτά προκαλούν καθυστερήσεις, η καθυστέρηση αυτή δεν επαρκεί για τον χαρακτηρισμό ενός λιμένος ως μη ασφαλούς, εκτός αν πρόκειται για υπέρμετρη καθυστέρηση που ανατρέπει το ίδιο το συμβατικό περιεχόμενο¹⁵⁰. Αντίστοιχα, οι ενέργειες επόμενων λιμένων κατάπλου λόγω του προηγούμενου λιμένα κατάπλου

146. Βλ. *H. Bennett*, *Carver on Charterparties*, 1st ed., 2017, 4-037. Επίσης *J. Cooke et al.*, *Voyage Charters*, 4th ed., 2014, 5.66 (σελ. 135).

147. Ο ασφαλής ή μη χαρακτήρας του λιμένος κρίνεται αντικειμενικά.

148. *Κωνσταντινίδης*, σε Αντάπαση/Αθανασίου, *Ναυτικό Δίκαιο*, ό.π., σελ. 454-455. *Χριστοδούλου*, Το ανασφαλές του λιμένος προορισμού του πλοίου και η ευθύνη του ναυλωτή, σε «Θαλάσσια ασφάλεια: Νομικά ζητήματα σχετικά με το πλοίο, το φορτίο και τον ανθρώπινο παράγοντα», 9^ο Διεθνές Συνέδριο Ναυτικού Δικαίου, 2015, σελ. 261επ..

149. Αν οι συνθήκες επιμόλυνσης ανακύψουν όταν το πλοίο βρίσκεται ήδη στον λιμένα, ο ναυλωτής οφείλει να δώσει εντολή για άμεση αποχώρηση (βλ. και *The Evia* (No2) [1982] 2 *Lloyd's Rep.* 307).

150. Άρα θα μπορούσε να θεμελιώσει *frustration* της σύμβασης (*The Hermine* [1979] 1 *Lloyd's Rep.* 212 (C.A.), επίσης *T. Coghlin et al.*, ό.π., 10.13-10.16). Βλ. και *supra*, παρ.33 επ..

θα μεταφράζονται κατά κανόνα σε καθυστερήσεις (π.χ. υποχρεωτική παραμονή σε καραντίνα αν αυτή δεν έχει συμπληρωθεί κατά τη διάρκεια του πλου) με συνέπεια να μην θεμελιώνουν το χαρακτηρισμό του μη ασφαλούς λιμένα.

59. Ο εκναυλωτής έχει αξίωση αποζημίωσης για τη ζημία που υπέστη λόγω κατάπλου σε ανασφαλή λιμένα¹⁵¹. Οφείλει όμως από τη μεριά του να λαμβάνει όλα τα απαραίτητα μέτρα για τον περιορισμό της ζημίας · δικαιούται ακόμη και να μην συμμορφωθεί στην οδηγία του ναυλωτή¹⁵², αν και στην πράξη μία τέτοια απόφαση είναι εξαιρετικά δυσχερής, ή να αναχωρήσει από τον λιμένα αν τον αξιολογήσει ως ανασφαλή.

Β. Αυτορρυθμιστική δράση: Ρήτρες περί μεταδοτικών ασθενειών

60. Την άρση των αμφιβολιών επιδιώκει η προδιατυπωμένη ρήτρα περί μεταδοτικών ασθενειών, γνωστή ως *IOCD Clause (Infectious or Contagious Disease Clause)*: η ρήτρα αυτή συντάχθηκε αρχικώς το 2015¹⁵³ για την αντιμετώπιση των συνεπειών της επιδημίας Ebola, με βάση τους όρους περί πολεμικών κινδύνων και τροποποιήθηκε πρόσφατα¹⁵⁴, για να αντιμετωπίσει πιο αποτελεσματικά τα προβλήματα της τρέχουσας πανδημίας αλλά και κάθε μελλοντικής που θα ενσκήψει¹⁵⁵.

151. Αν το γνωρίζει και συμμορφωθεί, ίσως εκληφθεί ως παραίτηση.

152. *The Houda* [1994] 2 Lloyd's Rep 541. Δεν είναι υποχρεωμένος σε άμεση συμμόρφωση. Διαθέτει εύλογο χρόνο για να διερευνήσει τις συνθήκες του λιμένος προορισμού.

153. *Infectious or contagious diseases clause for voyage charterparties 2015*. Κατόπιν της τροποποίησης της από τη BIMCO το 2022, η BIMCO διευκρίνισε ότι δεν συνίσταται πλέον η χρησιμοποίηση της ρήτρας αυτής αλλά ούτε και η από κοινού χρησιμοποίησή της με την αντίστοιχη του 2022.

154. *Infectious or contagious diseases clause for time charter parties 2022*. Πρέπει να σημειωθεί ότι παρότι η ρήτρα του 2015 ήταν σχεδιασμένη για ναυλοσύμφωνα κατά ταξίδι, η νέα ρήτρα έχει συνταχθεί για χρήση σε χρονοναυλοσύμφωνα. Η διαφορά αυτή αντανακλάται στο περιεχόμενο των ρητρών, αφού η νέα ρήτρα περιέχει προβλέψεις που προσιδιάζουν περισσότερο στο χαρακτήρα της χρονοναύλωσης (off-hire, employment orders) σε σύγκριση με εκείνη του 2015 που περιείχε ρυθμίσεις περισσότερο συναφείς στη ναύλωση κατά ταξίδι (safe-port).

155. Το περιεχόμενο της ρήτρας έχει ως εξής:

(a) *For the purposes of this Clause:*

“Disease” means a highly infectious or contagious disease that may cause serious illness to humans.

“Preventative Measures” means all reasonable, applicable and available measures to prevent exposure to the Vessel, its crew or other persons on board to a Disease.

“Risk of Exposure” means a risk of exposure to a Disease which arises or substantially increases at a port or place nominated by the Charterers which in the Owners’ reasonable judgement cannot be avoided by Owners/Master taking Preventative

61. Σε αδρές γραμμές, η νέα ρήτρα προβλέπει την υποχρέωση των εκναυλωτών να λαμβάνουν καθ' όλη τη διάρκεια της ναύλωσης όλα τα απαραίτητα προληπτικά μέτρα για την αποφυγή έκθεσης του πλοίου ή του πληρώματός του σε κάποια μεταδοτική ασθένεια, επιμερίζοντας το κόστος των μέτρων αυτών και στους ναυλωτές. Αποσαφηνίζει ότι θα εξακολουθεί να οφείλεται ναύ-

Measures, whether such risk of exposure existed at the time of entering into this Charter Party or occurred thereafter.

"Exposure Risk Notice" means a written notice from the Owners to the Charterers of a Risk of Exposure that includes supporting evidence thereof.

(b) The Owners/Master shall take Preventative Measures in relation to the Vessel throughout the currency of this Charter Party.

If costs for such Preventative Measures during the currency of the Charter Party exceed US\$[] such excess costs shall be for the Charterers' account (if left blank then all costs shall be for the Owners' account).

(c) If, in connection with a Disease, the Vessel is quarantined, refused admission at any port or otherwise delayed, the Vessel shall remain on hire during such time and the Charterers shall be liable for any direct losses, damages and/or expenses incurred by the Owners during the currency of this Charter Party.

However, if any such quarantine, refused admission or delays are caused by the Owners' acts or omissions or arise due to the Vessel's activity prior to this Charter Party, the Vessel shall be off-hire for any time lost and the Owners shall be liable for any direct losses, damages and/or expenses incurred by the Charterers as a result.

(d) The Vessel shall not be obliged to proceed to, continue to or remain at a place where in the Owners' reasonable judgement there is a high risk from a Disease to the crew or other persons on board the Vessel which cannot be prevented by taking Preventative Measures.

Where the Owners decide not to proceed to, continue to or remain at a place as above and provided they have given the Charterers an Exposure Risk Notice:

(i) the Owners shall request new voyage orders from the Charterers which the Charterers shall, subject to their redelivery obligations and any other terms of this Charter Party, issue within a reasonable time.

(ii) Pending such instructions, the Vessel shall have the right to proceed to the nearest safe waiting place.

(iii) The Vessel shall remain on hire during such period and the Charterers shall indemnify the Owners for any costs, expenses or liabilities incurred by the Owners in relation to claims from holders of bills of lading as a consequence of the Vessel waiting for and/or complying with the alternative voyage orders.

(e) When acting in accordance with any of the provisions of this Clause anything is done or not done, such shall not be deemed to be a deviation, but shall be considered as due fulfilment of this Charter Party.

(f) The Charterers shall procure that the provisions of this Clause are incorporated into all sub-charters, bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage that are issued in relation to this Charter Party.

λος σε περίπτωση που το πλοίο, εξαιτίας κάποιας μεταδοτικής νόσου, τεθεί σε καραντίνα ή του αρνηθεί η είσοδος σε ορισμένο λιμένα ή με οποιονδήποτε άλλο τρόπο καθυστερήσει, εκτός αν αυτό οφείλεται σε ενέργειες των εκναυλωτών οπότε και το πλοίο θα τίθεται *off-hire*. Αναγνωρίζει το δικαίωμα των εκναυλωτών να αρνηθούν τις οδηγίες των ναυλωτών για κατάπλου σε ορισμένο λιμένα ή για την προσέγγιση μέρους που δεν είναι ασφαλές λόγω πανδημίας και τη δυνατότητα να ζητήσουν νέες οδηγίες από αυτούς, ενώ μεταφέρει στους ώμους των ναυλωτών τον οικονομικό κίνδυνο κατά το χρονικό διάστημα αναμονής νέων οδηγιών. Κατά τις κατευθυντήριες σημειώσεις που παρέχει η BIMCO ως *προληπτικά μέτρα* νοούνται τόσο ο προσωπικός προστατευτικός εξοπλισμός (*Personal Protective Equipment-PPE*), όσο και το δικαίωμα του πλοιάρχου να αρνηθεί την είσοδο σε άτομα που μπορεί να θέσουν σε κίνδυνο το πλήρωμα. Τα μέτρα αυτά ωστόσο θα πρέπει να ελέγχονται πάντα υπό το πρίσμα του ευλόγου και της δυνατότητας εφαρμογής τους¹⁵⁶.

62. Οι ρήτρες πάντως αυτές, όπως και αν υιοθετούνται (στην προδιατυπωμένη ή σε τροποποιημένη μορφή), αποτελούν μέρος του ναυλοσυμφώνου και πρέπει να ερμηνεύονται κατά τρόπο που να υπηρετεί την συστηματική ενότητα της σύμβασης. Η απόφαση *FastFreight Pte Ltd v. Bulk Trident Shipping Ltd* του 2023¹⁵⁷ αποδεικνύει τη δυσκολία εφαρμογής των ανωτέρω, σε υπόθεση που αφορούσε την ερμηνεία ρητρών *off-hire* και IOCD, σχετικά με μακρά καθυστέρηση εκφόρτωσης σε κινεζικό λιμένα το 2021¹⁵⁸.

B. Η σύμβαση θαλάσσιας μεταφοράς υπό συνθήκες Covid 19

63. Η πανδημία έπληξε προφανώς και την εκτέλεση πολλών συμβάσεων θαλάσσιας μεταφοράς, είτε αυτόνομης είτε διενεργούμενης στο πλαίσιο ναύλωσης. Τα σημεία που αναδείχθηκαν κυρίως έχουν να κάνουν με τη φύση της προς αποκατάσταση ζημίας και την κατανομή του κινδύνου μεταξύ μεταφορέα-φορτωτή-παραλήπτη (θεμελίωση ευθύνης του πρώτου ή συνδρομή λόγου απαλλαγής του). Αυτά εξετάζονται συνοπτικά, αμέσως παρακάτω.

156. Για παράδειγμα η BIMCO αναφέρει ότι στο πλαίσιο του COVID-19 δεν μπορεί να απαιτηθεί από τον πλοιοκτήτη η χορήγηση масκών συγκεκριμένου τύπου και προδιαγραφών, αν αυτές δεν μπορούν να παραδοθούν ή έχουν εξαντληθεί.

157. [2023] EWHC 105 (Comm) (24.1.2023) · περίληψη δημοσιευθείσα από S. Baughen, σε ιστότοπο IISTL.

158. Εν προκειμένω, συνυπήρχαν στο ίδιο ναυλοσύμφωνο μία ρήτρα IOCD (η οποία έθετε τον οικονομικό κίνδυνο στις πλάτες του εκναυλωτή), μία ρήτρα *off-hire* και μία ρήτρα (με προεξάρχουσα διατύπωση - *notwithstanding*) που απαγόρευε οποιαδήποτε παρακράτηση από τον οφειλόμενο ναύλο, χωρίς τη γραπτή συμφωνία του εκναυλωτή · το δικαστήριο υιοθέτησε μία συστηματική ερμηνεία του ναυλοσυμφώνου ως ενιαίου συνόλου, δίδοντας πρωτοκαθεδρία στην τελευταία ρήτρα.

Β.1. Αποκατάσταση της ζημίας από καθυστέρηση(;)

64. Στην συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων, η ζημία του δικαιούχου του φορτίου προκλήθηκε από καθυστέρηση στην εκτέλεση της μεταφοράς, με ή χωρίς φυσική βλάβη του φορτίου. Όταν η καθυστέρηση προκαλεί (και) φυσική βλάβη του φορτίου, δεν χωρεί αμφιβολία ότι η ζημία αποκαθίσταται, εντός των προβλεπόμενων στους Κανόνες Χάγης-Βίσμπυ ορίων ατομικού περιορισμού. Διαφορετική είναι η περίπτωση όταν η καθυστέρηση προκαλεί στον δικαιούχο του φορτίου μόνο οικονομική ζημία (θετική ή/και αποθετική). Οι απόψεις δίστανται, τόσο όσον αφορά την επί της αρχής ύπαρξη δικαιώματος αποζημίωσης για καθυστέρηση, όσο και για την έκταση της αποκαταστατέας ζημίας.

65. Στην ελληνική έννομη τάξη, η (μη ορθή) συσταλτική προσέγγιση θεωρεί ότι η ζημία από καθυστέρηση δεν καταλαμβάνεται από τους ΚΧΒ · αυτό, κατά μία - μάλλον παρωχημένη- άποψη, σημαίνει ότι η μη ρύθμιση ήταν συνειδητή άρνηση νομοθετικής θεμελίωσης ευθύνης, κατ'άλλη, ότι πρέπει να τύχει εφαρμογής, όταν εφαρμοστέο είναι το ελληνικό δίκαιο, η διάταξη του άρθ. 134 παρ.4 ΚΙΝΔ περί υπαίτιας χρονοτριβής¹⁵⁹. Αντιθέτως, κατά την εδώ υποστηριζόμενη (διασταλτική) ερμηνεία¹⁶⁰, οι ΚΧΒ καταλαμβάνουν και τις ζημίες από *μη δικαιολογημένη* καθυστέρηση, ανεξαρτήτως της φύσης αυτών · άλλωστε, η διεθνής Σύμβαση δεν περιλαμβάνει καμία διάκριση ως προς την αιτία της ζημίας¹⁶¹. Ως προς το ζήτημα του τι συνιστά δικαιολογημένη (ή ανεκτή) καθυστέρηση, η απάντηση θα κριθεί από το περιεχόμενο της συμφωνίας ή/και τη βούληση των μερών, άλλως από τις ισχύουσες συνήθειες για το συγκεκριμένο φορτίο και το είδος μεταφοράς¹⁶². Δεν χωρεί πάντως αμφιβολία, ότι - στην πλειονότητα των περιπτώσεων - η καθυστέρηση λόγω Covid υπερέβη κατά πολύ τα όρια του ανεκτού.

66. Όσον αφορά την έκταση της αποκαταστατέας ζημίας, δεν προκύπτει επίσης εμπόδιο κατά την εδώ υιοθετούμενη θέση. Το γράμμα αλλά και το πνεύμα των ΚΧΒ επιβάλλουν να αποκαθίστανται και οι λοιπές, πέραν της απώλειας ή βλάβης του φορτίου, ζημίες · αυτό αφορά τόσο τις θετικές ζημίες που προέκυψαν εκτενώς κατά την περίοδο του Covid (λόγου χάρη δαπάνες μετα-

159. Α. Κιάντου-Παμπούκη, Ναυτικό Δίκαιο, ΙΙ, σελ. 493.

160. Βλ. αναλυτικότερα Αντάπαση/Αθανασίου, Ναυτικό Δίκαιο, 2020, σελ. 727-728. Έτσι και στο γαλλικό δίκαιο, Ph. Delebecque, Droit Maritime, Dalloz, σελ. 536, ασαφής η θέση αγγλικής θεωρίας και νομολογίας (Wilson, Carriage of goods by sea, 7th ed. 2010, σελ. 220).

161. Α. Montas, L'exécution du contrat de transport maritime de marchandises à l'épreuve de la Covid-19, DMF 2020, 722, ιδίως 724.

162. Αντάπαση/Αθανασίου, ό.π., σελ. 728.

φόρτωσης, αποθήκευσης, μακρύτερης χρήσης εμπορευματοκιβωτίων, χρήσης επιπρόσθετων λιμενικών υπηρεσιών κ.ά.), όσο και τις αποθετικές (λόγου χάρη στέρηση κέρδους από τη μεταπώληση ή ωφέλειας από τη χρησιμοποίηση του πράγματος). Υπενθυμίζεται ότι το ίδιο το γράμμα των παρ. 1, 2 του άρθ. 4 ΚΧΒ αναφέρεται γενικώς σε απώλειες και βλάβες, χωρίς ένδειξη συστολής, ενώ η παρ. 5(α) του ίδιου άρθρου μιλά ρητώς για ευθύνη του μεταφορέα που επεκτείνεται σε οποιαδήποτε απώλεια ή ζημία σε εμπορεύματα ή σε σχέση με αυτά¹⁶³. Ατυχώς, απολύτως κρατούσα στην ελληνική νομολογία είναι η αντίθετη, *contra legem* ερμηνεία, σύμφωνα με την οποία, υπό το καθεστώς των ΚΧΒ, αποκαθίσταται μόνο η απώλεια ή βλάβη του φορτίου, μάλλον λόγω «κεκτημένης» ταχύτητας από την εφαρμογή των άρθ. 139, 140 ΚΙΝΔ, που έχουν πιο στενή διατύπωση και εφαρμόζονταν στην μεταφορά πριν την κύρωση της Σύμβασης¹⁶⁴.

Β.2. Πιθανοί εξαιρούμενοι κίνδυνοι

67. Οι ΚΧΒ προβλέπουν τέσσερις λόγους απαλλαγής, που θα μπορούσαν *a priori* να ενεργοποιηθούν για να αποσείσουν την ευθύνη του μεταφορέα: την ανωτέρα βία (άρθ. 4 παρ. 2, στ. δ), τον υγειονομικό περιορισμό (στ. η), την κράτηση ή τον περιορισμό από κυβερνητικό όργανο (στ. ζ) και, σε κάθε περίπτωση, την έλλειψη πταίσματος (στ. ιζ). Ειδικότερα σχόλια επιφυλάσσονται για το δεύτερο και τον τρίτο, που αποτελούν ευκολότερα σημεία αναφοράς, καθιστώντας - εκ του λόγου τούτου - μη αναγκαία την επίκληση του αυστηρότερου λόγου «περί ανωτέρας βίας».

α. Υγειονομικός περιορισμός

68. Ο μεταφορέας απαλλάσσεται αν αποδείξει ότι η προκληθείσα ζημία συνδέεται αιτιωδώς με την επιβολή υγειονομικών περιορισμών στο πλοίο. Ο εξαιρούμενος αυτός κίνδυνος είναι κυριολεκτικά στην καρδιά του ζητήματος¹⁶⁵, αν σκεφθεί κανείς ότι η επιβολή καραντίνας ήταν ένα από τα βασικά μέτρα - αν όχι το κύριο - που υιοθέτησαν οι εθνικές αρχές για τον έλεγχο της πανδημίας. Συνιστά στην ουσία υποκατηγορία του εξαιρούμενου κινδύνου περί κράτησης ή περιορισμού από κυβερνητικό όργανο, και άρα η απαλλαγή θα καλυπτόταν από αυτόν, ακόμη και αν απουσίαζε το στ. (η). Ο υγειονομικός

163. Βλ. πιο αναλυτικά *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 724-26.

164. *Ibid*, 725-26.

165. Είχε μάλιστα πέσει επί μακρόν σε αχρησία αλλά επανήλθε τις τελευταίες δεκαετίες, εξαιτίας της επανεμφάνισης θανατηφόρων επιδημικών νόσων (π.χ. ιός έμπολα) και πρόσφατα βεβαίως λόγω της πανδημίας Covid.

περιορισμός πρέπει να καταλαμβάνει το συγκεκριμένο πλοίο, είτε ατομικά είτε οριζόντια (π.χ. όλα τα πλοία που είχαν προηγουμένως καταπλεύσει σε λιμένα με διαπιστωμένα κρούσματα, ή ως γενικό μέτρο πρόληψης σε όλα τα εισερχόμενα πλοία). Καραντίνα που αφορά άλλο πλοίο, αλλά συνεπάγεται καθυστέρηση για τον συγκεκριμένο μεταφορέα μπορεί να υπαχθεί στην περίπτωση της έλλειψης πταίσματος. Περαιτέρω, ο υγειονομικός περιορισμός θα πρέπει να μην ήταν γνωστός στον μεταφορέα ή προβλέψιμος από αυτόν, για να παράξει απαλλακτικά αποτελέσματα¹⁶⁶ · με την εναλλαγή των μέτρων σε όλους τους λιμένες του κόσμου, όπως περιγράφηκε ανωτέρω, το στοιχείο της προβλεψιμότητας ήταν εξ ορισμού αμφισβητήσιμο. Επίσης, ο υγειονομικός περιορισμός δεν πρέπει να έχει επιβληθεί από πταίσμα του μεταφορέα (π.χ. έλλειψη μέτρων πρόληψης επί του πλοίου).

Β. Κράτηση ή περιορισμός από εθνική αρχή

69. Ευρύτερος είναι ο λόγος απαλλαγής που αφορά κρατήσεις ή περιορισμούς από εθνικές ή δικαστικές αρχές. Ο λόγος αυτός καταλαμβάνει όλα τα άλλα περιοριστικά μέτρα που επιβάλλονται είτε από το κράτος σημαίας, είτε συνηθέστερα από τα κράτη λιμένος στα οποία καταπλέει το πλοίο (π.χ. απαγόρευση εισόδου σε λιμένα, απαγόρευση εισαγωγής ή εξαγωγής του φορτίου, κράτηση του πλοίου στο πλαίσιο ελέγχου, προληπτικού ή μη, σχετικά με την τήρηση υγειονομικών κανόνων, άρνηση έκδοσης άδειας ελευθεροπλοΐας κ.ά.). Κρίσιμη εν προκειμένω είναι η πραγματική άσκηση εξουσίας, ανεξαρτήτως νομιμότητας ή έλλειψης αρμοδιότητας¹⁶⁷. Και πάλι δεν παράγεται απαλλακτική ενέργεια αν ο μεταφορέας γνώριζε ή μπορούσε να προβλέψει τη λήψη των μέτρων και να αποφύγει τον κίνδυνο¹⁶⁸ · επίσης αν η κράτηση ή το περιοριστικό μέτρο οφείλονται σε δικό του πταίσμα (π.χ. άρνηση χορήγησης άδειας ελευθεροπλοΐας λόγω κρουσμάτων κορονοϊού επί του πλοίου). Τέλος, δεν αποκλείεται ο εξαιρούμενος αυτός κίνδυνος να συρρέει με άλλες απαλλακτικές αιτίες ή και να υπερκεράζεται από αυτές, όπως λόγου χάρι από την δικαιολογημένη παρέκκλιση (άρθρ. 4 παρ. 4) · τέτοια θα ήταν η περίπτωση αν ο μεταφορέας υποχρεωνόταν σε παρέκκλιση.

70. Σημειώνεται ότι τα περιοριστικά μέτρα σε έναν λιμένα μπορεί να οδηγήσουν τον πλοίαρχο σε παρέκκλιση με σκοπό τον κατάπλου σε άλλον λιμένα,

166. A. Montas, ό.π., DMF 2020, 725.

167. Αντάπασης/Αθανασίου, ό.π., σελ. 702-03.

168. Βλ. και J. Cooke et al., Voyage Charters, vol. III, 4th ed. 2014, σελ. 1.091-1.094, J. Wilson, ό.π., σελ. 268-270, W. Tetley, Marine Cargo Claims, vol. I, 4th ed. 2008, σελ. 1.086-88, Time Charters, ό.π., σελ. 525-27, A. Montas, ό.π., DMF 2020, 725-726.

αν τούτο επιβάλλεται για λόγους παροχής ιατρικής βοήθειας στο πλήρωμα ή αντικατάστασης μελών πληρώματος. Σε αυτήν την περίπτωση θα ήταν πολύ πιθανή η ενεργοποίηση της απαλλαγής λόγω εύλογης παρέκκλισης (άρθ. 4 παρ. 4 ΚΧΒ).

Β.3. Η προϋπόθεση της αξιοπλοΐας

71. Η ευόδωση των παραπάνω λόγων απαλλαγής προϋποθέτει ότι το πλοίο είναι αξιόπλοο νομικώς και υλικώς (κατάλληλο προς πλου και προς μεταφορά του συγκεκριμένου φορτίου), κατά την έννοια του άρθ. 3 παρ.1 ΚΧΒ¹⁶⁹ · αν και η υποχρέωση αυτή είναι πλήρως κατανοητή για όσους θεραπεύουν το ναυτικό δίκαιο, είναι απαραίτητο να επανατοποθετηθεί στο πλαίσιο των συνθηκών που προκάλεσε η πανδημία. Αυτό σημαίνει ότι στην ευρύτερη κατηγορία της κατάλληλης στελέχωσης και εξοπλισμού του πλοίου, θα συνεκτιμηθεί η λήψη των απαραίτητων προληπτικών μέτρων, ιδίως μετά την πρώτη φάση της πανδημίας: π.χ. διάθεση επί του πλοίου επαρκούς προσωπικού προστατευτικού εξοπλισμού και διαγνωστικών τεστς, τήρηση αρχείων σχετικά με τα αποτελέσματα ελέγχου, διαδικασίες απολύμανσης των χώρων του πλοίου ιδίως μετά τη διαπίστωση περιστατικών νόσησης, μέτρα ενημέρωσης και εκπαίδευσης του πληρώματος για την πρόληψη και αντιμετώπιση της νόσησης, εξασφάλιση εμβολιασμού (αμφ. για το υφιστάμενο πλήρωμα, θα πρέπει όμως να γίνει δεκτό για τις νέες ναυτολογήσεις). Συνεπώς, αν η θέση του πλοίου σε καραντίνα οφείλεται σε νόσηση μελών του πληρώματος, λόγω ανεπαρκούς πρόληψης ή μέσων διάγνωσης, είναι πιθανό να πρόκειται για αναξιοπλοΐα που θα εμποδίσει, ως προεξάρχουσα υποχρέωση, την επίκληση των προαναφερθέντων λόγων απαλλαγής¹⁷⁰. Υπενθυμίζεται ωστόσο ότι η υποχρέωση αυτή δεν είναι αποτελέσματος αλλά μέσου, δηλ. υποχρέωση επίδειξης της δέουσας επιμέλειας για την εξασφάλιση αξιόπλοου πλοίου · το αν ο μεταφορέας επέδειξε την απαιτούμενη επιμέλεια θα κριθεί *ad hoc*, με βάση τις συνθήκες κάθε υπόθεσης. Π.χ. η απασχόληση ναυτικών πέραν των ανωτάτων ορίων και η, εξ αυτού του λόγου, εργασιακή καταπόνηση του πληρώματος συνιστά πλημμελή εκπλήρωση της υποχρέωσης αξιοπλοΐας, εκτός αν ο μεταφορέας κατέβαλε κάθε επιμέλεια για την αντικατάσταση των ναυτικών, τούτο όμως κατέστη αδύνατο λόγω των απαγορεύσεων ή περιορισμών σε έναν ή περισσότερους λιμένες κατάπλου¹⁷¹.

169. Αντάπασης/Αθανασίου, ό.π., σελ. 637επ..

170. UNCTAD, Contracts for Carriage of Goods by Sea and Multimodal Transport (Key issues arising from the impacts of the Covid-19 Pandemic), 2022, σελ. 35-36.

171. *Ibid*, σελ. 36.

Αντί επιμέτρου

72. Στόχος της παρούσας μελέτης ήταν να εντοπίσει, συστηματοποιήσει και εξετάσει τα βασικότερα ζητήματα διεθνούς και ιδιωτικού ναυτικού δικαίου που ανέκυψαν κατά την πανδημία · δεν είχε την φιλοδοξία, αλλ' ούτε και την ψευδαίσθηση, της εξαντλητικής αποτύπωσης αυτών. Αρκετές επί μέρους πτυχές έμειναν εκτός εξέτασης, όπως - λόγου χάρη- οι καθυστερήσεις στη φόρτωση ή στην παράδοση των φορτίων, η ρύθμιση αναμονής και υπεραναμονής σε αυτές τις συνθήκες, η επίδραση της πανδημίας στις προβλεπόμενες προθεσμίες για τη δήλωση ζημιών και άσκηση αξιώσεων, οι συνέπειες στις συμβάσεις χρήσης εμπορευματοκιβωτίων, η αντιμετώπιση της λιμενικής συμφόρησης, οι αλυσιδωτές καθυστερήσεις στους άλλους τρόπους μεταφοράς κ.ά.. Ούτως ή άλλως, το φαινόμενο δεν έχει ακόμη λήξει (αν σκεφθεί κανείς τη νέα μετάλλαξη *Kraken* και τις μαζικές απώλειες που καταγράφει η Κίνα στο τέλος 2022-αρχές 2023), πολλώ δε μάλλον οι συνέπειές του: ορισμένες από αυτές θα έχουν αρνητικό πρόσημο, όπως η αλλαγή πρακτικής των εθνικών αρχών ως προς την πιστοποίηση της ελευθεροεπικοινωνίας, και το αντίκτυπο της απορρέουσας καθυστέρησης στην εκτέλεση των συμβάσεων ναύλωσης και μεταφοράς · άλλες θα έχουν θετικό, όπως η αναγκαστική ενίσχυση της αποϋλοποίησης των εγγράφων μεταφοράς. Υπό το πρίσμα αυτό, τα όρια της προσαρμοστικότητας του ναυτικού δικαίου θα συνεχίζουν να δοκιμάζονται, το δε ερευνητικό και πρακτικό ενδιαφέρον γι αυτό θα συνεχίζει να τροφοδοτείται.

Η καταστρατήγηση του καθεστώτος νηολόγησης και οι επιπτώσεις της στη ναυτιλία

Γεώργιος Δ. Θεοχαρίδης

Καθηγητής Ναυτικού Δικαίου και Ναυτιλιακής Πολιτικής,
World Maritime University, Δικηγόρος Πειραιώς

I. Εισαγωγή

Με τον παγκόσμιο εμπορικό στόλο να ανέρχεται σε 102.899 πλοία, συνολικής χωρητικότητας 2.199.107 κ.ο.χ.¹, δεν τίθεται μόνο ζήτημα διαμετακόμισης του 85% της παγκόσμιας παραγωγής αγαθών από αυτά αλλά, πιο σημαντικά, ασφαλούς μεταφοράς τους με σεβασμό στο περιβάλλον. Ωστόσο το υγρό στοιχείο είναι εγγενώς εχθρικό προς το πλοίο, όχι μόνο εξαιτίας της διαβρωτικής ιδιότητας του θαλάσσιου ύδατος, αλλά και των εν γένει κινδύνων που υπάρχουν στο ωκεάνειο περιβάλλον. Βέβαια οι τελευταίοι μπορούν να αντιμετωπισθούν, είτε με διαχείριση² είτε με μετακύλιση³. Μολαταύτα η ναυτιλιακή δραστηριότητα είναι επικερδής, δίχως τούτο να αναιρεί τη διάταξη της διακύμανσης, η οποία χαρακτηρίζει τη ναυτιλία⁴.

II. Δικαίωμα ναυσιπλοΐας

Την ίδια στιγμή ο θαλάσσιος επιχειρηματίας που έχει τον έλεγχο του πλοίου οφείλει να συμμορφώνεται στις εκάστοτε ισχύουσες ρυθμίσεις, οι οποίες ερεΐδονται συνήθως σε υπερνομοθετικά πλαίσια. Η συμμόρφωση αφορά στην ακεραιότητα του πλοίου, στην ασφάλεια του πληρώματος, στην προ-

1. Βλ. UNCTAD Review of Maritime Transport, 2022, 42.

2. Τούτο επιτυγχάνεται με τη διενέργεια ασκήσεων ετοιμότητας πληρώματος, με την προσήκουσα συντήρηση του πλοίου, με τη συμμόρφωση στις υποδείξεις του νηογνώμονα, με την αδιάλειπτη εκπλήρωση των υποχρεώσεων που πηγάζουν από τον Κώδικα Ασφαλούς Διαχείρισης, κ.ά.

3. Τούτο επιτυγχάνεται με τη συνομολόγηση σύμβασης ασφάλισης, με την οποία καλύπτεται η τυχόν ζημία από την επέλευση ασφαλιστικών κινδύνων.

4. Σε πολλά χειρίδια, ιδίως του κλάδου των οικονομικών, γίνεται λόγος περί «κυκλικότητας» της ναυτιλίας. Μια τέτοια απόφαση εύκολα διαπιστώνεται ότι δεν είναι ακριβής, καθώς ο κύκλος έχει σταθερή χρονική περίοδο διάνυσης, που δεν είναι ο αυτός στη ναυτιλία. Δηλαδή οι καμπές δεν εμφανίζονται με σταθερή περιοδικότητα, ειδάλλως όλοι θα μπορούσαν να προβλέψουν τις «κρίσεις» και να λάβουν μέτρα αποφυγής. Εξ αυτού προκύπτει η προσέγγιση ότι πρόκειται περί «διακύμανσης».

στασία του θαλάσσιου περιβάλλοντος αλλά και στην απρόσκοπτη λειτουργία της αλυσίδας εφοδιασμού.

Θεμελιώδης στην νόμιμη ενάσκηση της θαλάσσιας επιχειρηματικής δραστηριότητας με πλοίο είναι η καταχώρηση του τελευταίου σε δημόσιο βιβλίο. Μάλιστα όταν πρόκειται για ποντοπόρο δραστηριότητα η εγγραφή σηματοδοτεί και τον σύνδεσμο με ορισμένη έννομη τάξη, όπως θα εκτεθεί.

Την ίδια στιγμή, το δόγμα της ελεύθερης πρόσβασης στην ανοιχτή θάλασσα με ναυπηγήματα δεν ήταν ανέκαθεν δεδομένο⁵. Το δικαίωμα της ακώλυτης ναυσιπλοΐας, ιδίως στην ανοιχτή θάλασσα, ώστε να προσεγγίζονται οι επιθυμητοί εμπορικοί κόμβοι, διήλθε από περιόδους ελευθερίας, περιορισμών, αλλά και αποκλεισμού. Στο σύγχρονη εποχή το ανωτέρω δόγμα εμπεδώνεται με την παροχή θεμελιώδους δικαιώματος πρόσβασης και ναυσιπλοΐας όλων των κρατών στον ενιαίο ωκεανό⁶ με το επιχείρημα ότι δεν μπορούν να εγερθούν κυριαρχικά κρατικά δικαιώματα σε αυτόν τον χώρο⁷. Ένα δόγμα, το οποίο έχει ενσωματωθεί προ πολλού στο Δίκαιο της Θάλασσας⁸. Ειδικότερα, αναγνωρίζεται ελευθερία υπέρ όλων των κρατών, παράκτιων και μη, για πρόσβαση στον ωκεανό δίχως περιορισμούς. Ωστόσο δύο σημεία πρέπει να επισημανθούν. Πρώτον, ότι πρόκειται για γενική ελευθερία, η οποία απαρτίζεται από πλείονες ελευθερίες⁹ που οφείλουν να ασκούνται με τρόπο μη βλαπτικό στις αντίστοιχες ελευθερίες των λοιπών κρατών. Ως συνέπεια, όπως με όλα τα δικαιώματα/ελευθερίες υπόκεινται σε θεμιτούς περιορισμούς. Δεύτερον, δυνάμει του «συντάγματος του ωκεανού»¹⁰, η ενάσκηση δικαιώματος ναυσιπλοΐας

5. Βλ. την πραγματεία του *Grotius H.*, *Mare Liberum sive De iure quod Batavis competit ad Indicana commercia* dissertation, 1609 (δημοσίευση στην αγγλική γλώσσα 2004).

6. Παρά τη διαίρεση της θάλασσας σε επτά ωκεανούς, ο ωκεανός είναι ένας και ενιαίος (*Tanaka Y.*, *The international law of the sea*, 2012, 3). Εξάλλου ο όρος «ανοιχτή θάλασσα» δεν αναφέρεται σε θαλάσσια ύδατα αλλά σε περιοχή, καλυπτόμενη από θαλάσσιο ύδωρ, η οποία κείται εκτός της «αποκλειστικής οικονομικής ζώνης», όπου αυτή έχει χαραχθεί από το παράκτιο κράτος, ή τα εθνικά ύδατα (ή τα εσωτερικά) όλων των παράκτιων κρατών.

7. Βλ. άρθ. 89 UN Convention on the Law of the Sea, 1982 (εφεξής «UNCLOS») «*No State may validly purport to subject any part of the high seas to its sovereignty*».

8. Βλ. άρθ. 2 Geneva Convention on the High Seas, 1958 (εφεξής «High Seas Convention») «*...The high seas being open to all nations, no state may validly purport to subject any part of them to its sovereignty...*» Συναφώς, βλ. άρθ. 87 UNCLOS «*The high seas are open to all States, whether coastal or land-locked...*»

9. Βλ. άρθ. 87 UNCLOS «*...It comprises, inter alia, both for coastal and land-locked States: (a) freedom of navigation; (b) freedom of overflight; (c) freedom to lay submarine cables and pipelines...*»

10. Λόγω του συντριπτικού αριθμού κυρώσεων από τα κράτη, χαρακτηρίζεται ως «σύνταγμα του ωκεανού» (*constitution of the ocean*).

συνδέεται με το βασικό μέσο πλεύσης, ήτοι το πλοίο¹¹, για το οποίο δεν επιφυλάσσεται ειδικός ορισμός¹².

Προκειμένου να διακριβωθεί το εύρος της ειδικής ελευθερίας ναυσιπλοΐας, απαιτείται επιστράτευση ερμηνευτικών εργαλείων, όπως η συστηματική ερμηνεία. Οι σχετικές ρυθμίσεις αντλούνται από την UNCLOS και, πιο συγκεκριμένα, πρόκειται για τις διατάξεις των άρθρων 87 παρ. 1(a) και 2, 90-92 και 94 παρ. 1, 2(a-b). Αυτό που συνάγεται το πρώτον είναι ότι η ειδική ελευθερία πηγάζει από δικαίωμα. Ως τέτοια, η ελευθερία δεν ασκείται απεριόριστα αλλά υπόκειται σε προϋποθέσεις¹³. Εκ του άρθρου 90 μπορεί να εξαχθεί ότι η ναυσιπλοΐα στην ανοικτή θάλασσα τελεί υπό την προϋπόθεση κατοχής σημαίας¹⁴. Την ίδια στιγμή το άρθρο 91¹⁵ συνδέει τη νόμιμη κατοχή σημαίας με την απονομή εθνικότητας¹⁶, μολονότι η τελευταία προσιδιάζει σε πρόσωπα και όχι σε άψυχα αντικείμενα¹⁷. Έτσι η απονομή εθνικότητας, η οποία καθιστά το πλοίο «ιδιοκτησία» του κράτους νηολόγησης¹⁸, αποτελεί αναγκαία συνθήκη, προκειμένου να ασκηθεί το δικαίωμα.

11. Ο όρος «ship» χρησιμοποιείται εναλλακτικά με τον όρο «vessel» (βλ. επικεφαλίδα άρθ. 217 UNCLOS).

12. Βλ. άρθ. 90 «Every State... has the right to sail ships...» Ωστόσο εγείρεται το εξής εύλογο ερώτημα. Τί ισχύει για άλλες πλωτές κατασκευές; Εμπίπτουν στο πραγματικό της ρύθμισης, ώστε να απολαύουν του δικαιώματος ναυσιπλοΐας; Αν ισχύει το πρόταγμα του επιτρεπτού για ό,τι δεν προβλέπεται ρητή απαγόρευση, τότε κάθε πλωτή κατασκευή, συμπεριλαμβανομένου του στατικού ναυπηγήματος που επιπλέει στη θάλασσα, θα μπορούσε να υπαχθεί στο πεδίο εφαρμογής της ρύθμισης.

13. Βλ. άρθ. 87 παρ. 2 UNCLOS «These freedoms shall be exercised by all States with due regard for the interests of other States in their exercise of the freedom of the high seas...»

14. Καρδούλη Κ., Η σημαία ως συνδετικών στοιχείον εις το ιδιωτικόν διεθνές δίκαιον, 1970, §5, σελ. 27-28.

15. Βλ. άρθ. 91 παρ. 1 εδ. Β' UNCLOS «Ships have the nationality of the State whose flag they are entitled to fly».

16. Meyers H., *The nationality of ships*, 1967, 243 επ.

17. Nordquist M. / Nandan S. / Kraska J., «United Nations Convention on the Law of the Sea 1982», A Commentary, 1995, Vol. III, par. 91.9(a), 106 «...There is no analogy between the nationality of ships and the concept of nationality as applied to individuals or corporations».

18. Βλ. άρθ. 3 Διεθνούς Σύμβασης περί Γραμμής Φορτώσεως 1930 «(a) a ship is regarded as belonging to a country if it is registered by the Government of that country». Με αυτήν την έννοια μπορεί να παράσχει προστασία και στις εθνικές δυνάμεις αλλά και διπλωματική προσοχή.

III. Σχέση δικαιώματος ναυσιπλοΐας και νηολόγησης

Η πρόσδοση εθνικότητας (*nationality*)¹⁹ συνδέεται με τη νηολόγηση (*registration*)²⁰, η οποία ενεργείται με την πράξη νηολόγησης (*documentation*)²¹. Κατά την πρώτη αρκεί η συνδρομή των προϋποθέσεων που τίθενται από το εκάστοτε εθνικό δίκαιο, ενώ με τη δεύτερη το πλοίο εγγράφεται σε δημόσιο βιβλίο κατόπιν αίτησης, οπότε παρέχεται δικαίωμα ύψωσης σημαίας, συνισταμένης της τελευταίας στο οπτικό σύμβολο της εθνικότητας.

Ερχόμαστε στην πλέον κρίσιμη παράμετρο της προβληματικής. Καθόσον η σχετική ρύθμιση²² αναθέτει στα κράτη²³ την αποκρυστάλλωση των όρων²⁴ για τη νηολόγηση πλοίων και την πρόσδοση εθνικότητας, μπορούν να συναχθούν περιορισμοί σε αυτό το δικαίωμα; Ο πρώτος τίθεται ρητά²⁵ με την

19. Σχετ. με τη νομική σημασία, βλ. *Naim Molvan v. Attorney General for Palestine (The "Asya")* 81 (1947-1948) LILRep. 277.

20. Η νηολόγηση συνδέεται με την προστασία του δικαιώματος κυριότητας επί του πλοίου και την νομοθέτηση όρων πρόσδοσης εθνικότητας, σχετ. βλ. Watt E. /Coles R., "Ship Registration: Law and Practice", 3η έκδ., 2018, παρ. 1.6.

21. Watt/Coles, ό.π., παρ. 1.20.

22. Βλ. άρθ. 91 παρ. 1 UNCLOS «Every State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory, and for the right to fly its flag».

23. Η ρύθμιση περί ανάθεσης του ζητήματος στο κράτος θεωρείται ότι στηρίζεται στο εθιμικό και δημόσιο διεθνές δίκαιο καθώς και στην πρακτική των κρατών.

24. Σχετ. με τους όρους νηολόγησης υπό ιστορικοδικαικικό πρίσμα, βλ. Singh N., *International Law Problems of Merchant Shipping*, 107 Recueil des Cours (1962) 1, 45 επ. ιδίως 61.

25. Βλ. άρθ. 91 παρ. 1 εδ. γ' UNCLOS «There must exist a genuine link between the State and the ship». Ο γενετικός κώδικας της ρύθμισης ανάγεται στο άρθ. 5 παρ. 1 High Seas Convention που προβλέπει «...There must exist a genuine link between the State and the ship, in particular, the State must effectively exercise its jurisdiction and control in administration, technical and social matters over ships flying its flag...» Η συγκεκριμένη ρύθμιση εμφανιζόταν στον κείμενο «Articles Concerning the Law of the Sea, 1956» (εφεξής «Articles»), το οποίο εκπονήθηκε από τη Διεθνή Νομική Επιτροπή (*International Law Commission*). Το κείμενο του άρθ. 19 είχε την εξής διατύπωση: «...Nevertheless, for purposes of recognition of the national character of the ship by other States, there must exist a genuine link between the State and the ship». Αξιοσημείωτο είναι ότι το σχέδιο έθετε ως προϋπόθεση για την αναγνώριση της εθνικότητας του πλοίου από τα υπόλοιπα κράτη την ύπαρξη γνησίου δεσμού ανάμεσα στο πλοίο και το κράτος νηολόγησης. Μέχρι την αποδοχή του τελικού κειμένου του ανωτέρω άρθ. 5 High Seas Convention, η προϋπόθεση είχε απαλειφθεί με αντάλλαγμα την προσθήκη της αποσαφήνισης του γνησίου δεσμού, ο οποίος συνδέθηκε με την ενάσκηση αποτελεσματικής δικαιοδοσίας και ελέγχου του πλοίου από το κράτος σημαίας. Ωστόσο για την κατανόηση αυτής της προσθήκης πρέπει να ανατρέξουμε στα σχόλια του κειμένου Articles. Το 1896 το Ινστιτούτο Διεθνούς Δικαίου (*Institute of International Law*)

απαίτηση κατάφασης «γνήσιου δεσμού» (*genuine link*) μεταξύ του κράτους νηολόγησης και του πλοίου. Ωστόσο, ως αφηρημένη έννοια δίκως σαφές περιεχόμενο αποτέλεσε αντικείμενο διαφιλονίκησης ανάμεσα στα κράτη, ιδίως κατά την περίοδο άνθησης των ακολουθούμενων από τις «σημαίες ευκαιρίας» (*flags of convenience*) πρακτικών²⁶, αν απαιτείται να συντρέχουν ορισμένοι όροι, προκειμένου να επιτραπεί η εγγραφή πλοίου σε νηολόγιο. Στη μια πλευρά του «εκκρεμούς» κείται η θέση ότι αποτελεί έκφανση της κρατικής κυριαρχίας ο καθορισμός όρων για την πρόσδοση εθνικότητας και, κατ'αποτέλεσμα, η εγγραφή στο νηολόγιο. Η διαμετρικά αντίθετη θέση προκρίνει την άποψη ότι ο «γνήσιος δεσμός» υποδεικνύει την ύπαρξη ελάχιστων περιορισμών²⁷ για την αποκρυστάλλωση των όρων εγγραφής στο νηολόγιο από

υιοθέτησε ορισμένους κανόνες για την παροχή άδειας ύψωσης σημαίας από πλοία. Ωστόσο η συγκεκριμένη πρωτοβουλία δεν έτυχε της αναμενόμενης απήχησης με άμεσο επακόλουθο να εγκαταλειφθεί από τη Διεθνή Νομική Επιτροπή στην 8η συνεδρία, καθώς κρίθηκε ότι τα υιοθετούμενα κριτήρια δεν μπορούσαν να καλύψουν ικανοποιητικά τις διαφορετικές πρακτικές των κρατών ως προς τη νηολόγηση. Ειδικότερα «...*The Commission accordingly thought it best to confine itself to enunciating the guiding principle that, before the grant of nationality is generally recognized, there must be a genuine link between the ship and the State granting permission to fly its flag. The Commission does not consider it possible to state in any greater detail what form this link should take. This lack of precision made some members of the Commission question the advisability of inserting such a stipulation. But the majority of the Commission preferred a vague criterion to no criterion at all. While leaving States a wide latitude in this respect, the Commission wished to make it clear that the grant of its flag to a ship cannot be a mere administrative formality, with no accompanying guarantee that the ship possess a real link with its new State. The jurisdiction of the State over ships, and the control it should exercise in conformity with article 34 of these articles, can only be effective where there exists in fact a relationship between the State and the ship other than mere registration or the mere grant of a certificate of registry*» (Commentary on Articles, Article 29, Yearbook ILC, 1956, vol. II, 279, εφεξής «Commentary on Articles»).

26. Η παρούσα μελέτη δεν επεκτείνεται στην αναλυτική διερεύνηση των πρακτικών των διεθνών/ανοιχτών (*international/offshore registers*) ή δεύτερων νηολογίων (*second registers*). Ωστόσο αξίζει να εκτεθεί ότι ναι μεν αμφότερα παρέχουν προνόμια και κίνητρα στους πλοιοκτήτες (π.χ. χαμηλότερη φορολόγηση, χαμηλότερο εργατικό κόστος, ευχέρεια ηλεκτρονικής πρόσβασης στο νηολόγιο, κ.ά.), ωστόσο δεν μπορούν να εντοπισθούν ουσιαστικοί δεσμοί των νηολογούμενων πλοίων με την έννομη τάξη τους, ιδίως όσον αφορά στο καθεστώς πραγματικής κυριότητας (*beneficial ownership*) και διαχείρισης των πλοίων (βλ. την ανάλυση και τις παραπομπές σε *Watt/Coles*, ό.π., Κεφ. 4).
27. Βλ. Commentary on Articles, Article 29, vol. II, p. 278-279 «*Each State lays down the conditions on which ships may fly its flag. Obviously the State enjoys complete liberty in the case of ships owned by it or ships which are the property of a nationalized company. With regard to other ships, the State must accept certain restrictions. As in the case of the grant of nationality to persons, national legislation on the subject must not depart too far from the principles adopted by the majority of States, which*

τα κράτη. Ενισχυτικό έρεισμα για την υποστήριξη της πρώτης θέσης παρέχει το άρθρ. 92 UNCLOS²⁸. Παραδόξως η δεύτερη θέση αντλεί ισχύ από παρεμφερή ρύθμιση αλλά με διαφορετικό αντικείμενο. Δυνάμει του άρθρ. 94 UNCLOS, τίθεται υποχρέωση σε κάθε κράτος μέλος να ενασκει δικαιοδοσία και έλεγχο επί ζητημάτων διοικητικής, τεχνικής και κοινωνικής φύσης στα πλοία που φέρουν τη σημαία του. Ειδικότερα, το νηολόγιο οφείλει να τηρεί αρχείο με συγκεκριμένα στοιχεία που αφορούν στο εγγεγραμμένο πλοίο, καθώς και να λαμβάνει μέτρα ως προς την ασφάλεια του τελευταίου. Ένα από αυτά αφορά στην επιθεώρηση πριν τη συντέλεση της νηολόγησης, αλλά και μετέπειτα σε τακτά χρονικά διαστήματα. Μάλιστα, αυτή η επιθεώρηση πρέπει να εκτελείται από εκπαιδευμένο προσωπικό βάσει διεθνών προτύπων και με τη συνδρομή δαπανηρής υλικοτεχνικής υποδομής. Επιπλέον, το κράτος σημαίας οφείλει να διασφαλίζει την επάρκεια πληρώματος στο νηολογημένο πλοίο με την πρόκριση διορισμού ικανού πλοιάρχου και πληρώματος με τις προσήκουσες γνώσεις και δεξιότητες. Μάλιστα, η συγκεκριμένη υποχρέωση δεν δύναται να εκπληρωθεί δίχως συμμόρφωση του κράτους σημαίας στο πλέγμα κανόνων²⁹ που ερείδονται στο νομοθετικό ιστό που έχει θεσπισθεί από διεθνείς οργανισμούς, ιδίως τον Διεθνή Ναυτιλιακό Οργανισμό (*International Maritime Organization*)³⁰. Υπό το φως των ανωτέρω, επειδή η ρύθμιση εισάγει υποχρεώσεις για το κράτος σημαίας, υποστηρίζεται η θέση ότι η ύψωση σημαίας από ένα πλοίο, η οποία συνδέεται με την εθνικότητα, δεν θα έπρεπε να επιτρέπεται υπό οποιουσδήποτε όρους αλλά να τίθενται όρια. Μολονότι αρκετά πειστική η επίμαχη επιχειρηματολογία, αδυνατεί να προσδώσει θετικό περιεχόμενο στην αόριστη έννοια του «γνήσιου δεσμού».

Απόπειρα αποσαφήνισης της έννοιας είχε επιχειρηθεί μερικά χρόνια πριν την έναρξη ισχύος της Διεθνούς Σύμβασης UNCLOS. Το χαλαρό καθεστώς νηο-

may be regarded as forming part of international law. Only on that condition will the freedom granted to States not give rise to abuse and to friction with other States. With regard to the national element required for permission to fly the flag, a great many systems are possible, but there must be a minimum national element».

28. «Ships shall sail under the flag of one State only and...shall be subject to its exclusive jurisdiction on the high seas...»

29. Βλ. άρθρ. 94 παρ. 5 UNCLOS «In taking the measures called for in paragraphs 3 and 4 each State is required to conform to generally accepted international regulations, procedures and practices and to take any steps which may be necessary to secure their observance». Ως προς την προστασία του περιβάλλοντος από θαλάσσια ρύπανση, βλ. άρθρ. 217 παρ. 1 UNCLOS, το οποίο προβλέπει: «States shall ensure compliance by vessels flying their flag or of their registry with applicable international rules and standards, established through the competent international organization...»

30. Εφεξής «ΙΜΟ».

λόγησης από ορισμένα κράτη³¹ οδήγησε τη διεθνή κοινότητα στο εγχείρημα της ομοιόμορφης αντιμετώπισης του ζητήματος. Έτσι το 1986³² προτάθηκε υπερθνικό κείμενο³³ με αντικείμενο τις προϋποθέσεις εγγραφής σε νηολόγιο και όρο έναρξης ισχύος την υπογραφή από όχι λιγότερο από 40 κράτη που να ελέγχουν ποσοστό 25% τουλάχιστον του παγκόσμιου εμπορικού στόλου. Ήδη από το προοίμιο κατέστη έκδηλο ότι ο υπερθνικός νομοθέτης διέτρεχε τον κίνδυνο να συνθλιβεί³⁴ σε Συμπληγάδες Πέτρες, αν δεν σεβόταν το υφιστάμενο διεθνές κανονιστικό πλαίσιο³⁵, αλλά και τις επικρατούσες πρακτικές, όπως αυτά είχαν διαμορφωθεί με την πάροδο του χρόνου. Οι προτεινόμενες ρυθμίσεις επιχειρούσαν την εμπέδωση των υποχρεώσεων του άρθ. 94 UNCLOS στα κράτη σημαίας με «συγκολλητικό» παράγοντα τον «οικονομικό δεσμό» (*economic link*). Ειδικότερα, προβλέφθηκε ότι η εθνικότητα των προσώπων που έχουν πλήρη ή μερική κυριότητα επί νηολογούμενου πλοίου

31. Αποκαλούμενα αλλιώς ως κράτη «σημαίων ευκαιρίας», όπου η νηολόγηση επιτρέπεται ακόμη και σε νομικά μορφώματα υπό πλήρη κυριότητα ή έλεγχο αλλοδαπών και υπό όρους, που για διάφορους λόγους, είναι ευκαιρίας (*opportune*) για το μόρφωμα που επιχειρεί τη νηολόγηση (Boczke B.A., “Flags of Convenience - An International Legal Study”, 1962, 2).

32. Σ’ αυτό το σημείο να επισημανθεί ότι η διεθνής κοινότητα δεν είχε υιοθετήσει ακόμη τον Κώδικα Ασφαλούς Διαχείρισης (*International Safety Management Code*, βλ. IMO Assembly Resolution A.741 (18) - 1994). Η προηγούμενη απόπειρα της UNCTAD το 1977 να υπαγάγει ορισμένα νηολόγια στις «σημαίες ευκαιρίας» δυνάμει συγκεκριμένων κριτηρίων δεν απέφερε καρπούς (βλ. *Report of the ad hoc Intergovernmental Working Group on the Economic Consequences of the Existence or Lack of a Genuine Link between the Vessel and Flag of Registry*, TD/B/C.4/177).

33. UN Convention on Conditions for Registration of Ships, 1986 (εφεξής Σχέδ. ΔΣ 1986).

34. Βλ. τη διατύπωση «*The State Parties to this Convention Recalling also that according to the 1958 Geneva Convention on the High Seas and the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea there must exist a genuine link between a ship and a flag State and conscious of the duties of the flag State to exercise effectively its jurisdiction and control over ships flying its flag in accordance with the principle of the genuine link... Reaffirming, without prejudice to this Convention, that each State shall fix the conditions for the grant of its nationality to ships, for the registration of ships in its territory and for the right to fly its flag... Considering that nothing in this Convention shall be deemed to prejudice any provisions in the national laws and regulations of the Contracting Parties to this Convention, which exceed the provisions contained herein...*»

35. Βλ. τη συνάφεια στη διατύπωση του άρθ. 8 παρ. 2 Σχέδ. ΔΣ 1986 «...*These laws and regulations should be sufficient to permit the flag State to exercise effectively its jurisdiction and control over ships flying its flag*» και άρθ. 94 παρ. 1 UNCLOS «*Every State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag*».

θα πρέπει να ταυτίζεται με τη σημαία του κράτους νηολόγησης³⁶. Εναλλακτικά, ή σωρευτικά³⁷, το απασχολούμενο πλήρωμα θα έπρεπε να έχει την κατοικία ή την νόμιμη διαμονή του στο κράτος, τη σημαία του οποίου φέρει το πλοίο. Επιπρόσθετα, το κράτος σημαίας οφείλει να διασφαλίσει ότι οι πλοιοκτήτριες εταιρίες που επιχειρούν την εγγραφή πλοίου στο νηολόγιο θα διατηρούν την κύρια εγκατάσταση (*principal place of business*) στον ίδιο τόπο³⁸. Ελλείψει τέτοιας εγκατάστασης, απαιτείται διορισμός εκπροσώπου ή διαχειριστή που έχει την κατοικία του εκεί. Τέλος, το κράτος νηολόγησης οφείλει να διασφαλίσει ότι τα πρόσωπα που υπέχουν ευθύνη εκ της λειτουργίας και διαχείρισης του πλοίου διαθέτουν την οικονομική επιφάνεια προς κάλυψη αυτών των υποχρεώσεων, συμπεριλαμβανομένων των αξιώσεων του πληρώματος. Η εκπλήρωση της συγκεκριμένης υποχρέωσης γίνεται με προσκόμιση ασφαλιστικής σύμβασης ή άλλα μέσα εγγύησης³⁹.

Πολλούς λόγους⁴⁰ θα μπορούσε κάποιος να διακρίνει για την αποτυχία θέσης σε ισχύ του υπερθνικού κειμένου. Ωστόσο παρέσχε ένα βάσιμο επιχειρήμα ότι ο «γνήσιος δεσμός» ανάμεσα στο κράτος νηολόγησης και το πλοίο εμπερικλείει στοιχεία του «οικονομικού δεσμού» ανάμεσα στα δύο, όπως η εθνικότητα των πραγματικών μετόχων της πλοιοκτήτριας εταιρίας, η εθνικότητα του πληρώματος, η οικονομική κάλυψη των ευθυνομένων από τη λειτουργία του πλοίου, συμπεριλαμβανομένης της ασφαλιστικής κάλυψης από κινδύνους που θα μπορούσαν να γεννήσουν ευθύνη έναντι τρίτων.

Η δεύτερη πηγή ερμηνευτικής προσέγγισης της αόριστης έννοιας κείται στο δικανικό έργο του Δικαστηρίου του Δικαίου του Θάλασσας (*International Tribunal of the Law of the Sea- ITLOS*) κατά την τομή διαφορών ανάμεσα στα κράτη. Στην υπόθεση *The Saiga No.2*⁴¹ ετέθη ενώπιον του Δικαστηρίου ο ισχυρισμός ότι δεν συνιστά παραβίαση του διεθνούς δικαίου από κράτος η άρνηση

36. Βλ. άρθ. 8 παρ. 2 Σχέδ. ΔΣ 1986 «*Subject to the provisions of article 7, in such laws and regulations the flag State shall include appropriate provisions for participation by that State or its nationals as owners of ships flying its flag or in the ownership of such ships and for the level of such participation...*»

37. Βλ. άρθ. 7 Σχέδ. ΔΣ 1986 «*With respect to the provisions concerning manning and ownership of ships....a State of registration has to comply either with the provisions of paragraphs 1 and 2 of article 8 or with the provisions of paragraph 1 to 3 of article 9, but may comply with both.*»

38. Βλ. άρθ. 10 παρ. 1-2 Σχέδ. ΔΣ 1986.

39. Βλ. άρθ. 10 παρ. 3 Σχέδ. ΔΣ 1986.

40. Υποστηρίζεται βάσιμα ότι παρά τη διατύπωση οι ρυθμίσεις παρέχουν αρκετό έδαφος για ελιγμό στα κράτη (*Watt/Coles*, ό.π., παρ. 3.22).

41. ICGJ 336 (ITLOS 1999). Βλ. επίσης την προσέγγιση στην υπόθεση *Commission v. Hellenic Republic* [1997] ECR I-6725.

αναγνώρισης της εθνικότητας αλλοδαπού πλοίου εφόσον το κράτος νηολόγησης δεν ενάσκησε κανονιστική και εκτελεστική δικαιοδοσία επί του κυρίου/εκμεταλλευόμενου το πλοίο. Ως βασικό επιχείρημα της άρνησης ετέθη ότι η μη ενάσκηση τέτοιας δικαιοδοσίας αποκόπτει τον «γνήσιο δεσμό» ανάμεσα στο κράτος σημαίας και το πλοίο, την κατάφαση του οποίου επιτάσσει το άρθ. 91 UNCLOS. Κατόπιν στενής ερμηνείας της σχετικής ρύθμισης οι δικαστές απέρριψαν τον ισχυρισμό⁴². Μολονότι η αιτιολογία της απόφασης δεν προσέδωσε ουσιαστικό περιεχόμενο στην έννοια, η νομική θεμελίωση (*ratio decidendi*) ήταν χρήσιμη, καθώς καθόρισε, με ποιους όρους δεν συνδεόταν ο «γνήσιος δεσμός».

Ωστόσο στην υπόθεση *The M/V Virginia G*⁴³, το ζήτημα εξετάστηκε με μεγαλύτερη εμβρίθεια. Δύο επιχειρήματα ετέθησαν προς κρίση. Κατά πρώτο, ότι ο «γνήσιος δεσμός» συνιστά ένα ελάχιστο διεθνές πρότυπο για τη νηολόγηση πλοίου και, κατά δεύτερο, ότι ο ίδιος δεν αποτελεί μια τυπική προϋπόθεση, αλλά έναν αληθινό και ουσιώδη σύνδεσμο ανάμεσα στο πλοίο και την έννομη τάξη του κράτους νηολόγησης. Εν απουσία αυτού, ήτοι, όταν ούτε ο πλοιοκτήτης ούτε το πλήρωμα αντλούν καταγωγή από το κράτος σημαίας, το τελευταίο δεν ενασκεί αποτελεσματική δικαιοδοσία. Ως συνέπεια, τα λοιπά κράτη ουδεμία υποχρέωση υπέχουν προς αναγνώριση του δικαιώματος ακώλυτης ναυσιπλοΐας του νηολογηθέντος πλοίου. Οι δικαστές δεν πείσθηκαν από την επιχειρηματολογία και απέρριψαν ομόφωνα τον νομικό ισχυρισμό⁴⁴.

Από την προεκτεθείσα ανάλυση της νομολογίας μπορεί να συναχθεί ότι η εθνικότητα του πλοίου προϋποθέτει μεν την κατάφαση «γνήσιου δεσμού» ανάμεσα στο κράτος νηολόγησης και το πλοίο, ωστόσο η προϋπόθεση δεν συνδέεται με ουσιώδεις όρους που τίθενται από το εκάστοτε εθνικό δίκαιο για την πρόσδοση αυτής. Κατ'αποτέλεσμα το άρθ. 91 UNCLOS δεν θέτει συγκεκριμένα όρια στην ελευθερία των κρατών για την απονομή εθνικότητας σε πλοίο.

Υπό το φως των ανωτέρω το ερώτημα παραμένει ανοικτό, αν μπορούν να τεθούν όρια στη συγκεκριμένη ελευθερία, η οποία κατ'επέκταση θα επιφέρει

42. «*The conclusion of the Tribunal is that the purpose of the provisions of the Convention on the need for a genuine link between a ship and its flag State is to secure more effective implementation of the duties of the flag State, and not to establish criteria by reference to which the validity of the registration of ships in a flag State may be challenged by other States*».

43. ICGJ 453 (ITLOS 2012).

44. «*...In the view of the Tribunal, once a ship is registered, the flag State is required, under article 94 of the Convention, to exercise effective jurisdiction and control over that ship in order to ensure that it operates in accordance with generally accepted international regulations, procedures and practices. This is the meaning of "genuine link"...*»

θεμιτό περιορισμό και στο γενικό δικαίωμα πρόσβασης στην ανοιχτή θάλασσα. Κατά πρώτο, από τον συνδυασμό των άρθρ. 90 και 94 UNCLOS συνάγεται πρωτογενές δικαίωμα ίδρυσης νηολογίου πλοίων, ακόμη και υπέρ των περικλειστων κρατών (*land-locked States*)⁴⁵. Την ίδια στιγμή, είναι αδιαφιλονίκητο ότι το άρθρ. 94 UNCLOS εισάγει θεμελιώδεις υποχρεώσεις στα κράτη. Η δέουσα εκπλήρωση των τελευταίων διέρχεται από τη συμμόρφωση του κράτους σημαίας στα πρότυπα (*standard*) που τίθενται από τη νομοθεσία του IMO και αφορούν στην ασφάλεια του πλοίου και του πληρώματος καθώς και την προστασία του περιβάλλοντος. Επειδή τα συγκεκριμένα πρότυπα χαράσσονται κατ'ελάχιστον (*minimum*), ο εθνικός νομοθέτης δύναται μεν να θέσει αυστηρότερα, ελλοχεύει όμως ο κίνδυνος⁴⁶ διατάραξης της ομαλής ενάσκησης της ναυτιλιακής δραστηριότητας⁴⁷. Προς το σκοπό της διασφάλισης της συμμόρφωσης των κρατών, τα οποία είναι κυρίαρχα, ο IMO έχει υιοθετήσει τον Κώδικα Εφαρμογής των Οργάνων (*Implementation Instruments Code*)⁴⁸, ο οποίος καταστρώνεται σε τέσσερα μέρη, ένα εκ των οποίων αφορά στις υποχρεώσεις του κράτους σημαίας. Ωστόσο το πρώτο μέρος⁴⁹ είναι κρίσιμο, καθώς η συμμόρφωση στη νομοθεσία πραγματοποιείται με τη χάραξη πολιτικής (*policy*)⁵⁰, το σχεδιασμό στρατηγικής (*strategy*)⁵¹, την ανάληψη ενεργειών (*initial actions*), την επικοινωνία πληροφοριών (*communication of information*), την τήρηση αρχείων (*records*) με στόχο τη βελτίωση (*improvement*).

Σύμφωνα με τα ανωτέρω, κάθε κράτος μπορεί να ιδρύσει νηολόγιο, ωστόσο η ενάσκηση δικαιοδοσίας και ελέγχου στα νηολογηθέντα πλοία διέρχεται από τη συμμόρφωση στη διεθνή νομοθεσία που αφορά σε διοικητικά, τεχνικά και κοινωνικά θέματα σε αυτά. Η επίτευξη της συμμόρφωσης προϋποθέτει ότι το κράτος σημαίας μπορεί να ελέγξει το πλοίο σε τέτοιο βαθμό, ώστε η νομοθεσία να μπορεί να εφαρμοσθεί προσηκόντως. Όμως αν το πλοίο δεν κείται σε

45. Βλ. άρθρ. 90 UNCLOS «*Every State, whether coastal or land-locked, has the right to sail ships flying its flag on the high seas*».

46. Βλ. το προσφυές σχόλιο του Γενικού Γραμματέα IMO στο Διεθνές Συνέδριο του Διεθνούς Ναυτικού Επιμελητηρίου επ'ευκαιρία της Διεθνούς Εβδομάδας Ναυτιλίας στο Λονδίνο «*Shipping is international and global, not national and not regional... No state should seek, unilaterally, to impose national, or regional, requirements or standards*» (Σεπτέμβριος 2015).

47. Π.χ. αν ένα κράτος θέσει μονομερώς όρια εκπομπών άνθρακα εξαιρετικά χαμηλά, κανένα πλοίο δεν θα προσεγγίσει τους λιμένες του συγκεκριμένου κράτους, οπότε θα διαταραχθούν, τόσο η αλυσίδα εφοδιασμού όσο και οι ναύλοι.

48. IMO Assembly Resolution A.1070(28), που κυρώθηκε με την υπ'αρ. 2222.1-1.2/51931/2017 απόφαση Υπουργού Ναυτιλίας και Νησιωτικής Πολιτικής (Β' 2662).

49. Το Πρώτο Μέρος ρυθμίζει τους Κοινούς Τόπους (*Common Areas*).

50. Βλ. παρ. 15, 46 και 54.

51. Βλ. παρ. 3.

θέση άμεσης και ακώλυτης πρόσβασης από το κράτος νηολόγησης, το οποίο οφείλει να διαθέτει και τεχνικά καταρτισμένο προσωπικό και επιθεωρητές, τότε ούτε η συμμόρφωση δύναται να επιτευχθεί. Είναι ακριβώς αυτή η πλήρης πρόσβαση που διασφαλίζεται, όταν το κράτος σημαίας θέτει προϋποθέσεις για τη νηολόγηση που «προσδένουν» το πλοίο στην έννομη τάξη, ώστε να μπορεί να ενασκηθεί έλεγχος. Έτσι, όσο πιο πολλοί δεσμοί υπάρχουν ανάμεσα στο κράτος σημαίας και το πλοίο, τόσο πιο αποτελεσματικός έλεγχος μπορεί να ασκηθεί. Αντίθετα, η χαλαρή ή συμπτωματική ύπαρξη δεσμών με το κράτος σημαίας καθιστά τον έλεγχο επί του πλοίου δυσχερή, αν όχι ανέφικτο. Ποιές ακριβώς προϋποθέσεις είναι προσφυείς, αυτό δεν δύναται να αποκρυσταλλωθεί και διαφέρει από κράτος σε κράτος, ιδίως λόγω γεωγραφικής θέσης αλλά και επιπέδου τεχνογνωσίας για την ενάσκηση ελέγχου. Πάντως η θέσπιση προσφυών προϋποθέσεων νηολόγησης συμφέρει το κράτος και για έναν άλλο ουσιώδη λόγο. Διασφαλίζει, ότι το κράτος εκπληρώνει προσηκόντως τις υποχρεώσεις του έναντι των άλλων κρατών.

IV. Το πρόβλημα της καταστροφής νηολόγησης

Εντός του προπεριγραφέντος παγκόσμιου χάρτη νηολογίων καλούνται οι κύριοι των πλοίων να προβούν στη νηολόγησή τους, ώστε να δύνανται να επισκέπτονται τους λιμένες και να πλέουν στην ανοικτή θάλασσα. Η επιλογή νηολογίου⁵², ενόψει της ποικιλομορφίας των προϋποθέσεων, καθίσταται ευχερής καθώς δεν υφίστανται περιορισμοί, εκτός από εξαιρετικές περιπτώσεις⁵³. Ωστόσο σε αυτό το περιβάλλον «ελευθερίας» ενδήμησε ένα οξύ πρόβλημα. Από τη μια πλευρά, ορισμένα κράτη -αν και οψίμως- διαπίστωσαν ότι συγκεκριμένα πλοία έφεραν τη σημαία τους, δίχως να είναι εγγεγραμμένα στα οικεία βιβλία νηολογίου τους. Από την άλλη, πολλοί επιθεωρητές κρατους λιμένα διαπίστωναν ότι επιδειχθέντα έγγραφα εθνικότητας από επισκεπτόμενα πλοία ήταν πλαστά.

A. Χρονικό του προβλήματος

Τον Ιούλιο 2016 περιήλθε σε γνώση της Γραμματείας της Νομικής Επιτροπής IMO φερόμενη ίδρυση νηολογίου από τα Ομόσπονδα Κράτη της Μικρονησίας (*Federated States of Micronesia*). Κατόπιν, κατά την 104η Συνεδρίαση της Νομικής Επιτροπής, υποβλήθηκε υπόμνημα καταγγελίας μη εξουσιοδοτημέ-

52. Σχετ. με τα κριτήρια επιλογής σημαίας, βλ. την ανάλυση στους *Watt/Coles*, ό.π., κεφ. 6.

53. Λ.κ. ορισμένο κράτος προκειμένου να παράσχει άδεια επιχείρησης πετρέλευσης μπορεί να απαιτεί, αφ' ενός τα εταιρικά μορφώματα που είναι φορείς της επιχείρησης να έχουν συσταθεί εκεί, αφ' ετέρου τα σκάφη να φέρουν τη σημαία του.

νης χρήσης της σημαίας της Δημοκρατίας του Κονγκό (*Democratic Republic of Congo*) από δύο πλοία που συνελήφθησαν στην Ισπανία για λαθρεμπόριο. Ανταποκρινόμενη στο αίτημα δημοσιοποίησης, η Νομική Επιτροπή το εισηγάγε στην 105η Συνεδρίαση ως αυτοτελές θέμα της ημερήσιας διάταξης⁵⁴. Το έτος 2019 στην 106η Συνεδρίαση, η Νομική Επιτροπή εξέτασε υποβληθείσες αναφορές συμβάντων καταστρατήγησης ίδρυσης νηολογίων (*fraudulent registries*) και νηολογήσεων (*fraudulent ship registrations*)⁵⁵. Ειδικότερα, από τα 84 πλοία που εμφανίζονταν υπό σημαία της Δημοκρατίας του Κονγκό, τα 73 είχαν νηολογηθεί δίχως γνώση και συναίνεση της αρμόδιας αρχής, ενώ μόλις τα 11 είχαν νηολογηθεί νόμιμα και εκτελούσαν εσωτερικούς πλόες. Η παράνομη πράξη είχε τελεσθεί από εταιρία με έδρα το Λονδίνο, η οποία σύμφωνα με την ιστοσελίδα που τηρούσε, φερόταν να εκπροσωπεί το κράτος της Δημοκρατίας του Κονγκό. Οι τηλεφωνικές κλήσεις εξυπηρετούνταν με προηχογραφημένο μήνυμα και η ηλεκτρονική αλληλογραφία διεκπεραιωνόταν από ιστοσελίδα δίχως ταυτοποιημένη ηλεκτρονική διεύθυνση. Μετά από έλεγχο, αυτά τα 73 πλοία ετέθησαν υπό σήμανση από την IHS Markit⁵⁶ ως «DRC FALSE flag».

Συναφώς, η Κυβέρνηση των Νήσων Φίτζι αιτήθηκε από τον IMO να διανείμει επιστολή της αρμόδιας Αρχής Θαλάσσιας Ασφάλειας στα κράτη μέλη σχετικά με παράνομες νηολογήσεις. Στην επιστολή περιλαμβανόταν κατάλογος με 91 πλοία που έφεραν παράνομα τη σημαία των Νήσων Φίτζι, εκ των οποίων μόνο τα 59 είχαν αριθμό IMO. Επίσης γινόταν μνεία ότι στο νηολόγιο δεν εγγράφονταν ποντοπόρα πλοία και οι προϋποθέσεις νηολόγησης το καθιστού-

54. Βλ. LEG 105/14/1 May 2018.

55. Βλ. LEG 106/7/10 January 2019 και 106/7Add.1/13 February 2019.

56. Πρόκειται για εταιρία παροχής πληροφοριών, η οποία το 2008 απορρόφησε την εταιρία *Fairplay*, στην οποία είχε ανατεθεί από τον IMO η παροχή αριθμού σε πλοία και πλοιοκτήτριες εταιρίες. Προβαίνει στην έκδοση δελτίου σε εβδομαδιαία βάση με τα πλοία που φέρουν παράνομη σημαία σύμφωνα με τις πληροφορίες που συλλέγει. Μέχρι την υποβολή της παρούσας μελέτης ο αριθμός αυτών ανέρχεται στα 109. Ο πάροχος έχει συμβληθεί με τις αρμόδιες αρχές των κρατών σημαίας, ώστε να διασφαλισθεί η άμεση καταγραφή εγγραφών και διαγραφών πλοίων στα νηολόγια. Η σήμανση «FALSE flag» τίθεται σύμφωνα με τα εξής κριτήρια: «Any vessel which transmits, broadcasts, displays, or otherwise engages in the misuse of flag details, which are confirmed by an Authorized Flag Administration as not being legally registered under the flag in question, will be designated as Flag FALSE». Σε πλοίο που έχει διαγραφεί ή ακυρωθεί από νόμιμο νηολόγιο τίθεται η σήμανση «UNKNOWN flag» μέχρι τη συντέλεση νόμιμης εγγραφής. Αν αυτό συνεχίζει να εκπέμπει σήμα ταυτότητας σημαίας (μέσω AIS) μετά τη διαγραφή/ακύρωση, τίθεται η σήμανση «FALSE flag». Το έργο διακρίβωσης αυθεντικότητας στοιχείων της HIS Markit εκτείνεται και στο πεδίο των νηογναμώνων, που ενεργούν ως Εξουσιοδοτούμενοι Οργανισμοί, καθώς και των αλληλασφαλιστικών οργανισμών (P&I Clubs).

σαν «κλειστό». Μετά από ενδελεχή έρευνα, το σύνολο των 91 πλοίων σημάνθηκε ως «*FIJI FALSE flag*».

Παρόμοια, η Κυβέρνηση της Δημοκρατίας των Μαλδίβων αιτήθηκε της διανομή επιστολής της αρμόδιας Αρχής Μεταφορών σχετικά με 3 πλοία⁵⁷ που χρησιμοποιούσαν παράνομα της σημαία της και κατείχαν πλαστά έγγραφα νηολόγησης. Μάλιστα, ένα από τα πλοία εκτελούσε μεταφορτώσεις (*ship-to-ship transfer*) με δεξαμενόπλοιο, νηολογημένου σε χώρα που βαρυνόταν με διεθνείς κυρώσεις και κυρώσεις των Ηνωμένων Εθνών. Ακόμη, στην επιστολή γινόταν μνεία ότι οι Μαλδίβες δεν διατηρούν «ανοιχτό» νηολόγιο και ότι τα 3 ανωτέρω πλοία τελούσαν υπό πλοιοκτησία εταιριών Χόνγκ-Κόνγκ. Κατόπιν έρευνας τα 3 πλοία σημάνθηκαν ως «*MALDIVES FALSE flag*».

Επίσης, η Κυβέρνηση της Σαμόα απέστειλε ενημερωτική επιστολή στον IMO, ότι ανακαλεί εξουσιοδότηση που είχε παράσχει στην εταιρία με την επωνυμία «*Ascent Navals*» και έδρα την Ταϊλάνδη, να ενεργεί ως Εξουσιοδοτημένος Οργανισμός (*Recognized Organization*) για λογαριασμό της. Στην επιστολή γινόταν ακόμη μνεία ότι διατηρούσε «κλειστό» νηολόγιο χωρίς Εξουσιοδοτημένους Οργανισμούς. Ακόμη περιλαμβανόταν κατάλογος με 15 πλοία που έφεραν νόμιμα της σημαία της και 18 που έφεραν αυτήν παράνομα. Μετά από έρευνα τα τελευταία πλοία σημάνθηκαν ως «*SAMOA FALSE flag*».

Εξαιρετικό ενδιαφέρον παρουσιάζει η περίπτωση των Ομόσπονδων Κρατών της Μικρονησίας (*Federated States of Micronesia*), που δεν αποτελεί κράτος-μέλος του IMO. Περί τον Οκτώβριο 2015, ορισμένο φυσικό πρόσωπο απέστειλε ηλεκτρονικό μήνυμα, ισχυριζόμενο ότι είναι Διευθυντής του Διεθνούς Νηολογίου Μικρονησίας (*Micronesia International Ship Registry*) και αιτούμενο τη δημιουργία κωδικού χρήστη και συνθηματικού, προκειμένου να υποβληθούν τα στοιχεία της Ναυτιλιακής Αρχής Μικρονησίας. Σύμφωνα με την πάγια πρακτική του IMO, το αρμόδιο τμήμα Πληροφοριών και Παροχής Υπηρεσιών Τεχνικής Υποστήριξης (*Information and Communications Technology Services*) αιτήθηκε επίσημη επιστολή, προκειμένου να δημιουργηθεί λογαριασμός για την Μικρονησία. Η επιστολή εστάλη μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την ίδια ημέρα, υπογεγραμμένη από τον Γενικό Διευθυντή της Διεύθυνσης Ναυτιλίας και με σφραγίδα της Γραμματείας Κυβέρνησης της Μικρονησίας. Τόσο η κεφαλίδα όσο και το επιστολόχαρτο προσομοίαζαν σε αυτά που είχαν υποβληθεί στο παρελθόν από την επίσημη Κυβέρνηση. Ως συνέπεια, παρασχέθηκε Διαχειριστικός Λογαριασμός (*Administrator Account*) με κωδικό χρήστη και συνθηματικό πρόσβασης. Κατόπιν έρευνας διαπιστώθηκε ότι η αλληλογραφία που χρησιμοποιήθηκε για το αίτημα ήταν πλαστή και το φερόμενο Δι-

57. Τα πλοία είχαν τα ονόματα *Ocean Porpoise*, *Prosperity* και *Xin Yuan 18*.

εθνές Νηολόγιο Μικρονησίας προέβη σε ένα συντονισμένο εγχείρημα εξαπάτησης της Γραμματείας της Νομικής Επιτροπής του ΙΜΟ. Περισσότερα από 150 πλοία με αριθμούς ΙΜΟ -και άλλα 100 δίχως τέτοιους- που τελούσαν υπό ιδιοκτησία εταιριών συσταθεισών εκτός Μικρονησίας εμφανίζονταν να φέρουν σημαία Μικρονησίας, ενώ ο ομοσπονδιακός νόμος απαγόρευε την κυριότητα πλοίων υπό σημαία Μικρονησίας σε αλλοδαπές εταιρίες. Όλα τα πλοία σημάνθηκαν ως «*MICRONESIA FALSE flag*».

Στο ίδιο πλαίσιο, η Ενωμένη Δημοκρατία Τανζανίας αιτήθηκε από τον ΙΜΟ να διανείμει στα κράτη-μέλη επιστολή σχετικά με την καταγγελία σύμβασης μεταξύ της Κυβέρνησης και της εταιρίας με την επωνυμία *Philtex Corporation (Belize) Ltd*, που έως τότε ενεργούσε ως νόμιμος εκπρόσωπος και αναπληρωτής νηολόγος του Νηολογίου Ζανζιβάρης Τανζανίας (*Tanzania Zanzibar Register of Shipping*)⁵⁸. Στην επιστολή γινόταν μνεία ότι, ενώ η σύμβαση είχε καταγγελθεί από 13 Οκτωβρίου 2014, η εταιρία εξακολουθούσε να νηολογεί πλοία παράνομα και να εκδίδει ψευδή πιστοποιητικά ανανέωσης για λογαριασμό της σημαίας της Τανζανίας. Μεταγενέστερη επιστολή της αρμόδιας Ναυτιλιακής Αρχής Ζανζιβάρης ανέφερε 20 πλοία που έφεραν παράνομα σημαία Τανζανίας.

Ομοίως, η Κυβέρνηση της Δημοκρατίας του Βανουάτου αιτήθηκε από τον ΙΜΟ να διανείμει στα κράτη-μέλη επιστολή του Υπουργείου Υποδομών και Κοινής Ωφέλειας με την οποία γινόταν γνωστή παράνομη λειτουργία φερόμενου διεθνούς νηολογίου Βανουάτου από εταιρία με την επωνυμία «*Ahapi Shipping Agents*» και με ομώνυμη ιστοσελίδα⁵⁹. Συναφής γνωστοποίηση έγινε το 2022 για λειτουργία παράνομου νηολογίου από οντότητα με την επωνυμία «*Vanuatu Maritime & International Shipping Registry*»⁶⁰.

Αξιοσημείωτη είναι η περίπτωση της Δημοκρατίας του Ναούρου, το οποίο στις 14 Μαΐου 2018 κατέστη το 174ο κράτος-μέλος του ΙΜΟ. Μόλις 3 ημέρες πριν, το αρμόδιο τμήμα Πληροφοριών και Παροχής Υπηρεσιών Τεχνικής Υποστήριξης του ΙΜΟ είχε λάβει επίσημη επιστολή από τον Υπουργό Μεταφορών με σφραγίδα της Κυβέρνησης Ναούρου, αιτούμενο τη δημιουργία ηλεκτρονικού λογαριασμού πρόσβασης στα αρχεία του ΙΜΟ για αξιωματούχο, φερόμενο Νηολόγο της Ναυτικής Διοίκησης Ναούρου με διαμονή τη Σουηδία. Μετά από ένα μήνα, το κράτος του Ναούρου μέσω της επίσημης αντιπροσωπείας του στα Ηνωμένα Έθνη, αιτήθηκε από τον ΙΜΟ να διανείμει επιστολή του Υπουρ-

58. Σ' αυτό το σημείο να εκτεθεί ότι νηολόγηση πλοίων γίνεται, τόσο στο νηολόγιο *Dar es Salaam* όσο και Ζανζιβάρης, ωστόσο όλα τα πλοία φέρουν σημαία Τανζανίας.

59. <http://vanuatu-shipping-registry.com>

60. LEG 109/6/1/Add.1/11 February 2022.

γού Εξωτερικών και Εμπορίου στα κράτη μέλη με προειδοποίηση για παράνομη λειτουργία νηολογίου με την επωνυμία «*Nauru Maritime Administration - International Ship registry*», το οποίο λειτουργούσε ιστοσελίδα⁶¹ με παράνομη χρήση του κρατικού ονόματος, της σημαίας και του εμβλήματος. Κατόπιν η Κυβέρνηση Ναούρου επιβεβαίωσε την πλαστότητα της επιστολής που είχε λάβει η Υπηρεσία Πληροφοριών του ΙΜΟ. Την ίδια στιγμή, το Υπουργείο Μεταφορών Σουηδίας μετά τη λήψη γνώσης λειτουργίας παράνομου νηολογίου στο έδαφός της προώθησε στις δικτικές αρχές αίτημα διερεύνησης της ηλεκτρονικής διεύθυνσης IP. Οι τελευταίες αποφάνθηκαν ότι στερούνται ποινικής δικαιοδοσίας καθώς η πράξη δεν τελέσθηκε εντός χωρικής επικράτειας ούτε συμμετείχε Σουηδός πολίτης. Εν τέλει αποδείχθηκε ότι το γραφείο του παράνομου νηολογίου Ναούρου λειτουργούσε από τη Σιγκαπούρη.

Ακολούθησαν και άλλες γνωστοποιήσεις από κράτη μέλη προς τη Γραμματεία της Νομικής Επιτροπής σχετικά με συμβάντα παράνομων νηολογήσεων⁶².

B. Ευρήματα της καταστρατήγησης νηολόγησης

Από τα ανωτέρω συμβάντα καθίσταται ευκρινές ότι η διεθνής ναυτιλιακή κοινότητα βρίσκεται αντιμέτωπη με ένα πολύπτυχο πρόβλημα, οι ρίζες του οποίου δεν είναι ευχερές να εντοπισθούν, καθώς είναι βέβαιο ότι προϋπήρχε της διακρίβωσης των ανωτέρω συμβάντων. Αν ήθελε κάποιος να σταχυολογήσει τα ευρήματα, θα κατέληγε στις εξής διαπιστώσεις:

1. Πολλά πλοία διαπλέουν τις θάλασσες κάνοντας χρήση σημαίων κρατών δίχως νόμιμη νηολόγηση⁶³, εμπίπτοντας στην κατηγορία υπό ψευδή σημαία (*FALSE flag*) με αντίστοιχη σήμανση.
2. Πολλά πλοία φέρουν σημαίες κρατών που δεν έχουν ιδρύσει διεθνές νηολόγιο⁶⁴, εκ των οποίων μερικά εμπλέκονται σε παράνομες δραστηριότητες, συμπεριλαμβανομένης της παραβίασης κυρώσεων των Ηνωμένων Εθνών.
3. Λειτουργούν «μορφώματα», τα οποία φέρονται να είναι εφοδιασμένα με εξουσία εκπροσώπησης κρατών για την εκτέλεση νηολογήσεων και έκδοσης σχετικών πιστοποιητικών. Σε ορισμένες περιπτώσεις ουδέποτε απέκτησαν τέτοια εξουσία, ενώ σε άλλες, είτε αυτή ανακλήθηκε, είτε έληξε.

61. www.maritimenauru.com

62. Βλ. LEG 109/6/1/28 January 2022.

63. Π.χ. Δημοκρατία Γουινέας Ισημερινού (*Equatorial Guinea*), Δημοκρατία Σάο Τομέ και Πρίνσιπε (*Sao Tome & Principe*), Δημοκρατία των Φίτζι (*Fiji*), Δημοκρατία Νήσου Τιμόρ (*Timor-Leste*), Δημοκρατία Ζάμπιας (*Zambia*), η οποία είναι περικλειστο κράτος.

64. Πρόκειται για πλοία που αποκαλούνται «φαντάσματα» (*migrant ghost ships*).

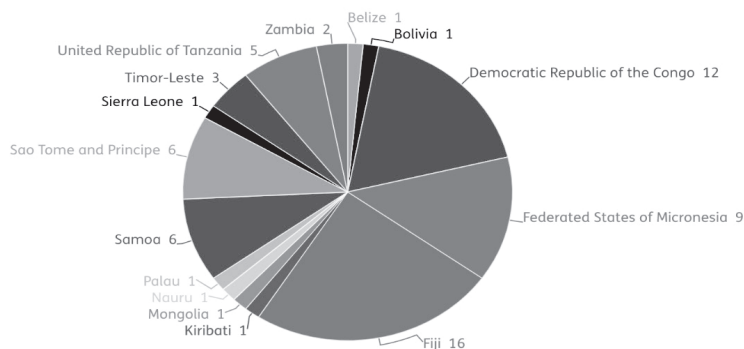
4. Ευάριθμο πλήθος πλοίων, ως συνέπεια των ανωτέρω πρακτικών, διαθέτουν πιστοποιητικά που, είτε είναι πλαστά είτε έχουν ανακληθεί⁶⁵. Είναι αξιοσημείωτο ότι πολλά απ' αυτά τα πλοία παρουσιάζουν ανεπάρκειες σε θέματα θαλάσσιας ασφάλειας, θέτοντας σε κίνδυνο ανθρώπινες ζωές και το θαλάσσιο περιβάλλον.

5. Έχουν εντοπισθεί σε πλοία συναφείς παράνομες πρακτικές, όπως η νόσφιση νόμιμης ταυτότητας άλλου πλοίου (*sproofing*).

6. Ο ΙΜΟ έχει εξαπατηθεί από μη εξουσιοδοτημένα μορφώματα στην προσπάθεια να αποκτήσουν νόμιμους ηλεκτρονικούς λογαριασμούς πρόσβασης στα αρχεία του.

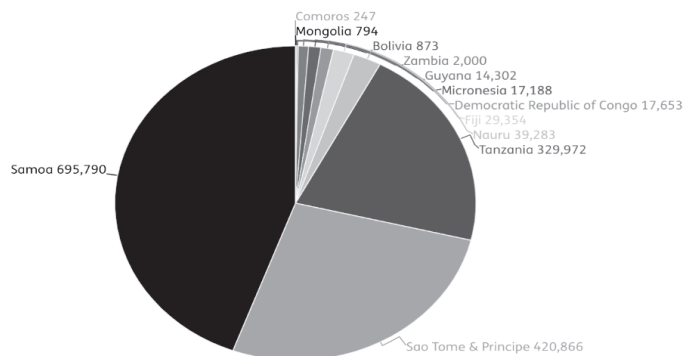
Στα παρακάτω διαγράμματα καταγράφεται ο αριθμός των πλοίων που έχουν νηολογηθεί παράνομα και η χωρητικότητα των πλοίων που φέρουν παράνομη σημαία.

Number of ships falsely flagged by registry



65. Τέτοια έχουν εντοπισθεί από χώρες, όπως Μπελίζ (Belize), Πολυεθνικό Κράτος της Βολιβίας (Bolivia), Ένωση Νήσων Κομόρες (Comoros), Συνεργαζόμενη Δημοκρατία Γουιάνας (Guyana), Μογγολία (Mongolia), Δημοκρατία Ναούρου (Nauru) και Ενωμένη Δημοκρατίας Τανζανίας (United Republic of Tanzania).

Falsely flagged vessels by registry (dwt)



Source: International Maritime Organization

V. Η αντίδραση της διεθνούς ναυτιλιακής κοινότητας μέσω του IMO

Ενόψει της οξύτητας του προβλήματος της παράνομης νηολόγησης και συναφών πρακτικών, η Νομική Επιτροπή στην 106η Συνεδρίαση αποφάσισε τη σύσταση Ομάδας Εργασίας⁶⁶ με αντικείμενο, αφ' ενός τη διερεύνηση του προβλήματος αφ' ετέρου την υποβολή προτάσεων αντιμετώπισης. Ως πρώτο μέτρο, προτάθηκε η συνεργασία ανάμεσα στον IMO και το Συμβούλιο Ασφαλείας των Ηνωμένων Εθνών για τη δημιουργία μιας ηλεκτρονικής βάσης δεδομένων⁶⁷, προσβάσιμης με τον αριθμό IMO, για τα πλοία που τελούν υπό κύρωση σύμφωνα με αποφάσεις του Συμβουλίου Ασφαλείας. Επιπλέον, προτάθηκε⁶⁸ δημιουργία συνδέσμου⁶⁹ που θα λειτουργούσε ως «Νηολόγιο Νηολό-

66. Βλ. LEG 106/16/13 May 2019 παρ. 7.19 με αντικείμενο τη σύσταση Ομάδας Εργασίας για μέτρα πρόληψης της καταστρατήγησης νηολόγησης και παράνομων νηολογίων πλοίων (*Working Group on Measures to Prevent the Fraudulent Registration and Fraudulent Registries of Ships*).

67. <https://scsanctions.un.org/search>

68. Βλ. Circular Letter No.4190 και LEG 108/6/4/2 June 2021.

69. <https://gis.imo.org/Public/CP/Browse.aspx?List=SR9>

γων» (*Registry of Registries*) εντός του «Σημείου Επαφής» (*Contact Points*)⁷⁰ στη βάση δεδομένων GISIS⁷¹.

Ακόμη, η Νομική Επιτροπή επικύρωσε⁷² την πρόταση βέλτιστων πρακτικών (*best practices*) προς το σκοπό της καταπολέμησης της καταστρατήγησης νηολόγησης με το παρακάτω περιεχόμενο:

- α. επαλήθευση από το νηολόγιο, ενώπιον του οποίου εκκρεμεί αίτηση εγγραφής πλοίου, του αριθμού IMO, όπως αυτός είχε παραχωρηθεί, πριν την ολοκλήρωση της νηολόγησης,
- β. επικαιροποίηση από τα κράτη μέλη του IMO του σημείου επαφής (*contact point*) εντός της διοίκησης του κράτους σημαίας,
- γ. συνεπής συμπλήρωση των στοιχείων του Αρχείου Συνεχούς Καταγραφής (*Continuous Synopsis Record*), και
- δ. επαλήθευση των στοιχείων των εθνικών νηολογίων στο Σημείο Επαφής στην βάση δεδομένων GISIS.

Την ίδια στιγμή η Ομάδα Εργασίας, η οποία εν των μεταξύ λόγω πανδημίας μετατράπηκε σε εξ αποστάσεως επιτροπή, έλαβε υπόψη τις προταθείσες προς συζήτηση παρακάτω βασικές έννοιες:

1. «Παράνομη Νηολόγηση» σημαίνει την μη εξουσιοδοτημένη χρήση της σημαίας ορισμένου κράτους⁷³.
2. Η μη εξουσιοδοτημένη χρήση μπορεί να εμπερικλείει τη νηολόγηση πλοίων κατά παράβαση ή καθ' υπέρβαση της εξουσίας που είχε παραχωρηθεί από το κράτος σημαίας⁷⁴.
3. «Παράνομο νηολόγιο» υποδηλώνει οντότητα ή άλλο πρόσωπο, το οποίο επιχειρεί να νηολογήσει πλοίο, δίχως εξουσία από την Κυβέρνηση του κράτους σημαίας⁷⁵.

70. Βλ. LEG 107/7/3/Add.1/2 March 2020.

71. Πρόκειται για τη βάση δεδομένων με το ακρώνυμο GISIS (*Global Integrated Shipping Information System*), στην οποία δημοσιεύεται ένα σύνολο πληροφοριών σχετικά με τα πλοία από τα κράτη μέλη του IMO.

72. Βλ. LEG 106/16/13 May 2019 και Annex 2.

73. 1. “Fraudulent registration” means the unauthorized use of a country’s flag.

74. 2. Unauthorized use may include registration of ships in violation or in excess of the authority granted by the flag State.

75. 3. “Fraudulent registry” means an entity or other person, purporting to register ships, without being authorized by the Government of the flag State.

Κατόπιν διαλογικής συζήτησης σε πλείονες συνεδρίες η Ομάδα προσέδωσε περιεχόμενο στις παρακάτω έννοιες⁷⁶, οι οποίες επικυρώθηκαν από τη Νομική Επιτροπή⁷⁷:

1. «Παράνομη νηολόγηση πλοίου» υποδηλώνει την εμπρόθετη παραποίηση πληροφοριών και εγγράφων διά των οποίων ένα πλοίο φέρεται να απέκτησε εθνικότητα δίχως εξουσία από την Κυβέρνηση του εξαπατηθέντος κράτους σημαίας⁷⁸, και
2. «Παράνομο νηολόγιο» είναι κάθε μη εξουσιοδοτημένο σώμα ή οντότητα το οποίο εμπρόθετα παριστάνει ψευδώς ότι διαθέτει εξουσία νηολόγησης πλοίων για λογαριασμό κράτους σημαίας⁷⁹.

Περαιτέρω, η διαλογική συζήτηση της Ομάδας επεκτάθηκε στο ζήτημα των συναφών πράξεων καταστρατήγησης νηολόγησης. Σχετικά μπορούν να σταχυαλογηθούν οι εξής πράξεις:

1. ίδρυση νηολογίου από τρίτο δίχως γνώση του κράτους σημαίας,
2. μη εξουσιοδοτημένη νηολόγηση πλοίων δίχως γνώση του νηολογίου του κράτους σημαίας, και
3. νηολόγηση πλοίων καθ' υπέρβαση ή κατόπιν ανάκλησης της εξουσίας που είχε παρασχεθεί από το κράτος σημαίας.

Σ' αυτό το σημείο κρίνεται προσφυές να γίνει διάκριση μεταξύ «παράνομου νηολογίου» (*fraudulent registry*) και «ψευδο-νηολογίου» (*pseudo-registry*). Το αποφασιστικό κριτήριο φαίνεται να είναι το γνωστικό στοιχείο, καθώς στη δεύτερη περίπτωση το κράτος σημαίας διαθέτει γνώση της λειτουργίας του ψευδο-νηολογίου και αποδέχεται τις παρακάτω πράξεις:

- α. το ιδρυθέν νηολόγιο δεν κείται στο έδαφος του κράτους σημαίας
- β. το ιδρυθέν νηολόγιο δεν διοικείται ούτε ελέγχεται από το κράτος σημαίας αλλά από ιδιωτική οντότητα
- γ. το κράτος σημαίας αποδέχεται τη «νόσφιση» κανονιστικής αρμοδιότητας από την ιδιωτική οντότητα, χωρίς να έχει παραχωρήσει τέτοια

76. Βλ. Report of the Correspondence Group LEG 108/6/23 April 2021.

77. LEG /16/1/25 August 2021 παρ. 6.9.

78. “*Fraudulent registration of a ship*” means the intentional misrepresentation of information and documentation by which a ship is purportedly given its nationality without authorization by the Government of the misrepresented flag State.

79. 2 “*Fraudulent registry*” is an unauthorized body or entity that intentionally misrepresents that it is authorized for the registration of ships on behalf of the flag state.

δ. το κράτος σημαίας αποδέχεται την ανάθεση και υπο-ανάθεση έργου επιθεώρησης πλοίων του από Εξουσιοδοτημένους Οργανισμούς, οι οποίοι δεν ανήκουν στον κατάλογο που το ίδιο έχει εγκρίνει και έχει νόμιμα αναθέσει τέτοια αρμοδιότητα, αλλά το έχει πράξει το ψευδονηολόγιο.

ε. το κράτος σημαίας ανέχεται την πρακτική κτήσης κυριότητας πλοίων από εταιρίες μη ιδρυμένες στο έδαφός της, το καθεστώς κυριότητας των οποίων βεβαιώνει το ψευδο-νηολόγιο, ενώ τηρεί κλειστό νηολόγιο.

Εξάλλου, η Ομάδα Εργασίας υπέβαλε προς τη Γραμματεία της Νομικής Επιτροπής πρόταση να συντονίσει η τελευταία την εκπόνηση μελέτης, που να πραγματεύεται τα ερωτήματα που ετέθησαν με επίσημο έγγραφο από τα Ηνωμένα Αραβικά Εμιράτα⁸⁰, υπό το φως προϋφιστάμενης μελέτης⁸¹ της UNCTAD και με τη συμμετοχή της τελευταίας, του Παγκόσμιου Ναυτιλιακού Πανεπιστημίου (*World Maritime University*), του Διεθνούς Ναυτιλιακού Ινστιτούτου (*International Maritime Law Institute*) και άλλων ενδιαφερομένων μερών. Η πρόταση έγινε δεκτή από τη Νομική Επιτροπή, η οποία παρέπεμψε εκ νέου το ζήτημα στην Ομάδα Εργασίας για τον καθορισμό του αντικειμένου μελέτης καθώς και την πρόσδοση εννοιολογικού περιεχομένου στον όρο «Ψευδή Έγγραφα» (*false documents*).

Εν τω μεταξύ, η Γενική Συνέλευση IMO στην 32η Συνεδρίαση υιοθέτησε την απόφαση Α.1162(32) σχετικά με την «Ενθάρρυνση των κρατών μελών και όλων των εμπλεκομένων για την προαγωγή πράξεων πρόληψης και ανάσχεσης των παράνομων νηολογήσεων και παράνομων νηολογίων καθώς και άλλων συναφών πράξεων στον ναυτιλιακό τομέα»⁸², όπως αυτή είχε επικυρωθεί από την Νομική Επιτροπή.

Κατόπιν, η Ομάδα Εργασίας⁸³ διασκέφθηκε και αποκρυστάλλωσε το αντικείμενο μελέτης, ενώ ως προς τον όρο «Ψευδή Έγγραφα» πρότεινε τα εξής:

Ψευδές έγγραφο: κάθε έγγραφο, είτε σε ηλεκτρονική είτε σε έγχαρτη μορφή, το οποίο:

- 1. έχει αλλοιωθεί ή παραποιηθεί προς επίτευξη ή έκδοση πιστοποιητικού νηολογώσεως*

80. Βλ. LEG 106/7/4 February 2019.

81. Πρόκειται για τη μελέτη με τίτλο “*Review and Analysis of Possible Measures to Minimize the Occurrence of Maritime Fraud and Piracy*”, 1983.

82. “*Encouragement of Member States and all relevant stakeholders to promote actions for the prevention and suppression of fraudulent registration and fraudulent registries and other fraudulent acts in the maritime sector*”.

83. Βλ. LEG 109/6/14 January 2022.

2. είναι αλλοιωμένο ή παραποιημένο πιστοποιητικό νηολόγησης, ή
3. έχει εκδοθεί με γνώση ως προς το αλλοιωμένο ή παραποιημένο πιστοποιητικό νηολόγησης⁸⁴.

Η Νομική Επιτροπή⁸⁵ επικύρωσε, αφ' ενός τον όρο με την προσθήκη «Νοθευμένα/Ψευδή Έγγραφα», αφ' ετέρου το αντικείμενο μελέτης, η οποία εκπονείται από τα ανωτέρω ιδρύματα και οργανισμούς με χρονικό ορίζοντα παράδοσης του α' σχεδίου τη Συνεδρίαση LEG 110 και του τελικού τη Συνεδρίαση LEG 111. Σχετικό ερωτηματολόγιο⁸⁶ εστάλη στα νηολόγια των κρατών μελών και

84. *False document: any document, whether in electronic or paper format, that is:*

1. *forged or falsified to obtain or issue a ship registration certificate;*
2. *a forged or falsified ship registration certificate; or*
3. *issued based knowingly on the forged or falsified ship registration certificate.*

85. LEG 109/16/1/7 April 2022.

86. 1. Do you have knowledge of a fraudulent registry of ships?

☐ Yes

☐ No

Please provide the name(s) of fraudulent registry (ies) you are aware of...

2. Are you aware of fraudulent ship registrations?

☐ Yes

☐ No

Please provide details of the type of registration, if applicable

Please provide the features of the registration, if any

Please refer to any relevant example(s) of incident(s) you are aware of

3. Which reasons do you identify for fraudulent registration and the use of fraudulent registries?

4. Do you see any practices adopted by fraudulently registered ships?

☐ Yes

☐ No

If yes, please elaborate on the type of practice which has come to your attention e.g. illegal ship-to-ship cargo transfer, illegal switching off of AIS etc.

5. In your opinion, what are the adverse impacts of fraudulent registration and fraudulent registries of ships?

6. Is there any best practice of national, regional or international arrangements to cooperate and exchange information to combat such an issue?

☐ Yes

☐ No

☐ I am not aware of any

If you know of any best practice, please provide examples of state practice on prevention and deterrence.

7. Do you believe that we need to adopt additional best practices on national, regional or international arrangements?

☐ Yes

☐ No

If we need to adopt best practices, which would you suggest?

8. Who are, in your opinion, the stakeholders that could assist in preventing such fraudulent registration or fraudulent registries?

9. What does an act of establishing and operating a fraudulent ship registry qualify as?

10. Should such an act be considered a crime or an offence under international law?

☐ Yes

☐ No

Is it considered a crime or an offence in your jurisdiction? Please provide the relevant legislation

11. In your opinion, an act of establishing and operating a fraudulent registry as described above, is

☐ national

☐ regional

☐ international

If the nature of such an act is different, please elaborate

12. Which do you consider as effective legal sanctions for the establishment and operation of a fraudulent registry?

☐ criminal punishment

☐ administrative measures

☐ other types of sanctions

Please elaborate what other types of sanctions should be imposed and on whom

13. What does an act of fraudulent ship registration qualify as?

☐ a crime

☐ an offence

☐ none of the above

Should it be considered in a different way? Please elaborate

14. In your opinion, an act of fraudulent registration as described above is

☐ national

☐ regional

☐ international

If you have a differing view regarding its nature, please elaborate

15. Which do you consider as effective legal sanctions for fraudulent registration?

☐ criminal punishment

☐ administrative measures

☐ other types of sanctions

άλλους φορείς, προκειμένου να αξιολογηθούν οι απαντήσεις και να συνδυασθούν με τα ανωτέρω ευρήματα.

VI. Συμπεράσματα προσωρινού χαρακτήρα

Καταδείχθηκε ότι δεν νοείται απρόσκοπτη ενάσκηση ναυτιλιακής δράσης με πλοίο δίχως ακώλυτη άσκηση της ειδικής ελευθερίας ναυσιπλοΐας. Η τελευταία διασφαλίζει πρόσβαση στην ανοικτή θάλασσα, η οποία δεν μπορεί να πραγματωθεί χωρίς εθνικότητα, που απονέμεται με νόμιμη νηολόγηση. Η τελευταία ρυθμίζεται κυριαρχικά σε εθνικό επίπεδο, όπου κάθε κράτος καθορίζει τους όρους εγγραφής στο νηολόγιο που τηρεί. Η ελευθερία αποκρυστάλλωσης όρων είναι ωφέλιμη αλλά, όταν το κράτος χαλαρώνει πλήρως τους δεσμούς με το νηολογημένο πλοίο, παύει να ασκείται έλεγχος σε αυτό, με άμεσο επακόλουθο να υπάρχει αδυναμία εφαρμογής της ναυτιλιακής νομοθεσίας σε αυτό αλλά και τήρησης αυτής από το ίδιο το κράτος έναντι των άλλων κρατών.

Το πρόβλημα της καταστρατήγησης νηολόγησης φαίνεται να συνδέεται με την προβληματική των όρων νηολόγησης σε εθνικό επίπεδο. Τούτο επειδή η υπεύθυνη ίδρυση νηολογίου προϋποθέτει ότι το κράτος θα δύναται να ελέγχει το νηολογημένο πλοίο, θέτοντας τους προσήκοντες όρους νηολόγησης. Όσο πιο «αυστηροί» όροι, δηλαδή πιο στενοί δεσμοί με το πλοίο, τόσο πιο συνεπής έλεγχος σ' αυτό. Περαιτέρω, η επιτυχής εκπλήρωση του τελευταίου εγχειρήματος βασίζεται και στη διατήρηση επαρκώς καταρτισμένου προσωπικού και υλικοτεχνικής υποδομής από τα κράτη σημαίας. Μόνο ένα τέτοιο κράτος σημαίας μπορεί να ασκήσει τον προσήκοντα έλεγχο στο πλοίο που έχει εγγραφεί στο νηολόγιο που τηρεί. Και βέβαια ένα τέτοιο κράτος μπορεί να βρίσκει σε επαγρύπνηση, αν τυχόν ορισμένο πλοίο επιχειρήσει, να νηολογηθεί παράνομα ή κάποια οντότητα να προβεί σε παράνομες νηολογήσεις. Από την παραπάνω παράθεση συμβάντων καταστρατήγησης προκύπτει αβίαστα, ότι στόχος γίνονται οι «αδύναμοι κρίκοι», δηλαδή τα μικρά κράτη που δεν διαθέτουν επαρκή μέσα και τεχνογνωσία ελέγχου πλοίων. Όμως, αν τα τελευταία συνεργασθούν με τον αρμόδιο παγκόσμιο «ρυθμιστή» (*competent global*

Please elaborate, which other types of sanctions you would consider effective and on whom they should be imposed

16. Which conventions, treaties and resolutions do you consider to be related to this issue?
17. What possible preventative and combative measures against the above-described problems can you recommend?
18. How can the Global Integrated Shipping Information System (GISIS) be used to disseminate information on registries related to the above-described problems?

regulator), δηλαδή τον IMO, είναι βέβαιο ότι θα μπορέσουν να θωρακισθούν από επιθέσεις επιτήδειων, οι οποίοι επιχειρούν την εγκαθίδρυση μηχανών οικονομικής ωφέλειας σε βάρος τους. Από την άλλη πλευρά, και οι μεγάλες ναυτιλιακές δυνάμεις οφείλουν να συνδράμουν ως κράτη λιμένος, ώστε άμεσα να ανιχνεύουν φαινόμενα καταστρατήγησης⁸⁷.

Η αναληφθείσα πρωτοβουλία καταπολέμησης της καταστρατήγησης νηολόγησης από τον IMO κρίνεται προσφυής. Ο διορισμός Ομάδας Εργασίας και η ανάθεση εκπόνησης μελέτης του φαινομένου στους προαναφερθέντες φορείς είναι αδιαμφισβήτητα προς την ορθή κατεύθυνση, ενώ τα πορίσματα αναμένονται με εξαιρετικό ενδιαφέρον. Φαίνεται, ότι η διεθνής κοινότητα είναι έτοιμη να αμυνθεί με τα όπλα που διαθέτει, ιδίως με την εκπόνηση διεθνούς σύμβασης που να αντιμετωπίζει το πρόβλημα. Αν μπορεί να γίνει μια πρόβλεψη, το εγχείρημα συναρμογής διεθνούς καθεστώτος για την καταστρατήγηση νηολόγησης φαίνεται να τέμνεται με τον άξονα των όρων νηολόγησης, ένα ζήτημα, που, όταν επιχειρήθηκε να αντιμετωπισθεί σε διεθνές επίπεδο στο παρελθόν, δεν βρήκε ανταπόκριση, αλλά σήμερα οι συνθήκες φαίνονται ώριμες.

87. Λ.χ. αποκάλυψη πλαστών πιστοποιητικών κατόπιν ενδελεχούς βασάνου των υποβαλλόμενων από τα επισκεπτόμενα πλοία εγγράφων.

How may those in the Shipping Industry Co-operate and Consolidate Lawfully under European Union Competition Law? - A Practical Perspective

Vincent J G Power SC

President of the European Maritime Law Organisation,
Adjunct Professor of Law, University College Cork

1 CONTEXT

1.1 Interdependent Nature of Shipping

Shipping is not only an international industry, it is also one of the most interdependent of all industries.

Somewhere in the world, right now, there is a ship arriving in a port. The vessel is flagged in one country. It is owned by interests in another country. It is crewed by individuals from several other countries. There is a pilot coming on board to guide unknown cargo (perhaps worth millions of euro) and people (whom the pilot does not know) into a port where the vessel and crew have never visited before.

Cargo owners and passengers are entrusting their goods and even their lives to people whom they do not know to carry them across potentially dangerous seas. And, simultaneously, carriers are combining in charterparties, consortia, joint ventures, mergers and acquisitions.

Not only is shipping both international and interdependent, it is clearly a sector characterised by cooperation and consolidation. Carriers often cooperate with each other whether temporarily (e.g., through joint ventures or consortia) or even permanently (e.g., through mergers or acquisitions). All of this cooperation and consolidation involves legal issues and, in particular, competition or antitrust¹ law issues.

1. The term 'antitrust law' is typically used in the United States of America ("US") while the term 'competition law' is used more commonly in the rest of the world. European Union ("EU") competition law is much wider than US antitrust law and includes topics such as State aid law. Typically, both competition and antitrust laws include rules on anti-competitive arrangements, abuse of dominance and merger control.

1.2 Purpose of this Paper

The purpose of this paper is to consider how European Union (“EU”) competition law² impacts on cooperation and consolidation in the shipping sector.³ In particular, the paper considers how those in the shipping sector may co-operate and consolidate lawfully under EU competition law.

1.3 Four Key Features of EU Competition Law

Before examining the issue in more depth, it is useful to highlight four features of EU competition law that are relevant to the current discussion.

EU competition law:

- applies to every economic operator⁴ in the world, wherever they are located, whenever their conduct has an effect on trade or competition in

-
2. On EU competition law generally, see, including, *Bailey and John (eds.)*, Bellamy & Child on European Union Law of Competition, 8th ed., 2018; *Ezrachi*, EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases (7th ed., 2021); *Fox and Gerard*, EU Competition Law, 2017; *Jones, Sufrin and Dunne*, Jones & Sufrin’s EU Competition Law, 7th ed., 2019; *Van Bael and Bellis*, Competition Law of the European Union, 6th ed., 2021; as well as *Whish and Bailey*, Competition Law, 10th ed., 2021. The primary rules of EU competition law are contained in the Treaty on the Functioning of the European Union (“TFEU”) which replaces, in many ways, the Treaty establishing the European Economic Community (the “EEC Treaty”) and the Treaty establishing the European Community (the “EC Treaty”). The current provisions on competition law in the treaties have been modified slightly over time but, more importantly for present purposes, the numbering has changed over time so what is now art.101 TFEU was art.85 EEC and art.81 EC; what is now art.102 TFEU was art.86 EEC and art.82 EC; what is now art.106 TFEU was art.90 EEC and art.86 EC; and arts.107-109 TFEU were arts.92-94 EEC and 87-89 EC.
 3. On competition law in the shipping sector, see *Athanassiou*, Aspects Juridiques de la Concurrence Maritime (1996); *Athanassiou et al*, Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries (2009); *Clough and Randolph*, Shipping and European Community Competition Law (1991); *Jessen and Werner (eds)*, EU Maritime Transport Law (2016); *Liu*, Liner Conferences in Competition Law: A Comparative Analysis of European and Chinese Law (2009); *Ortiz Blanco*, Shipping Conferences under EC Antitrust Law: Criticism of a Legal Paradox (2007); *Pozdnakova*, Liner Shipping and EU Competition Law (2008); *Power*, EU Shipping Law (2019, 3rd edn); *Voudouris*, Maritime Alliances and EU Competition Law (2020); as well as *Wareham and Power*, Competition Law and Shipping: The EMLO Guide to EU Competition Law in the Shipping and Port Industries (2010).
 4. Such economic operators are known in EU competition law as “undertakings”. On undertakings in a maritime context, see, for example: *Case C-179/90 Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA* [1991] ECR I-05889, ECLI:EU:C:1991:464.

the EU - so commercial operators anywhere in the world are potentially affected by EU competition law;⁵

- is more extensive than traditional “antitrust” law (as that latter term is understood in the law of the USA) because it also includes topics such as State aid⁶

5. E.g., shipping companies based in the UK, the US, Panama, Liberia and so are all potentially affected by EU competition law whenever their activities have an effect on trade in the EU or trade between EU Member States.

6. On EU State aid law, see arts. 107-109 TFEU which provides:

«Article 107

1. Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.

2. The following shall be compatible with the internal market:

(a) aid having a social character, granted to individual consumers, provided that such aid is granted without discrimination related to the origin of the products concerned;

(b) aid to make good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences;

(c) aid granted to the economy of certain areas of the Federal Republic of Germany affected by the division of Germany, in so far as such aid is required in order to compensate for the economic disadvantages caused by that division. Five years after the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Council, acting on a proposal from the Commission, may adopt a decision repealing this point.

3. The following may be considered to be compatible with the internal market:

(a) aid to promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious underemployment, and of the regions referred to in Article 349, in view of their structural, economic and social situation;

(b) aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State;

(c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;

(d) aid to promote culture and heritage conservation where such aid does not affect trading conditions and competition in the Union to an extent that is contrary to the common interest;

(e) such other categories of aid as may be specified by decision of the Council on a proposal from the Commission.

Article 108

1. The Commission shall, in cooperation with Member States, keep under constant review all systems of aid existing in those States. It shall propose to the latter any appropriate measures required by the progressive development or by the functioning of the internal market.

and the role of the State in the economy;⁷

2. If, after giving notice to the parties concerned to submit their comments, the Commission finds that aid granted by a State or through State resources is not compatible with the internal market having regard to Article 107, or that such aid is being misused, it shall decide that the State concerned shall abolish or alter such aid within a period of time to be determined by the Commission.

If the State concerned does not comply with this decision within the prescribed time, the Commission or any other interested State may, in derogation from the provisions of Articles 258 and 259, refer the matter to the Court of Justice of the European Union direct.

On application by a Member State, the Council may, acting unanimously, decide that aid which that State is granting or intends to grant shall be considered to be compatible with the internal market, in derogation from the provisions of Article 107 or from the regulations provided for in Article 109, if such a decision is justified by exceptional circumstances. If, as regards the aid in question, the Commission has already initiated the procedure provided for in the first subparagraph of this paragraph, the fact that the State concerned has made its application to the Council shall have the effect of suspending that procedure until the Council has made its attitude known.

If, however, the Council has not made its attitude known within three months of the said application being made, the Commission shall give its decision on the case.

3. The Commission shall be informed, in sufficient time to enable it to submit its comments, of any plans to grant or alter aid. If it considers that any such plan is not compatible with the internal market having regard to Article 107, it shall without delay initiate the procedure provided for in paragraph 2. The Member State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision.

4. The Commission may adopt regulations relating to the categories of State aid that the Council has, pursuant to Article 109, determined may be exempted from the procedure provided for by paragraph 3 of this Article.

Article 109

The Council, on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may make any appropriate regulations for the application of Articles 107 and 108 and may in particular determine the conditions in which Article 108(3) shall apply and the categories of aid exempted from this procedure.»

7. See art.106 TFEU provides:

“1. In the case of public undertakings and undertakings to which Member States grant special or exclusive rights, Member States shall neither enact nor maintain in force any measure contrary to the rules contained in the Treaties, in particular to those rules provided for in Article 18 and Articles 101 to 109.

2. Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing monopoly shall be subject to the rules contained in the Treaties, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Union.

- it is not just relevant to corporations and companies but can, in certain circumstances affect individuals and others because EU competition law may punish those undertakings or associations of undertakings which facilitate the breach of competition law while some national laws punish individual managers who facilitate or permit companies who breach EU competition law even if those individuals are not undertakings; and
- can pose severe problems and penalties for anyone who does not comply the rules.

It is useful to examine each of these four features.

1.4 Geographical Reach of EU Competition Law

Some economic operators (e.g., shipping companies) could say that they are neither incorporated in, nor headquartered in, the EU and that they have little or no trade in the EU. They could therefore assume or believe (incorrectly) that they are immune from EU competition law. This does not immunise them from EU competition law at all.

EU competition law applies whenever there is an effect on trade in the EU. One need only think of tech companies such as Alphabet (Google), Apple, Intel, Meta (Facebook) and Microsoft which are all US corporations with only part of their activities being in the EU but which have all been subject to investigations by the EU's European Commission and proceedings before the EU's Court of Justice of the European Union ("CJEU"). So, for example, shipping interests in the likes of the United Kingdom and Gibraltar are still subject to EU competition law despite having left the EU on 31 January 2020 as part of Brexit whenever their activities have an effect on trade or competition in the EU. To take another example, a shipping company entirely outside the EU would be subject to EU competition law if it agreed with another undertaking not to enter the EU market. One cannot "flag out" from the EU regime. Clearly, shipping interests worldwide are affected by EU competition law whenever there is an "effect" on trade between EU Member States - and this "effect" is easy to establish in practice. Even cabotage⁸ services in one EU Member State could well have an effect on trade between Member States because customers could easily come from another Member State. One should not underestimate the global reach of EU competition law; for example, on 25 January 2022, the European Commission decided the

3. The Commission shall ensure the application of the provisions of this Article and shall, where necessary, address appropriate directives or decisions to Member States."

8. I.e., services between two ports in the same Member State.

issue of whether the proposed acquisition by PSA International Pte. Ltd. (of Singapore)⁹ and Terminal Investment Limited Sàrl (of Switzerland)¹⁰ of the Pusan Newport International Terminal Co., Ltd in Korea¹¹ should be allowed to proceed. If the European Commission *in Brussels* had prohibited this particular transaction then, in effect, the transaction could not proceed even though it involved non-EU entities buying a non-EU facility. So, this simple case of an acquisition by two non-EU entities of a non-EU facility, some 9,024 kilometres (by air, let alone by sea) from Brussels, demonstrates the reach and rigour of EU competition law - the European Commission permitted the transaction but it could have blocked a transaction involving entirely non-EU entities as it did in, for example, *General Electric/Honeywell* despite the US (the home territory and focus of the transaction) permitting the proposed transaction.¹² Indeed, the issue of the European Commission prohibiting a foreign transaction is far from theoretical in the context of shipping. One need only recall the European Commission's decision on 13 January 2022 to prohibit the proposed acquisition by Hyundai Heavy Industries Holdings ("HHIH") (of South Korea) of Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering ("DSME") (also of South Korea).¹³ This latter case is a classic example of how a transaction involving non-EU entities may still be subject to the EU regime, prohibited by the European Commission and then not permitted to proceed at all. The European Commission's Competition Commissioner, Margrethe Vestager, was succinct in her description of the reason for the prohibition:

"Large LNG vessels are an essential element in the supply chain of liquefied natural gas (LNG) and enable the transport of this source of energy around the globe. LNG contributes to the diversification of Europe's source of

9. The European Commission described (in para.2 of its decision) PSA as being "an international operator of port terminals. It is mainly active in the provision of stevedoring services at ports, with a particular focus on providing container terminal services for ocean carriers".

10. The European Commission described (in para.2 of its decision) TIL as being an undertaking which invests in, develops and manages container terminals around the world, often in joint ventures with other terminal operators. TIL is indirectly jointly controlled by MSC Mediterranean Shipping Company of Switzerland and certain funds managed by Global Infrastructure Management, LLC. of the United States".

11. The European Commission described (in para.2 of its decision) PNIT as being an operator of "a container terminal in Busan New Port located in South Korea's southeastern port city of Busan. It is currently controlled by PSA."

12. M.2220 *General Electric/Honeywell* https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2220_20010703_610_en.pdf.

13. M.9343 *Hyundai Heavy Industries Holdings/Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_343.

energy and therefore improves energy security. The merger between HHHH and DSME would have led to a dominant position in the global market for the construction of large LNG vessels, for which there is significant demand from European carriers. Given that no remedies were submitted, the merger would have led to fewer suppliers and higher prices for large vessels transporting LNG. This is why we prohibited the merger.”¹⁴

This interest by the European Commission in global maritime issues is not a new-found phenomenon. For example, EU competition law was very concerned about French-West Africa shipping services in the 1980s and 1990s.¹⁵ In essence, the remit of EU competition law is extraordinarily wide and it is therefore easy for anyone involved in shipping outside the EU to trigger the application of EU competition law whenever there is an effect on trade inside the EU.

1.5 EU Competition Law is more extensive than traditional Antitrust Law

EU competition law is more extensive than traditional “antitrust” law (as that latter term is understood in the law of the US).¹⁶ EU competition and US antitrust law both cover anti-competitive arrangements (e.g., cartels), monopolisation as well as mergers, acquisitions and joint ventures. However, EU competition law has a wider remit concerning abuse of dominance (more than US monopolization laws), State aid and the role of the State in the economy. EU competition law has also been more concerned with the internalisation of the EU economy because of the need to break down boundaries between EU Member States and create the EU internal market. In essence, EU competition law is wider than, and different from, traditional competition law (e.g., the competition law of the US).

14. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_343.

15. See Commission Decision 92/262/EEC of 1 April 1992 relating to a proceeding pursuant to Articles 85 and 86 of the EEC Treaty (IV/32.450: *French-West African shipowners' committees*) OJ L 134, 18.5.1992, p. 1-35, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dec/1992/262/oj>.

16. On US antitrust law, see Bork, *The Antitrust Paradox*, 2nd ed., 1993; Hovenkamp, *Principles of Antitrust*, 2nd ed., 2017; and Posner, *Antitrust Law*, 2nd ed., 2001.

1.6 Competition Law is relevant not just to Corporations and Companies but also Individuals

Competition law is not just relevant to corporations and companies (i.e., undertakings) but can, in certain circumstances affect individuals (e.g., company executives in shipping companies¹⁷) and others not directly involved (e.g., consultants and advisors assisting shipping companies). Some jurisdictions impose fines and even imprisonment on individuals for breaches of competition law including breaches of EU competition law.¹⁸ Indeed EU competition law may, in certain circumstances, impose liability on those who organise or facilitate breaches of competition law.¹⁹ Shipping executives are as exposed to extradition, interview, prosecution, conviction, fining and imprisonment as executives from any other sector. In essence, all concerned with shipping should be careful not to breach competition law whether directly or indirectly.

1.7 Breaches of Competition Law can attract severe Penalties

Finally, by way of introduction and to contextualise the topic, it is useful to consider the severe problems and penalties which can arise for those who do not comply with the law in this area. Undertakings and associations of undertakings which breach EU competition law may be fined up to 10% of their previous year's worldwide turnover (not (the smaller) profit but (the higher) turnover (i.e., sales)).²⁰ For example, on 21 February 2018, fines totalling €395 million were imposed on five shipping companies that operate as car carriers. As the European Commission summarised the decision at the time:

“The European Commission found that the Chilean maritime carrier CSAV, the Japanese carriers “K” Line, MOL and NYK, and the Norwegian/Swedish carrier WWL-EUKOR participated in a cartel concerning intercontinental maritime transport of vehicles, and imposed a total fine of €395 million.

17. E.g., various competition law regimes around the world (but not the EU) impose personal liability on directors, managers and other executives. EU competition law does so when the individual is also an undertaking.

18. E.g., Ireland imposes criminal liability includes fines and imprisonment for breaches of certain provisions of EU competition law.

19. E.g., the *AC-Treuhand AG* case law (see, in particular, *Case C-194/14 PAC-Treuhand AG v. European Commission* ECLI:EU:C:2015:717).

20. See Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 4.1.2003, p. 1-25, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj>, chapter VI.

For almost 6 years, from October 2006 to September 2012, the five carriers formed a cartel in the market for deep sea transport of new cars, trucks and other large vehicles such as combine harvesters and tractors, on various routes between Europe and other continents.

The Commission's investigation revealed that, to coordinate anticompetitive behaviour, the carriers' sales managers met at each other's offices, in bars, restaurants or other social gatherings and were in contact over the phone on a regular basis. In particular, they coordinated prices, allocated customers and exchanged commercially sensitive information about elements of the price, such as charges and surcharges added to prices to offset currency or oil prices fluctuations.

The carriers agreed to maintain the *status quo* in the market and to respect each other's traditional business on certain routes or with certain customers, by quoting artificially high prices or not quoting at all in tenders issued by vehicle manufacturers.

The cartel affected both European car importers and final customers, as imported vehicles were sold within the European Economic Area (EEA), and European vehicle manufacturers, as their vehicles were exported outside the EEA. In 2016, some 3.4 million motor vehicles were imported from non-EU countries, while the EU exported more than 6.3 million vehicles to non-EU countries in 2016. Almost half of these vehicles were transported by the carriers that have been fined today.

The Commission's investigation started with an immunity application submitted by MOL. During its investigation, the Commission cooperated with several competition authorities around the world, including in Australia, Canada, Japan and the US.²¹

It is notable that MOL would have been fined €203 million but it was not fined at all because it had revealed the existence of the cartel to the European Commission.²² The others all received reduced fines because they cooperated with the European Commission during the investigation.²³ (As it happens,

21. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_962

22. On the EU's leniency programme, see https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/leniency_en#:~:text=In%20essence%2C%20the%20leniency%20programme,have%20otherwise%20imposed%20on%20them.

23. WWL-EUKOR had its fine reduced by 20% under the Leniency Notice and 10% under the Settlement Notice meaning that it was fined €207,335,000. NYK had its fine reduced by 20% under the Leniency Notice and 10% under the Settlement Notice meaning that it was fined €141,820,000. "K" Line had its fine reduced by 50% under the Leniency Notice and 10% under the Settlement Notice meaning that it was fined €39,100,000. CSAV had

there is an advantage with complying with EU competition law because it minimises the risk of breaching other competition laws elsewhere in the world. For example, many of those in the car carrier sector fined under EU competition law were also fined elsewhere in the world too (e.g., in India where individuals were also fined) as well as minimising the risk of civil damages actions which have commenced in the car carrier case (e.g., in the UK²⁴). In essence, undertakings and associations of undertakings - as well as their managers - can face severe problems and penalties when they breach EU competition law. Breaches and alleged breaches of competition law are being investigated right around the world²⁵ but the EU is particularly vigilant.

2. COMPETITION LAW

2.1 Introduction

Having established the context, it is useful to turn to the concept of competition law.

Competition law is a set of legal rules designed to ensure that markets work well. It aims to ensure that there should be no distortion of competition due to, for example, (a) anti-competitive arrangements, (b) abuse of dominance, (c) mergers/acquisitions/joint ventures which 'significantly impede effective competition' ("SIEC"),²⁶ (d) improper exercise of State power in the market place and/or (e) inappropriate State aid.

There is not only a competition law regime at the EU level but there are also competition laws at national level within the Member States too. If there is

its fine reduced by 25% under the Leniency Notice and 10% under the Settlement Notice meaning that it was fined €7,033,000.

24. E.g., the judgment of the UK's Competition Appeal Tribunal ("CAT") in *Mark McLaren Class Representative Limited (Applicant, Proposed Class Representative) v. MOL (Europe Africa) Ltd, Mitsui O.S.K. Lines Limited, Nissan Motor Car Carrier Co Ltd, Kawasaki Kisen Kaisha Ltd, Nippon Yusen Kabushiki Kaisha, Wallenius Wilhelmsen Ocean AS, EUKOR Car Carriers INC, Wallenius Logistics AB, WILHELMSEN Ships Holding Malta Limited, Wallenius Lines AB* [2022] CAT 10, https://www.catribunal.org.uk/sites/default/files/2022-02/20220218_1339%20FINAL%20Approved%20McLaren%20CPO%20judgment%20%5B2022%5D%20CAT%2010.pdf.

25. E.g., "Pakistan raids two companies over freight price-fixing concerns", *Global Competition Review*, 20 May 2022, https://globalcompetitionreview.com/article/pakistan-raids-two-companies-over-freight-price-fixing-concerns?utm_source=Canadian%2Bcourt%2Brejects%2Be-book%2Bclass%2Baction%2Bagainst%2BApple%2BAnd%2BAmazon&utm_medium=email&utm_campaign=GCR%2BAlerts.

26. More jurisdictions use the "substantial lessening of competition" ("SLC") test rather than the SIEC test but they are virtually synonymous.

a conflict then, in essence, EU competition law prevails but Member State competition law may be more severe and draconian than Member State law.²⁷ There are some rules that are adopted only at the EU level rather than at the Member State level (e.g., EU State aid law). Occasionally, there are some rules which will only apply either at the EU level or at the Member State level but not at both levels (e.g., merger control law²⁸).

EU competition law is comparable to, but much wider than, US antitrust law and the competition laws of States worldwide. For example, while the US and the EU have rules on cartels and monopolies, the EU also has rules on State aid.

2.2 EU Competition Law Rules: Substance

2.2.1 Introduction to EU Competition Law

The EU competition rules are primarily embodied in articles 101-109 of the TFEU. These treaty provisions - which constitute primary EU law - are supplemented by secondary laws such as EU regulations,²⁹ directives³⁰ and decisions. There have also been some guidelines in the area; for example, in 2008, the Commission published guidelines on the application of article 101 TFEU to maritime transport services³¹ - while those particular guidelines have

27. See *Case 14/68 Walt Wilhelm and Others v. Bundeskartellamt* [1969] ECR 1, ECLI:EU:C:1969:4.

28. See art.21 of Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.1.2004, p. 1-22, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/139/oj> ("EUMR") and, in particular, art.21(3): "[n]o Member State shall apply its national legislation on competition to any concentration that has a Community dimension...."

29. E.g., the procedural regulation (i.e., Reg.1/2003) and the block exemption regulations (e.g., in regard to consortia, Council Reg.246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia) (OJ L 79, 25.3.2009, p. 1-4; ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/246/oj>) enabled the Commission to adopt a block exemption regulation for consortia: Commission Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia) ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/906/2020-04-14>).

30. E.g., Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (OJ L 11, 14.1.2019, p. 3-33, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1/oj>).

31. See SEC (2008) 2151 final of 1.7.2008, OJ 2008 C 245/3.

expired, they are still useful insights into the Commission's thinking (at least in 2008-2015) on the application of competition law to the sector. There are various rules on competition law which apply to maritime transport.³²

2.2.2 Anti-Competitive Arrangements

Article 101 TFEU prohibits, as a general rule, anti-competitive arrangements between undertakings or involving associations of undertakings.

The architecture of article 101 TFEU is straightforward: paragraph 1 prohibits anti-competitive practices; paragraph 2 renders such anti-competitive practices both prohibited and void; while paragraph 3 exempts those anti-competitive arrangements which are, on balance, beneficial to the economy. The first paragraph is the trap. The second paragraph is the prohibition and part of the punished. The third paragraph is the escape hatch.

Article 101 TFEU provides:

“1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which:

- (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions;
- (b) limit or control production, markets, technical development, or investment;
- (c) share markets or sources of supply;

32. See: A: Council regulations (i.e., Council Regulation (EC) No 1/2003 applies to all maritime transport services, including to cabotage and international tramp services. The latter was achieved through the adoption of Council Regulation (EC) No 1419/2006 of 25 September 2006 repealing Regulation (EEC) No 4056/86; Council Regulation (EC) No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia) (Codified version), OJ L 79, 25.3.2009, p. 1 and B: Commission regulations (i.e., Commission Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia); Commission Regulation (EU) No 697/2014 of 24 June 2014 amending Regulation (EC) No 906/2009 as regards its period of application; and Commission Regulation (EU) 2020/436 of 24 March 2020 amending Regulation (EC) No 906/2009 as regards its period of application).

(d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;

(e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void.

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:

- any agreement or category of agreements between undertakings,
- any decision or category of decisions by associations of undertakings,
- any concerted practice or category of concerted practices,

which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:

(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;

(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.”

Traditionally, until 1 May 2004, only the European Commission could have granted an exemption under article 101(3) TFEU. Now, however, Member State courts may decide that art.101(3) applies. Until 1 May 2004, undertakings and associations of undertakings were able to notify their arrangements to the European Commission to obtain a negative clearance or an exemption under (what is now) article 101 TFEU and/or a negative clearance und (what is now) article 102 TFEU. Since then, undertakings and associations of undertakings have to engage in “self-assessment” whereby they consider the applicability of articles 101 and/or 102 TFEU. This “modernisation” has freed up the European Commission to engage in more enforcement.

2.2.3 Abuse of Dominance

Article 102 TEU prohibits absolutely (i.e., unlike article 101 TFEU, there is no exemption in article 102 TFEU) any *abuse* of dominance by any undertaking having a dominant position in the EU or in a substantial part of the EU. The articles does not prohibit dominance as such; instead, it prohibits the *abuse* of dominance. The article provides:

“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”

2.3 EU Competition Law Rules: Procedure

This paper is focussed on the application of EU competition law to shipping so these opening remarks about competition law are, of necessity, brief. It is nonetheless useful to comment on enforcement. The enforcement of EU competition law involves a partnership between:

- (a) the European Commission which develops policy, proposes the adoption by the Council/Parliament of various laws, investigates suspected breaches of competition law, adopts decisions on breaches, imposes penalties (including very substantial fines of undertakings and associations of undertakings), represents the EU in proceedings before the EU’s courts and, is generally, at the centre of the EU’s activities in the area of competition law;
- (b) the Council and European Parliament which adopts various EU laws and considers various policy issues;
- (c) the EU’s courts with the General Court hearing appeals from the Commission decisions and the CJEU hearing appeals from the General Court as well as deciding preliminary references from the Member State courts and certain institutions on issues relating to EU law (including competition law);
- (d) the Member States’ competition agencies and courts; and

(e) private parties who are willing to institute proceedings or complain to competition agencies about possible breaches of competition law.

The penalties for breaching competition law can be severe. The Commission may impose fines of up to 10% of worldwide turnover/sales (based on the value of sales in the relevant year) on the undertakings involved. Member State courts may award damages for breach of competition law (e.g., to plaintiffs who have suffered loss).

Whether it is in substance or in procedure, it is worth recalling that EU competition law is very much an evolutionary and dynamic area of the law. It is changing and being reshaped all the time. Various factors - such as economic, legal, policy and political developments - all influence EU competition law.

3. COOPERATION

3.1 Introduction

In terms of possible cooperation in the shipping sector, it is proposed to examine the following topics in the context of cooperation: price-fixing; information exchange; consortia (sometime referred to (although it is wider than consortia) as 'alliances'); sharing sailings; liner conferences; trade association meetings; and State aid.

3.2 Price-Fixing

It could seem very attractive for various parties in the shipping world to cooperate on pricing. For example, car carriers could find their commercial lives simpler if they knew what their competitors would charge the motor manufacturers to carry their cars around the world. Such cooperation would remove the doubt and uncertainty associated with competition. Not surprisingly, EU competition law condemns price-fixing between businesses in ways which would have the object *or* effect of preventing, restricting or distorting competition. The *Car Carriers* case discussed above demonstrates the severity of the penalties for price-fixing.

For the avoidance of doubt, a supplier and a customer may fix a price (e.g., a shipowner and a charterer, a carrier and a shipper, a ferry company and a passenger) but there must be no anti-competitive arrangement about pricing or any element of pricing between actual or potential competitors or parties at different levels of the economic chain (e.g., between a ferry company and a travel agency).

Historically, EU competition law did allow some forms of price-fixing in the shipping sector namely, in the context of liner conferences. Council Regulation 4056/86 contained a block exemption for price-fixing in the context of liner conferences.³³ It was an exceptional measure because it permitted price-fixing.

Those involved in the shipping sector should be very cautious about price-fixing. As is clear from the *Ferry Operators - Currency Surcharge* case, an agreement on even a *component* of the price (in this case, the currency surcharge element) was a serious breach of competition law. In summarising the breach of EU law in that case, the European Commission stated:

“(1) This Decision arises from investigations³⁴ made in April 1993 under Article 18 (3) of Regulation (EEC) No 4056/86 at the offices of four ferry operators. During the investigations the Commission discovered documentary evidence showing that a number of ferry operators had agreed the common imposition of a currency surcharge on freight following the devaluation of the pound sterling in September 1992. Five operators, namely P&O European Ferries, Stena Sealink, SNAT, Brittany Ferries and North Sea Ferries, announced identical surcharges to be imposed on freight to be transported on United Kingdom-Continent routes, with a common introduction date and common method of calculation.”

In speaking of the gravity of the breach, the European Commission commented:

“(65) A concerted practice by which the most important operators in the market for transporting freight by roll-on, roll-off ferry, have attempted to introduce a uniform increase in price, constitutes a serious breach of Community law. The operators have argued that the surcharges were justified in that they were faced with substantial losses if they did not increase their sterling prices. The Commission does not deny that any operator acting independently was entitled to introduce currency surcharges if it considered it necessary. It is clear from the evidence, however, that P&OEF, Stena Sealink, SNAT, Brittany Ferries, and North Sea Ferries attempted to eliminate uncertainty concerning the actions of their competitors, by agreeing to introduce identical, or almost identical, surcharges. Most of the operators have argued either that the surcharges

33. Council Regulation (EEC) No 4056/86 of 22 December 1986 laying down detailed rules for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to maritime transport OJ L 378, 31.12.1986, p. 4-13, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/1986/4056/oj>.

34. Ed., i.e., dawn raids on the premises of the undertakings involved.

were not implemented at all or that they were only partially implemented. The Commission can accept that the introduction of surcharges was only partially successful, largely due to the resistance displayed by customers to the introduction of surcharges. The fact that it was not entirely successful does not make it a less serious infringement. A deliberate and manifest infringement of one of the clearest aspects of the prohibition laid down in Article [101(1) TFEU] must be regarded as serious.”³⁵

Clearly, information on elements of pricing equally should not be exchanged. So, for example, ferry companies were fined because they allegedly fixed fuel surcharges among themselves. Price-fixing is a particular egregious breach of competition law that will be investigated by the European Commission and punished harshly.³⁶

3.3 Information Exchange

Shipping depends on the exchange of information. EU competition law recognises that fact but puts perimeters on what may and may not be exchanged or shared. However, some of these perimeters are vague and unclear.

At its simplest, there should be no competitively sensitive information (“CSI”) exchanged between anyone in the shipping sector. This is easier to express than apply but it is imperative to comply with the rule.

Pricing information should not be shared unless it is necessary (and not just desirable) for a particular transaction. It will be rarely necessary and therefore legal advice should be obtained before it is exchanged.

EU competition law (and, in particular, the European Commission) may be more tolerant of some information exchanges in areas such as technical standards or environmental matters but it must be a genuinely benign exchange and not involving any anti-competitive element. Information exchange is a complex area and there is a need for a case by case analysis.

3.4 Sharing or Joint Sailings

A difficult area of competition law is the extent to which different carriers could share or cooperate when it came to sharing sailings. To take a

35. The fines imposed in this case would now be seen as quaint or trivial compared to the fines which would be imposed nowadays.

36. E.g., see *Case T-65/99 Strintzis Lines Shipping SA v. Commission* [2003] ECR II-05433, ECLI:EU:T:2003:336

hypothetical example, imagine a service operated by two competing ferry companies between the hypothetical ports of Westport and Eastport. The two companies each has a ferry on the route. They sail at roughly the same times each day from each port. The upside is that the two are competing and the shippers/customers benefit from the competition between the two operators including the excess capacity on each vessel. The downside is that the underlying costs and inefficiencies are such that the rates are higher than they should be were there just one efficient operator or the two operators pooled their resources. But then how does one ensure that the pooled operator is efficient, charging the lowest possible price and providing the highest quality service? The short answer is that each case turns on its own facts. It is necessary to analyse the competition that would exist *absent* the arrangement and with the arrangement *present*. Competition law would be sceptical and suspicious of such an arrangement because it would remove competition between the two operators but it may be the case that the particular circumstances in a case would mean that the arrangement would be permitted albeit subject to some conditions. It is impossible to be precise in the abstract and it is possible that, depending on the circumstances, the answer could go either way.

3.5 Liner Conferences

Liner conferences were lawful under EU competition law from the mid-1980s until the early 21st century. “Council Regulation (EEC) No 4056/86 of 22 December 1986 laying down detailed rules for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to maritime transport” contained a block exemption³⁷ for liner conferences from (what is now) article 101(1) TFEU.³⁸ This Regulation was repealed by Council Regulation (EC) No 1419/2006 of 25 September 2006 repealing Regulation (EEC) No 4056/86 laying down detailed rules for the application of Articles 85 and 86 of the Treaty to maritime transport, and amending Regulation (EC) No 1/2003 as regards the extension of its scope to include cabotage and international tramp services.³⁹ As liner conferences

37. I.e., permission to operate lawfully notwithstanding that there was a breach.

38. OJ L 378, 31.12.1986, p. 4-13, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/1986/4056/oj>.

39. OJ L 269, 28.9.2006, p. 1-3, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2006/1419/oj>. Council Regulation (EC) No 1/2003 applies to all maritime transport services, including to cabotage and international tramp services. The latter was possible following the adoption of Council Regulation (EC) No 1419/2006 of 25 September 2006 repealing Regulation (EEC) No 4056/86.

are no longer lawful as a matter of EU law, it is therefore not permissible for those involved in the shipping sector to cooperate through liner conferences.

3.6 Trade Association Meetings

It is tempting to believe that meetings of trade associations are immune from competition law because of the formalities or apparent official nature of such associations. There is something comforting about the fact that many, or indeed all, industry participants are sitting around the table. There may even be government representatives (or retired government representatives) present. There are formal agenda and minutes. None of this cloaks or immunises the association from competition law. Indeed, the European Commission in exercising its extensive investigative powers (e.g., through inspections/dawn raids) will probably target the trade association first and foremost - usually because it has the best records of the interaction between the market participants. Trade associations (which are common in the shipping world) may lawfully exist but their activities may be unlawful.

3.7 Consortia

Consortia involve co-operative (rather than concentrative) operational joint ventures between different operators of liner containerised services without any element of price-fixing.

Relatively few carriers have the fleets necessary to meet the cargo volumes and ports of call required by shippers. Equally, carriers tend to prefer to spread their commercial risks through joint operations with other shipping lines rather than committing to one service. Consortia arrangements therefore seek to achieve economies, cost savings and efficiencies.

The EU recognises that consortia can be a legitimate form of cooperation between shipping companies. Consortia allow liner shipping companies to provide joint services without infringing EU competition law on anti-competitive arrangements (i.e., article 101 TFEU). Thus, the Commission adopted the “Consortia Block Exemption Regulation”. The Consortia Block Exemption Regulation was adopted in 2009,⁴⁰ extended in 2014 by five years,

40. Council Regulation (EC) No 246/2009 of 26 February 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia), OJ L 79, 25.3.2009, p. 1; Commission Regulation (EC) No 906/2009 of 28 September 2009 on the application of Article 81(3) of the Treaty to certain categories of agreements, decisions and concerted practices between liner shipping companies (consortia); Commission Regulation (EU)

and was extended again on 24 March 2020 when the European Commission announced that it was extending the validity of block exemption for liner shipping consortia for another four years until 25 April 2024.

The block exemption regulation applies to consortia only as far as they provide international liner shipping services from or to one or more EU ports. It also only applies to a 'consortium' which is defined, under article 2, as meaning:

"an agreement or a set of interrelated agreements between two or more vessel-operating carriers which provide international liner shipping services⁴¹ exclusively for the carriage of cargo relating to one or more trades, the object of which is to bring about cooperation in the joint operation of a maritime transport service, and which improves the service that would be offered individually by each of its members in the absence of the consortium, in order to rationalise their operations by means of technical, operational and/or commercial arrangements".

Under article 3 of the block exemption regulation:

"Pursuant to Article [101] (3) of the Treaty and subject to the conditions laid down in this Regulation, it is hereby declared that Article [101] (1) of the Treaty shall not apply to the following activities of a consortium:

1. the joint operation of liner shipping services including any of the following activities:

- (a) the coordination and/or joint fixing of sailing timetables and the determination of ports of call;
- (b) the exchange, sale or cross-chartering of space or slots on vessels;
- (c) the pooling of vessels and/or port installations;
- (d) the use of one or more joint operations offices;
- (e) the provision of containers, chassis and other equipment and/or the rental, leasing or purchase contracts for such equipment;

No 697/2014 of 24 June 2014 amending Regulation (EC) No 906/2009 as regards its period of application; and Commission Regulation (EU) 2020/436 of 24 March 2020 amending Regulation (EC) No 906/2009 as regards its period of application.

41. Ed., art.2 defines 'liner shipping' as meaning «the transport of goods on a regular basis on a particular route or routes between ports and in accordance with timetables and sailing dates advertised in advance and available, even on an occasional basis, to any transport user against payment». Article 2 goes on to define a «transport user» as meaning «any undertaking (such as shipper, consignee or forwarder) which has entered into, or intends to enter into, a contractual agreement with a consortium member for the shipment of goods».

2. capacity adjustments in response to fluctuations in supply and demand;
3. the joint operation or use of port terminals and related services (such as lighterage or stevedoring services);
4. any other activity ancillary to those referred to in points 1, 2 and 3 which is necessary for their implementation, such as:
 - (a) the use of a computerised data exchange system;
 - (b) an obligation on members of a consortium to use in the relevant market or markets vessels allocated to the consortium and to refrain from chartering space on vessels belonging to third parties;
 - (c) an obligation on members of a consortium not to assign or charter space to other vessel-operating carriers in the relevant market or markets except with the prior consent of the other members of the consortium.”

Article 4 of the block exemption regulation sets out the hardcore restrictions which, if any of them is present in the agreement, would disapply the block exemption (i.e., render the arrangement unlawful):

“The exemption provided for in Article 3 shall not apply to a consortium which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, has as its object:

1. the fixing of prices when selling liner shipping services to third parties;
2. the limitation of capacity or sales except for the capacity adjustments referred to in Article 3(2);
3. the allocation of markets or customers.”

Article 5 deals with the conditions relating to the market share test in the regulation:

“1. In order for a consortium to qualify for the exemption provided for in Article 3, the combined market share of the consortium members in the relevant market upon which the consortium operates shall not exceed 30 % calculated by reference to the total volume of goods carried in freight tonnes or 20-foot equivalent units.

2. For the purpose of establishing the market share of a consortium member the total volumes of goods carried by it in the relevant market shall be taken into account irrespective of whether those volumes are carried:

- (a) within the consortium in question;
- (b) within another consortium to which the member is a party; or

(c) outside a consortium on the member's own or on third party vessels.

3. The exemption provided for in Article 3 shall continue to apply if the market share referred to in paragraph 1 of this Article is exceeded during any period of two consecutive calendar years by not more than one tenth.

4. Where one of the limits specified in paragraphs 1 and 3 of this Article is exceeded, the exemption provided for in Article 3 shall continue to apply for a period of six months following the end of the calendar year during which it was exceeded. That period shall be extended to 12 months if the excess is due to the withdrawal from the market of a carrier which is not a member of the consortium."

Market share tests are easier to express than to apply in practice because, for example, it may be difficult to define a market in a way which wins unanimous approval or precise market share data could be unavailable.

There are also other conditions set out in article 6 of the block exemption regulation:

"In order to qualify for the exemption provided for in Article 3, the consortium must give members the right to withdraw without financial or other penalty such as, in particular, an obligation to cease all transport activity in the relevant market or markets in question, whether or not coupled with the condition that such activity may be resumed after a certain period has elapsed. That right shall be subject to a maximum period of notice of six months. The consortium may, however, stipulate that such notice can only be given after an initial period of a maximum of 24 months starting from the date of entry into force of the agreement or, if later, from the commencement of the service.

In the case of a highly integrated consortium the maximum period of notice may be extended to 12 months and the consortium may stipulate that such notice can only be given after an initial period of a maximum of 36 months starting from the date of entry into force of the agreement or, if later, from the commencement of the service."

3.8 State Aid

While it would initially seem odd to include State aid in the context of cooperation, there is an element of cooperation involved in State aid issues. Sometimes the State has a need - for example, an island which needs a ferry service but no private/market economy operator would operate the ferry service *without* State aid because it would not be profitable to do so. Everyone involved in the shipping sector has to be very careful about taking

State aid from an EU Member State - the latter may achieve its objective by providing the State aid while the beneficiary or recipient of the aid could then find that it would have to repay the illegal State aid (plus interest) to the Member State who provided it. The Member State is therefore on somewhat of an “even bet” - by providing the State aid, it achieves some particular objective but it could also get its illegal State aid returned to it too. The key lesson for those in the shipping sector is to ensure that any assistance or aid is compatible with the EU State aid rules⁴² but to also realise that much of the power relating to State aid lies with the Member States (e.g., the ability to notify aid to the Commission is in the hands of the Member State rather than the recipient).

3.9 Conclusions

Some cooperation among those involved in the shipping sector is both desirable and necessary. Those involved in the shipping sector ought to be careful to ensure that they cooperate lawfully and if they are in any doubt then they should err on the side of caution and seek competition law advice because a secret shared, a price fixed or a cartel constructed cannot be undone either easily or at all.

4 CONSOLIDATION

4.1 Introduction

In the context of this paper, consolidation means mergers and acquisitions of shipping companies.

In EU competition law, mergers, acquisitions and some forms of joint venture are known as “concentrations”. They are generally permitted but where they are of a certain scale then they have to be approved in advance by the European Commission and must not “significantly impede effective competition” (“SIEC”).

42. Communication from the Commission – Updating the Annex to Commission Communication C(2004) 43 – Community guidelines on State aid to maritime transport (OJ C120, 13.04.2017, p. 10-11); Communication from the Commission providing guidance on State aid to ship-management companies (OJ C 132, 11.06.2009, p. 6); Communication from the Commission providing guidance on State aid complementary to Community funding for the launching of the motorways of the sea (OJ C 317, 12.12.2008, p. 10); and Commission Communication C(2004) 43 - Community guidelines on State aid to maritime transport (OJ C 013, 17.01.2004, p.3).

If the consolidation is between undertakings with relatively small turnovers then the supervision, on competition grounds, of the proposed transaction would ordinarily⁴³ be by the Member States rather than the European Commission on behalf of the EU. If, however, the turnover of the undertakings involved in the concentration exceed particular thresholds laid down in EU law then the European Commission would be best placed to deal with the matter instead of a plethora of national competition agencies.

4.2 The European Union Merger Control Regulation

The EU's Merger Control Regulation is a useful regime which provides for a one-stop shop whereby proposed concentrations can be reviewed by the European Commission (instead of a plethora of national merger control agencies in the EU/European Economic Area ("EEA")⁴⁴).

4.3 What is a Concentration?

Article 3 of EUMR:

"Definition of concentration

1. A concentration shall be deemed to arise where a change of control on a lasting basis results from:

(a) the merger of two or more previously independent undertakings or parts of undertakings, or

(b) the acquisition, by one or more persons already controlling at least one undertaking, or by one or more undertakings, whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, of direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.

2. Control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or in combination and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by:

(a) ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking;

(b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking.

43. See the exception provided by art.22 of Reg.139/2004 as considered by the General Court in *Case T-227/21 Illumina, Inc. v European Commission* currently under appeal to the CJEU in *Case C-611/22*.

44. The EEA comprises Iceland, Liechtenstein and Norway.

3. Control is acquired by persons or undertakings which:

(a) are holders of the rights or entitled to rights under the contracts concerned; or

(b) while not being holders of such rights or entitled to rights under such contracts, have the power to exercise the rights deriving therefrom.

4. The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1(b).

5. A concentration shall not be deemed to arise where:

(a) credit institutions or other financial institutions or insurance companies, the normal activities of which include transactions and dealing in securities for their own account or for the account of others, hold on a temporary basis securities which they have acquired in an undertaking with a view to reselling them, provided that they do not exercise voting rights in respect of those securities with a view to determining the competitive behaviour of that undertaking or provided that they exercise such voting rights only with a view to preparing the disposal of all or part of that undertaking or of its assets or the disposal of those securities and that any such disposal takes place within one year of the date of acquisition; that period may be extended by the Commission on request where such institutions or companies can show that the disposal was not reasonably possible within the period set;

(b) control is acquired by an office-holder according to the law of a Member State relating to liquidation, winding up, insolvency, cessation of payments, compositions or analogous proceedings;

(c) the operations referred to in paragraph 1(b) are carried out by the financial holding companies referred to in Article 5(3) of Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54(3)(g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies(6) provided however that the voting rights in respect of the holding are exercised, in particular in relation to the appointment of members of the management and supervisory bodies of the undertakings in which they have holdings, only to maintain the full value of those investments and not to determine directly or indirectly the competitive conduct of those undertakings.”

4.4 When does a Concentration have a Union Dimension?

Article 1 of EUMR provides:

“Scope

1. Without prejudice to Article 4(5) and Article 22, this Regulation shall apply to all concentrations with a Community⁴⁵ dimension as defined in this Article.

2. A concentration has a Community dimension where:

(a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 5000 million; and

(b) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 250 million,

unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.

3. A concentration that does not meet the thresholds laid down in paragraph 2 has a Community dimension where:

(a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 2500 million;

(b) in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is more than EUR 100 million;

(c) in each of at least three Member States included for the purpose of point (b), the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 25 million; and

(d) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than EUR 100 million,

unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.

4. On the basis of statistical data that may be regularly provided by the Member States, the Commission shall report to the Council on the operation of the thresholds and criteria set out in paragraphs 2 and 3 by 1 July 2009 and may present proposals pursuant to paragraph 5.

45. The term «Community» is used in the Regulation but the current term ought to be «Union».

5. Following the report referred to in paragraph 4 and on a proposal from the Commission, the Council, acting by a qualified majority, may revise the thresholds and criteria mentioned in paragraph 3.”

4.5 When does it have to be notified to the European Commission?

Any concentration having a Union dimension must be notified to the Commission for clearance under the EUMR.

It may be that a transaction which has been notified to the Commission may be referred back (in whole or in part) to a Member State competition agency under article 9 of the EUMR where that agency requests it. This would be relatively unusual in the shipping sector (given the test under article 9 for a reference back) but it is possible. The decision to refer a transaction back to a Member State (or not) is for the European Commission to make.

4.6 When could a proposed concentration be considered by the European Commission despite not having a Union Dimension?

A concentration may be referred by Member States to the European Commission despite it not being so significant as to have a Union dimension. Businesses often welcome such a referral because of the convenience of a one-stop shop.

4.7 Practice and Procedural Points

Prepare well in advance for a concentration to the European Commission. It can take several months for the notification to be made, considered and approved. If there are conditions to be imposed then it can take longer than most shipping executives would anticipate.

Some transactions can be relatively quick. For example, the recent *PSA/ TIL/ PNIT* transaction was notified to the Commission on 20 December 2021 and was decided on 25 January 2021 which is quick when one considers the Christmas and New Year vacation. But cases can take longer. For example, the *CPPIB/ TPG/ The Torstein Hagen Interest in Possession Settlement/ Viking* case was notified on 23 December 2020 and decided on 8 March 2021. It should be recalled that there can be weeks or months of drafting the notification and interaction with the Commission’s services before the actual notification so this phase might be described as the “public” face of a much longer and more

involved process. Many of the shipping cases have been decided under the simplified procedure⁴⁶ that expedites matters very much.

4.8 When would a concentration be prohibited?

The Commission must prohibit a proposed concentration where it would “significantly impede effective competition” (i.e., result in “SIEC”). This is a somewhat imprecise test. It is not defined. It is comparable to the “substantially lessen competition” (i.e., “SLC”) test used in many jurisdictions. In essence, there would be a SIEC if the merged entity would be likely to operate in a way which would significantly or materially impede or limit competition by, for example, raising prices, reducing service levels or otherwise harming consumer welfare. If a transaction would be likely to result in a SIEC in some ways but not in every way, then the notifying parties (usually the acquirer) would be able to offer remedies or commitments to the European Commission to ameliorate the competition issue. For example, if two ferry companies were merging and they operated on a total of eight routes but they overlapped only on one route in a way which would result in SIEC then the acquirer might decide to divest part of the overlapping business and then be permitted to proceed with the rest of the transaction.

4.9 A Case Study: the HHIH/DSME Transaction

Rather than trying to consider all of the merger cases on shipping - which has been done elsewhere⁴⁷ - it is proposed to look at a case study.

As mentioned above, an example of a concentration in the shipping sector which was prohibited was the HHIH’s proposed acquisition of DSME. The Commission’s decision has not yet been published but the Commission summarised its decision in the following terms:

“While, when opening the in-depth investigation, the Commission raised concerns with respect to the markets for the construction of oil tankers, liquefied petroleum gas (‘LPG’) carriers, containerships and LNG carriers (large and small), today’s decision only relates to the market for large LNG carriers.

The Commission found that the transaction, as notified, would have resulted in (i) the creation of a dominant position by the merged company

46. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)&from=EN).

47. See *Power*, EU Shipping Law, 3rd ed., 2019, ch.16.

in the market for the construction of large LNG carriers, (ii) a reduced choice in suppliers and (iii) higher prices for EU customers and ultimately for energy consumers.

The Commission's decision is based on the following considerations:

- The parties enjoy very large and increasing market shares. The combined market shares of the parties are very large. The combined entity would have been by far the largest player in the world, in an already concentrated market. The parties' combined market shares would be of at least 60%, which in itself is an indicator of a dominant position in the market. Furthermore, the combined market shares of DSME and HHIH have been increasing in the past 10 years.
- Very few alternatives for customers. Besides the parties, there is only one other large competitor in the market. However, this competitor's capacity would not have been sufficient to act as a credible constraint on the new company resulting from the merger. A fourth independent shipbuilder has limited activities in the large LNG carriers market and focuses on domestic projects. The remaining shipbuilders would not be able to constrain price increases as demonstrated by the fact that they did not contract any large LNG carrier in recent years.
- Limited capacity in the market. The Commission conducted a detailed demand and supply analysis, which shows that the combined entity would have held a pivotal position in the market, as the capacity of the remaining competitors would not have covered the projected market demand.
- Very high barriers to entry and no buyer power. Large LNG carriers are highly sophisticated and differentiated vessels that are extremely complex to build. Entering the market and successfully operating in it is very difficult. Several exits were observed in recent years and no significant new entry is expected. In addition, the large LNG carriers customer base is generally fragmented, with typically small orders. Customers have a very limited choice of shipbuilders as possible suppliers.
- No impact of the coronavirus pandemic. The Commission assessed the impact of the coronavirus pandemic on the market and found that demand for large LNG carriers was not affected by the pandemic. Furthermore, future demand outlook is very positive.

The parties did not formally offer remedies to meet the Commission concerns. Consequently, the Commission has prohibited the proposed transaction.”

On 23 May 2022, an appeal was published⁴⁸ in the case and it is interesting to see the grounds on which the appeal was being lodged:

“Action brought on 23 March 2022 – *Hyundai Heavy Industries Holdings v. Commission*
(Case T-156/22)

...

Form of order sought

The applicant claims that the Court should:

– annul the Commission Decision of 13 January 2022 in Case M.9343 – Hyundai Heavy Industries Holdings / Daewoo

Shipbuilding & Marine Engineering in its totality (the Decision); and

– order the Commission to bear its costs and pay the applicant’s costs for the present proceedings.

Pleas in law and main arguments

In support of the action, the applicant relies on four pleas in law.

1. First plea in law, alleging errors of law regarding the Commission’s attempt to demonstrate the creation of a dominant position on the basis of a substantive analysis that is disconnected from the legal test that the Decision purports to apply.

2. Second plea in law, alleging errors of law and assessment and a failure to provide sufficient reasoning regarding the Commission’s conclusion that the contested transaction would have created a dominant position resulting in a substantial impediment to effective competition in the internal market because of (a) the reliance on market shares as ‘prima facie’ evidence of the creation of a dominant position despite persistently low margins, structural overcapacity and infrequent tenders, (b) the failure to recognize the competitive constraints exercised by competitors and a flawed pivotality assessment, (c) the dismissal of the customers’ obvious buyer power in a market characterized by overcapacity and infrequent, high value tenders, (d) the failure to establish how the contested transaction would lead to a significant impediment to effective

48. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62022TN0156>.

competition in the internal market, and (e) the incorrect assessment of the range of possible outcomes that would have prevailed absent the contested transaction.

3. Third plea in law, alleging a violation of the right of defence and the right to good administration due to the Commission's failure to adopt a Supplementary Statement of Objections to remedy to the lack of clarity on the key aspects of the Statement of Objections and the reliance on evidence not included in the Statement of Objections.

4. Fourth plea in law, alleging a breach of the duty of care due to the fact that much of the Statement of Objection's evidence was outdated by the time the Commission adopted its Decision, and that it failed to investigate carefully and impartially the most critical facts, prejudging the outcome of the contested transaction."

4.10 Conclusion

Concentrations in the shipping sector have generally been permitted. They need to be planned carefully and with sufficient time allocated to preparing the notification. Care needs to be taken to ensure that the *competition* rather than the *commercial* case is presented. Sufficient time - months - should be allocated for the process to be completed. There should also be sufficient flexibility built into the documentation and agreement to allow for commitments/remedies to be introduced and implemented (e.g., if a competition agency says: "you may acquire most of the target shipping company or port but not that particular part of the target business" then there should be sufficient flexibility to allow for that part of the business to be severed and sold to others).

5. COMPLIANCE

Executives of shipping companies should have competition compliance programmes in place and *in operation*. There is some value with *establishing* or *introducing* a compliance programme in a shipping or port company. What is far more important is that there is a *compliance culture* and *continued compliance* within the organisation. Tokenism is not enough.

Compliance in any economic sector is challenging.⁴⁹ One has to educate employees about rules about which they will have very little knowledge before the training other than perhaps a vague knowledge from the media.

49. See Riley, *Stephan and Tubbs*, Perspectives on Antitrust Compliance (2022).

Many people will see the rules as being vague, abstract and even irrelevant. Some managers can be resistant to the complying with the rules because they see the rules as disturbing a 'quiet life', making the market more competitive and hence more challenging.

Compliance in the shipping sector can be even more challenging. First, there are more nationalities and, more importantly, more cultures involved than would typically be the case in shore-based industries. Secondly, there can be close contacts in sectors where there are few competitors (i.e., duopolies or oligopolies in certain trades). Thirdly, large shipping companies can have people dispersed across the globe (e.g., in different time zones) and it is challenging to police or monitor them carefully, closely or even at all. Despite these challenges, compliance is critically important. It may prevent a breach from occurring at all or, at least, minimise those breaches which do occur.

6. CONCLUSIONS

While it took some time for EU competition law to apply fully to the maritime sector,⁵⁰ the rules apply now in full.

This paper has posed the question: how may those in the shipping industry co-operate and consolidate lawfully under EU competition law? Having considered the question through the lenses of cooperation, consolidation and compliance, the obvious conclusion is they may co-operate but cautiously as well as carefully and then only within the confines of competition law.

Care should be taken in regard to so-called "horizontal" arrangements - that is to say, arrangements between operators at the same level of the economic chain. So, for example, LNG carriers need to be careful about engaging with other LNG carriers, cruise line operators need to be cautious about engaging with other cruise liner operators and so on.

50. The general regulation to apply what was (then) EEC competition law (now, EU competition law) to the economy generally (i.e., Reg.17/62, (Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty OJ 13, 21.2.1962, p. 204-211, English special edition: Series I Volume 1959-1962 P. 87 - 93., ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/1962/17/oj>)) was disapplied in the case of the maritime sector by virtue of Reg.141/62 (Council Regulation No 141/62 of 26 November 1962 exempting transport from the application of Council Regulation No 17 (OJ No 124, 28.11.1962, p. 2753; English Special Edition 1959-62, p. 291), as amended by Regulations Nos 165/65/EEC (OJ No 210, 11.12.1965, p. 314) and 1002/67/EEC (OJ No 306, 16.12.1967, p. 1)). It was not until Reg.1419/2006 (see above) that the EU regime applied fully to the shipping sector. This delay meant that there was some excuse for 'ignorance' or 'innocence' of the competition rules.

The benefits of the interaction may not be sufficient to render lawful what is anti-competitive and unlawful. Just because there may be an apparent benefit - for example, price stability and predictability - this does not permit an otherwise anti-competitive price-fixing arrangement to exist.

Some competition agencies do not have as full an appreciation of the nuances and niceties of the shipping sector as those executives in the sector do. Therefore, it is important to explain the issues thoroughly to the agency and do not assume that they know what the shipping executive knows.

Some executives in the shipping sector involved in mergers and acquisitions forget the *role* and *functions* which the competition agencies play. They are not fund managers or shareholders in the bidding company. The agencies are not concerned with whether the business will make more profits but rather they are interested in whether there would be a significant impediment to effective competition (i.e., "SIEC") - that is the metric which they use to test whether to permit the transaction or not. They are competition regulators and not fund managers.

Executives in, and advisors to, the shipping sector would do well to monitor developments in EU competition law across the economy generally because what happens in one sector can have an impact on another sector. There are far more developments outside of the shipping sector than inside the sector so it is imperative to monitor what is happening elsewhere.

So, in conclusion, cooperation and consolidation are possible but must be accomplished carefully and cautiously while compliance is compulsory if one is to operate within the confines of competition law.

Το εφαρμοστέο δίκαιο στις εγκατεστημένες στην Ελλάδα αλλοδαπές ναυτιλιακές εταιρείες

Βικτώρια Αθανασοπούλου

Επίκουρη Καθηγήτρια Πανεπιστημίου Αιγαίου, Δικηγόρος

Εισαγωγή

Η ελληνόκτητη ναυτιλιακή επιχείρηση δραστηριοποιείται στο διεθνές οικονομικό γίγνεσθαι μέσα από τον συγκερασμό πολλαπλών εθνικών εταιρικών σχημάτων. Ωστόσο, η εγγενώς διεθνοποιημένη ναυτιλιακή επιχείρηση λόγω της πολυσχιδούς φύσης της και της πολυμορφίας και έντασης των κινδύνων που καλείται να αντιμετωπίσει, δημιουργεί σύνθετες νομικές κατασκευές που πυροδοτούν ανταγωνισμό εφαρμοστέων δικαίων. Και τούτο διότι η ναυτιλιακή επιχειρηματικότητα δεν διεξάγεται μόνον με την αποκαλούμενη «μονοβάπορη» εταιρεία. Το πλοίο - ζωντανός οργανισμός της ναυτιλιακής επιχείρησης - αποτελεί τον πυρήνα ο οποίος περιβάλλεται και ζωογονείται από διαφορετικά εταιρικά σχήματα: πλοιοκτητριών, διαχειριστριών και εταιρειών χαρτοφυλακίου, οι οποίες συνθέτουν μηχανισμούς αλληλοδιαπλεκόμενων δραστηριοτήτων και συγχώνευσης περιουσιακών στοιχείων.

Η παρούσα μελέτη ανιχνεύει και ερευνά τα ερμηνευτικά ζητήματα που ανακύπτουν κατά την αναζήτηση του εφαρμοστέου δικαίου στην επιχειρηματική δράση των εγκατεστημένων στην Ελλάδα αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών σε δύο επίπεδα: σε πρώτο επίπεδο αναλύεται το ισχύον νομικό πλαίσιο, ενώ σε δεύτερο επίπεδο επιχειρείται μία θεωρητική δογματική προσέγγιση της φύσης και ουσίας των υπό εξέταση νομικών προσώπων.

I. Το νομικό πλαίσιο λειτουργίας των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών στην Ελλάδα

1. Η εγκατάσταση αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών στην Ελλάδα

Κοινωνικο-πολιτικοί λόγοι προκάλεσαν ένα πλέγμα κανόνων δικαίου που επεφύλασσαν ειδική μεταχείριση στην ελληνόκτητη ναυτιλιακή επιχείρη-

ση¹. Το άρθρο 13 του ν.δ. 2687/1953 έδωσε την δυνατότητα σε αλλοδαπές ναυτιλιακές εταιρείες ελληνικών συμφερόντων να νηολογούν τα πλοία τους στο ελληνικό νηολόγιο με ιδιαίτερα ευνοϊκές συνθήκες ακόμα και κατά παρέκκλιση από τους κανόνες της ελληνικής δημόσιας τάξης². Πρόκειται για έναν αναπτυξιακού χαρακτήρα νόμο, ο οποίος παρέχει με νόμο τυπικής ισχύος αναγνώριση των υπεράκτιων ναυτιλιακών εταιρειών.³

Στην συνέχεια οι α.ν. 89/1967⁴ και 378/1968⁵ εισήγαγαν ένα καθεστώς προνομιακής μεταχείρισης⁶, των αλλοδαπών εμποροβιομηχανικών εταιρειών καθώς και των αλλοδαπών ναυτιλιακών επιχειρήσεων, οι οποίες με οποιονδήποτε τύπο ή μορφή λειτουργούσαν στη χώρα τους μπορούσαν να εγκαταστήσουν υποκατάστημα ή πρακτορείο ή γραφείο στην Ελλάδα για να απασχολούνται αποκλειστικά στην εκτέλεση εμπορικών εργασιών, το αντικείμενο των οποίων ευρισκόταν αποκλειστικά εκτός της Ελλάδας.⁷

1. Ως προς το πολιτικό, οικονομικό και ναυτιλιακό περιβάλλον που οδήγησε στη θέσπιση του ν.δ. 2687/1953 βλ. *Ν. Γερασίμου*, Το θεσμικό πλαίσιο της ελληνικής ναυτιλίας, Κεφάλαια εξωτερικού και αλλοδαπές ναυτιλιακές εταιρείες σε σχέση με το «παράλληλο» νηολόγιο, 2022, σελ. 1 επ.
2. Σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 13 του ν.δ. 2687/1953 : «Πλοία ολικής χωρητικότητας άνω των 1500 κόρων που νηολογούνται υπό Ελληνική σημαία θεωρούνται κεφάλαια εξωτερικού και συνεπώς απολαμβάνουν ιδιαίτερης συνταγματικής προστασίας»
3. Από την Εισηγητική Έκθεση του ν.δ. 2687/1953: «Ειδικού χαρακτήρος διατάξεις περιλαμβάνει το άρθρο 13 δια των οποίων παρέχονται αι απαραίτητοι διευκολύνσεις και εξασφαλίσεις προς ευνόησιν της υπό Ελληνικήν σημαίαν υπαγωγής πλοίων, ών αι ιδιοκτήται είναι Έλληνες και άτινα νυν ευρίσκονται υπό ξένην σημαίαν. Εις την διάταξιν αυτήν αποδίδομεν εξαιρετικήν σημασίαν, δοθέντος ότι εκ της εφαρμογής αυτής αναμένομεν εκτός των άλλων ωφελειών, την βελτίωσιν του ισοζυγίου των εξωτερικών λογαριασμών της χώρας..... Η υπό τας παρούσας συνθήκας προσέλκυσις και είσοδος κεφαλαίων εξωτερικού προσλαμβάνει ιδιάζουσαν σημασίαν και σπουδαιότητα δια την χώραν λαμβανομένου υπ' όψιν ότι ευρισκόμεθα εις την λήξιν της περιόδου του Σχεδίου Μάρσαλ και ενώπιον του προβλεπομένου περιορισμού της παρεχομένης δωρεάν Αμερικανικής Βοηθείας».
4. Α.ν. 89/1967 «Περί εγκαταστάσεως εν Ελλάδι αλλοδαπών Εμποροβιομηχανικών Εταιρειών»
5. Ο α.ν. 378/1968 συμπλήρωσε τον α.ν. 89/1967 ορίζοντας ότι «αλλοδαπαί ναυτιλιακαί επιχειρήσεις παντός τύπου και μορφής δύνανται να εγκαθίστανται εν Ελλάδι κατά τας διατάξεις του α.ν. 89/1967 και να απολαύουσιν απάντων των πλεονεκτημάτων του νόμου τούτου και του παρόντος ..».
6. Φορολογικές απαλλαγές, απαλλαγή εκ των τελών χαρτοσήμου επί αποδοχών αλλοδαπού προσωπικού (Γνωμοδ. του Ν.Σ.Κ. 427/1970, ΕΝΔ 1974, σελ. 369), Επίσης διάφορες φορολογικές απαλλαγές (Γνωμοδ. Ν.Σ.Κ. 1381/1969, ΕΝΔ 1974, σελ. 371).
7. Σύμφωνα με την εισηγητική του έκθεση ο α.ν. 89/1967 επεδίωξε να δημιουργήσει προϋποθέσεις «υπό τας οποίας θα καθίστατο δυνατή η εγκατάστασις εις την χώρα μας των αλλοδαπών και ιδίως αμερικανικών εμπορικών επιχειρήσεων, συντελούντων τόσο του ευνοϊκού κλίματος όσο και της γεωγραφικής της θέσεως».

Ο ν. 27/1975 «περί φορολογίας πλοίων, επιβολής εισφοράς προς ανάπτυξιν της Εμπορικής Ναυτιλίας, εγκαταστάσεως αλλοδαπών ναυτιλιακών επιχειρήσεων και ρυθμίσεως συναφών θεμάτων», ενώ ρύθμισε κυρίως φορολογικά ζητήματα, συμπεριέλαβε με το άρθρο 25 παρ. 1 ρυθμίσεις για την εγκατάσταση στην Ελλάδα γραφείων ή υποκαταστημάτων αλλοδαπών επιχειρήσεων οιοδήποτε τύπου ή μορφής που απασχολούνται με την διαχείριση, αντιπροσώπευση ή εκμετάλλευση πλοίων ή αντιπροσώπευση των πλοιοκτητριών τους εταιρειών. Ο ν. 814/1978 «περί συμπληρώσεως και τροποποιήσεως φορολογικών και άλλων τινών συναφών διατάξεων» εκτός από τις φορολογικού περιεχόμενου διατάξεις του, τροποποίησε το άρθρο 25 του ν. 27/1975.⁸

Πρέπει να σημειωθεί ότι οι διατάξεις των α.ν. 89/1967 και 378/1968, καθώς και των ν. 27/1975 και 814/1978 δεν διαμορφώνουν ιδιαίτερους εταιρικούς τύπους, αλλά συγκροτούν ένα προνομιακό καθεστώς, στο οποίο μπορεί να υπαχθεί οιοδήποτε τύπου εταιρεία, είτε ημεδαπή, είτε γραφείο ή υποκατάστημα αλλοδαπής, κατόπιν αδείας της Διοικήσεως.

2. Νομολογιακή και νομοθετική αντιμετώπιση των εγκατεστημένων ναυτιλιακών εταιρειών

Με το παραπάνω ρυθμιστικό πλαίσιο δόθηκε η δυνατότητα σε πληθώρα αλλοδαπών ναυτιλιακών κυρίως υπεράκτιων εταιρειών να εγκαταστήσουν γραφεία ή υποκαταστήματα στην ημεδαπή, τα οποία αποτέλεσαν κέντρα διοίκησης του συνόλου των επιχειρηματικών τους δράσεων. Έτσι, δημιουργήθηκε μία ρήξη μεταξύ της πραγματικής και της νομικής υπόστασης των νομικών αυτών οντοτήτων. Η πρώτη δικαστική απόφαση που αποδεχόμενη την θεωρία της πραγματικής έδρας, έθεσε σε αμφισβήτηση την ίδια την εγκυρότητα των ναυτιλιακών αυτών εταιρειών, ήταν η 1152/1969⁹ του Πρωτοδικείου Πειραιώς, η οποία, εν συνεχεία, επικυρώθηκε από την Ολ. Α.Π. 461/1978¹⁰. Η εγκατάσταση στην ημεδαπή θεωρήθηκε πραγματική έδρα των ναυτιλιακών εταιρειών σε αντίθεση με την αναφερόμενη στο καταστατικό ιδρύσεώς τους έδρα, η οποία αποκλήθηκε «καταστατική» με την έννοια της «τύποις» και όχι ουσία υφισταμένης. Η διαφοροποίηση μεταξύ πραγματικής και καταστατικής έδρας είχε ως συνέπεια την ακυρότητα αυτών των ναυτιλιακών εταιρειών. Και τούτο διότι η ικανότητα του νομικού προσώπου κρίνεται από το δίκαιο της έδρας του (άρθρο 10 ΑΚ) και ως έδρα του νομικού προσώπου νοείται ο τόπος όπου πράγ-

8. Αναλυτικά το περιεχόμενο των παραπάνω νόμων και οι διαδοχικές τροποποιήσεις τους: Ν. Γερασίμου, ό.π. σελ. 137 επ.

9. ΕΕμπΔ 1970, 71= ΕΕΝ 1970, σελ. 796.

10. ΝοΒ 1978, σελ. 211= ΕΕμπΔ 1979, σελ. 251 = ΕΝΔ 1978, σελ. 351 = ΕλλΔνη 1978, σελ. 347.

ματι ασκείται η διοίκησή του και όχι η αναφερομένη στο καταστατικό του¹¹. Συνεπώς οι ναυτιλιακές εταιρείες που είχαν την καταστατική τους έδρα στην αλλοδαπή (λ.χ. στον Παναμά ή την Λιβερία) και την πραγματική τους στην Ελλάδα, κρίθηκαν άκυρες, εφόσον δεν τηρήθηκαν οι διατυπώσεις του ελληνικού δικαίου για την νόμιμη σύστασή τους. Η ακυρότητα αφορούσε τον νομικό τύπο που τηρήθηκε για την σύσταση της αλλοδαπής ανώνυμης εταιρείας.

Επειδή η ως άνω απόφαση έθετε σε κίνδυνο την ισορροπία της ελληνικής εμπορικής ναυτιλίας¹², εκδόθηκε ταχύτατα την ίδια χρονιά - το 1978 - ο ν. 791/1978, σύμφωνα με τον οποίο, «οι ναυτιλιακές εταιρείες, πλοιοκτήτριες ή διαχειρίστριες πλοίων υπό ελληνική σημαία, οι οποίες συστήθηκαν κατά τους νόμους αλλοδαπής πολιτείας, διέπονται ως προς την σύσταση και την ικανότητα δικαίου από το δίκαιο της χώρας της καταστατικής τους έδρας, αδιαφόρως της πραγματικής τους έδρας». Ο νόμος αυτός περιέσωσε την υπόσταση των εγκατεστημένων στην Ελλάδα ναυτιλιακών εταιρειών, δεν κατόρθωσε, όμως, να επιλύσει τα νομικά προβλήματα που εξακολουθούν να απορρέουν από τον παραπάνω περιγραφέντα δυισμό. Ο ν. 791/1978 υπέστη, έκτοτε, διαδοχικές τροποποιήσεις, οι οποίες αναφέρονται, όμως, μόνο στα πρόσωπα που καταλαμβάνονται από τη ρύθμισή του και όχι στο εύρος της εφαρμογής του. Ειδικότερα ορίζεται ότι, ως προς την σύσταση και την ικανότητα δικαίου διέπονται από το δίκαιο της καταστατικής τους έδρας, ανεξάρτητα από τον τόπο της πραγματικής τους έδρα οι παρακάτω εταιρείες: (α) Αλλοδαπές πλοιοκτήτριες ελληνικών πλοίων, (β) Αλλοδαπές διαχειρίστριες ελληνικών πλοίων, (γ) Αλλοδαπές πλοιοκτήτριες πλοίων υπό ξένη σημαία εφόσον τα πλοία αυτά τα διαχειρίζονται διαχειρίστριες εγκατεστημένες βάσει του άρθρου 25 ν. 27/75 (παρ. 7 του άρθρου 25), (δ) Αλλοδαπές διαχειρίστριες πλοίων υπό ξένη σημαία εγκατεστημένες βάσει του άρθρου 25 ν. 27/75, (ε) Αλλοδαπές ναυτιλιακές εταιρείες εγκατεστημένες δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 25 του ν. 27/75, (στ) Ναυλώτριες γυμνών πλοίων σε εμπορική ή χρηματοδοτική ναύλωση πλοίου υπό ξένη σημαία (το πλοίο να είναι αντικείμενο διαχείρισης από εγκατεστημένες διαχειρίστριες), σύμφωνα με την προσθήκη από το

11. Η έννοια της έδρας κατά το άρθρο 10 Α.Κ. είναι διαφορετική από την αντίστοιχη έννοια του εσωτερικού δικαίου (άρθρο 64 ΑΚ), η οποία εφαρμόζεται για τα ελληνικά νομικά πρόσωπα, προκειμένου να εξευρεθεί η έδρα τους στην Ελλάδα: *Κρίσιμης*, Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, ειδικό μέρος, τεύχος Α', Πανεπιστημιακά Παραδόσεις (1967-1968), σελ. 108.

12. Ν. Βερνάρδος, Το νομικόν καθεστώς των κατά τον ν. 791/1978 αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιριών ΠειρΝ 1979, σελ. 375 επ. · *Antapassis*, La société maritime, une originalité du droit hellénique, DMF 1981, σελ. 363-374, 430-445, 366 · Α. Αντάπασης, Επί της ευθύνης του αντιπροσώπου του πλοιοκτήτου δια τας εκ της συμβάσεως ναυτολογήσεως απαιτήσεις, ΠειρΝ 1979, σελ. 8 επ.

ν. 4646/2019. Η ναυλώτρια γυμνού σκάφους μπορεί να έχει ναυλώσει πλοίο υπό Ελληνική σημαία μόνον υπό το καθεστώς κεφαλαίων εξωτερικού, διότι ο ν. 1665/1986 απαγορεύει την χρηματοδοτική μίσθωση πλοίου υπό Ελληνική σημαία, (ζ) εταιρείες χαρτοφυλακίου των παραπάνω πλοιοκτητριών, εφοπλιστριών και διαχειριστριών εταιρειών πλοίων υπό ελληνική ή ξένη σημαία. Από την παραπάνω ρύθμιση δεν καταλαμβάνονται οι πλοιοκτήτριες ή διαχειρίστριες εταιρείες σκαφών αναψυχής, οι λοιπές αλλοδαπές εγκαταστημένες βάσει του α.ν. 89/1967 και οι εταιρείες με ανακληθείσα εγκατάσταση¹³.

Είναι προφανές ότι η νομολογία εξελίσσεται συνέχεια, με αποτέλεσμα να δημιουργεί πλουσιότατο υλικό για περαιτέρω αναλύσεις, ερμηνείες και διχογνωμίες. Ο ερμηνευτής του δικαίου θα πρέπει να εισχωρήσει σε βάθος στη δογματική του δικαίου, ώστε να δώσει λύσεις δικαιοσύνης και ισότητας που διαπνέονται από το δίκαιο και το ορθό, αλλά ταυτόχρονα μπορούν να περισώσουν την ναυτιλιακή επιχειρηματικότητα που είναι το διακύβευμα αυτών των ρυθμίσεων.

II. Η νομική φύση των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών

1. Οντολογική υπόσταση του νομικού προσώπου: ο σκοπός του

Το νομικό πρόσωπο αποτελεί ένωση προσώπων ή σύνολο περιουσίας για την πραγματοποίηση ενός σκοπού¹⁴.

Ο σκοπός αποτελεί το κύριο δομικό στοιχείο του νομικού προσώπου, στον βαθμό που οριοθετεί τόσο την βούληση όσο και την αυτοτέλεια της υπόστασής του¹⁵. Το στοιχείο του σκοπού αναδεικνύει το νομικό πρόσωπο σε διαπροσωπική ενότητα με αυτόνομη βουλευτική υπόσταση¹⁶. Σύμφωνα με την θεωρία της προσωποποιήσεως του σκοπού (Theorie der Zweckpersonifikation), στους κόλπους του νομικού προσώπου, το οποίο δεν έχει φυσική υπόσταση, αναπτύσσεται η ενωμένη ανθρώπινη βούληση (vereinter menschlicher Wille) προς ορισμένη κατεύθυνση προσδιοριζόμενη από τον σκοπό του. Ο σκοπός αφενός μεν προσδιορίζει τα όρια και την έκταση αυτής της βουλήσεως, αφε-

13. Α.Ι.Αθανασίου, Η μεταχείριση των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών από τη νομολογία, *Lex and Forum* 2022, σελ. 35 επ. · Ν. Γερασίμου, Το θεσμικό πλαίσιο της ελληνικής ναυτιλίας, ό.π., σελ. 190 επ.

14. Α. Γαζής, *Γενικά Αρχαί Τόμος Β' 2*, 1974, σελ. 55

15. Β. Αθανασοπούλου, Ο σκοπός ως ουσιώδες στοιχείο της έννοιας του νομικού προσώπου, σε *Στράγγα / Χαρ. Παπαχαράλαμπος*, Σκοπός, τελεολογία και δίκαιο (Πεπραγμένα της Ελληνικής Εταιρείας Δικαιοφιλοσοφικής και Δικαιοϊστορικής Ερεύννης, τόμος 4, 2010, σελ. 485 επ.

16. F. Rittner, *Die werdende juristische Person*, 1973, σελ. 211, 220.

τέρου δε προσωποποιείται στη βούληση του νομικού προσώπου που δεν είναι άλλο παρά μία ενωμένη ανθρώπινη δύναμη¹⁷.

Η υλοποίηση του σκοπού συνεπάγεται την αλληλοδιαπλοκή παροχών και αντιπαροχών, που δημιουργεί την «περιοχή ενέργειας»¹⁸ ή τη «βιοτική σφαίρα» του νομικού προσώπου. Ο κύκλος και το πλέγμα δραστηριοτήτων του νομικού προσώπου (συμβάσεις προμηθειών, προσλήψεις εργαζομένων, συμβάσεις παροχής υπηρεσιών κ.ο.κ.) ταυτίζεται με την ίδια την ύπαρξη και την λειτουργία του νομικού προσώπου. Ο σκοπός δεν γίνεται αντιληπτός μόνον ως στόχος, αλλά και ως τέλος (με την πρωταρχική -αρχαιοελληνική έννοια του όρου), δηλαδή ως το σύνολο των ενεργειών που ολοκληρώνουν τη λειτουργία του νομικού προσώπου.

Για τον λόγο αυτό, ο σκοπός ως ουσιώδες συστατικό στοιχείο της έννοιας του νομικού προσώπου¹⁹ πρέπει να αναγράφεται με σαφήνεια στην συστατική πράξη ή το καταστατικό του υπό ίδρυση νομικού προσώπου.

Σύμφωνα με την παραπάνω ανάλυση, ο σκοπός είναι το οντολογικό θεμέλιο του νομικού προσώπου, αυτό το οποίο του προσδίδει την αυτοτέλεια στο νομικό γίγνεσθαι.

Παράλληλα όμως αυτός ο αυτοτελής κύκλος δραστηριοτήτων του ν.π. απομονώνεται από το δίκαιο και διακρίνεται για να ταυτιστεί με ένα φορέα ευθυνών. Πρόκειται για μια διανοητική αφαιρετική διεργασία του νομοθέτη, ο οποίος οριοθετεί ένα κύκλο δραστηριοτήτων ταυτίζοντάς τον με ένα συγκεκριμένο φορέα. Αυτός ο φορέας δεν είναι ένα φυσικό, αλλά νοητό δηλ. νομικό πρόσωπο.²⁰ Τούτο σημαίνει, ότι υπάρχει μια σχηματική συνάφεια και αλ-

17. *Ennecerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (15. Aufl. 1959) § 103, 611: Diese Organisationen sind keine Lebewesen, sie haben keinen natürlichen Willen; aber in ihnen wirkt vereinter menschlicher Wille und vereinte menschliche Kraft in bestimmter, durch den Zweck der Organisation gegebener Richtung. ... Wir denken also die Organisationen (den Staat, den Verein: organisierte Mitgliedergesamtheit, Anstalt) selbst als Willenssubjekte, wir personifizieren sie.

18. *J. Baltzer*, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965, σελ. 45, ο οποίος αντί για τον όρο «σκοπός» (Zweck), χρησιμοποιεί τον όρο «περιοχή ενέργειας» (Wirkungsbereich).

19. Από την διάταξη του άρθρου 78 ΑΚ προκύπτει, ότι ο σκοπός αποτελεί στοιχείο της έννοιας και της μορφής του σωματείου, ενώ σύμφωνα με τη διάταξη 741 ΑΚ στοιχείο της έννοιας της αστικής εταιρείας είναι η ύπαρξη κοινού σκοπού.

20. Το φυσικά πρόσωπα που συμμετέχουν ως όργανα στο νομικό πρόσωπο, ωστόσο, δεν χάνουν ολοσχερώς την νομική τους αυθυπαρξία σε σχέση με την πραγμάτωση του σκοπού που καλούνται να εκπληρώσουν. Σε περίπτωση που η πράξη ή παράλειψη του οργάνου είναι υπαίτια και παράγει υποχρέωση αποζημιώσεως, τότε ευθύνεται και αυτό σε ολόκληρο με το νομικό πρόσωπο. Δηλαδή το καταστατικό όργανο έχει πρόσθετη μετά του νομικού προσώπου υποχρέωση, ανεξάρτητη, όμως αυτής του νομικού προσώπου:

ληλεπίδραση βουλήσεως-σκοπού-πράξεως-ευθύνης στα πλαίσια της νομικής προσωπικότητας. Επομένως η νομική προσωπικότητα ταυτίζεται με τον συγκεκριμένο σκοπό που επιδιώκει το νομικό πρόσωπο και υφίσταται σε σχέση με αυτόν²¹. Είναι κατά κάποιον τρόπο η εμφύσηση αυθύπαρκτης νομικής υπόστασης σε ενιαίο και εξατομικευόμενο υποκείμενο. Σύμφωνα με τη θεωρία της πραγματικής συλλογικής προσωπικότητας, το δίκαιο²² μετατρέπει την συλλογική πραγματικότητα, δηλαδή το πραγματικό περιστατικό της ένωσης φυσικών προσώπων ή ενότητας παρουσίας σε συλλογική προσωπικότητα. Η νομική προσωπικότητα απονέμεται από το δίκαιο και μόνον από αυτό σε συλλογικές υπάρξεις υπό ορισμένες προϋποθέσεις για να καταστούν αυθύπαρκτα υποκείμενά του²³. Ως εκ τούτου, το νομικό πρόσωπο καθίσταται υποκείμενο δικαίου, που δρα με κατεύθυνση τόσο προς τα έσω, όσο και προς τα έξω και έχει αυθύπαρκτη υπόσταση τόσο ως προς τα μέλη που το απαρτίζουν, όσο και ως προς τον εξωτερικό κόσμο.

2. Το συμφέρον ως συνέχουσα δύναμη του νομικού προσώπου

Η οντολογική ανάλυση του νομικού προσώπου παραμένει ατελής, εάν δεν γίνει αντιληπτό το ενυπάρχον σε αυτό συμφέρον, το οποίο θα αναδείξει στην συνέχεια της μελέτης τη νομική φύση της ναυτιλιακής εταιρείας. Το νομικό πρόσωπο είναι και φορέας συμφερόντων και προς τούτο θα πρέπει να αναλυθεί η έννοια του εταιρικού-επιχειρηματικού συμφέροντος. Ενώ ο σκοπός είναι η πρόθεση των απαρτιζόντων το νομικό πρόσωπο φυσικών προσώπων, ο οποίος κατά την πραγμάτωσή του δημιουργεί τον κύκλο δραστηριοτήτων του νομικού προσώπου, το συμφέρον είναι η απαίτηση της μέγιστης δυνατής ωφέλειας, η οποία εκδηλώνεται με την μέγιστη δυνατή απόδοση των τιθεμέ-

ΑΠ 1285/1980. Ειδικότερα, επί ανώνυμης εταιρείας, οι διοικούντες αυτή, δεν έχουν μεν προσωπική ευθύνη για χρέη της εταιρείας, είναι, όμως, δυνατή η ευθύνη των διοικούντων την εταιρεία προσωπικά από αδικοπραξία κατά το άρθρο 914 του Α.Κ., αφού η αρχή της μη ευθύνης των διοικούντων την εταιρεία κάμπτεται και δεν ισχύει όταν υπάρχει πταίσμα αυτών από αδικοπραξία, βάσει των γενικών αρχών (Α.Κ. 914), οπότε υφίσταται η ευθύνη τους: ΑΠ 29/2006, ΝΟΜΟΣ.

21. Β. Αθανασοπούλου, Ο σκοπός ως ουσιώδες στοιχείο της έννοιας του νομικού προσώπου, σε: Σκοπός, Τελεολογία και Δίκαιο, 2010, ό.π. σελ. 494 επ.
22. Ο. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung (1887), σελ. 22: "Hat nun aber so das Recht die Macht, die Eigenschaft der Rechtssubjektivität zu erzeugen ... "(Το δίκαιο έχει την δύναμη να δημιουργεί την ιδιότητα του υποκειμένου δικαίου...)
23. Ο. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie, ό.π., σελ. 21: "Dem Rechte und ihm allein gebührt die Entscheidung, ob ein irgendwie beschaffenes Etwas die Eigenschaft eines Rechtssubjektes hat oder nicht."

νων εκάστοτε σκοπών²⁴. Επομένως το συμφέρον προϋποθέτει την ύπαρξη σκοπού, τόσο ως προς την εσωτερική, υποκειμενική του σύλληψη, όσο και ως προς την οντολογική του εξωτερίκευση με την δημιουργία του πλέγματος των δραστηριοτήτων που τον υλοποιούν. Το συμφέρον του νομικού προσώπου εδράζεται κατά συνέπεια στην οντολογική υπόσταση που δημιουργεί η πραγμάτωση του σκοπού και διαμορφώνεται με την διενέργεια των αναγκαίων για τον σκοπό υλικών και νομικών πράξεων. Το συμφέρον είναι δηλαδή έννοια παρεπομένη του σκοπού και δεν υφίσταται, εάν δεν υφίσταται δρών υποκείμενο²⁵. Σύμφωνα με την αποκαλούμενη “νομική επιστήμη των συμφερόντων” (Interessenjurisprudenz)²⁶, κύριος θεμελιωτής της οποίας υπήρξε ο Philipp Heck²⁷, η έννοια του συμφέροντος ενέχει στη φύση της την σύγκρουση, αλλά και την αξιολογική στάθμιση, διότι μέσω αυτών, δηλ. της σύγκρουσης και της στάθμισης το συμφέρον συναντά την αυθυπαρξία του.

Συνεπώς κάθε μία από τις υλικές ενέργειες που τείνουν στην πραγμάτωση του εταιρικού σκοπού διαθέτει ίδιο αυτοτελές συμφέρον προκύπτον από την σύζευξη ή σύγκρουση συμφερόντων που η ίδια ενέχει²⁸. Το εταιρικό συμφέρον είναι η συνισταμένη όλων των επιμέρους συμφερόντων που δημιουργεί η πραγματοποίηση του εταιρικού σκοπού.

Το συμφέρον του κερδοσκοπικού νομικού προσώπου τείνει στην επιδίωξη του μεγίστου δυνατού κέρδους. Η επιδίωξη κέρδους είναι πιθανόν να επιφέρει και ζημιές, επομένως διέρχεται από επιχειρηματικό κίνδυνο. Συνεπώς το εταιρικό συμφέρον μέσα από την επιχειρηματική διακινδύνευση καθίσταται επιχειρηματικό.

24. Β. Αθανασοπούλου, Το εταιρικό συμφέρον εις το σύγχρονο δίκαιο των εταιρειών, σε: Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο (Πεπραγμένα της Ελληνικής Εταιρείας Δικαιοφιλοσοφικής και Δικαιοϊστορικής Ερεύννης, Τόμος 5, 2012), σελ. 751 επ.

25. Β. Αθανασοπούλου, ό.π. σε: Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο, σελ. 759

26. Κ. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6η έκδ. (1991), σελ. 49 επ.· Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991), σελ. 113 επ.

27. Κυριότερα έργα του: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914)· Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932)· Das Problem der Rechtsgewinnung 2η έκδ. (1932)· Interessenjurisprudenz (1933)· Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner (1936)· Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, Arch.civ.Pr. 143 (1937), 129 επ. Βλ. επίσης: Schoch/Fuller (editors), The jurisprudence of interests - Twentieth Century Legal Philosophy Series, Volume II. Selected writings of Max Rümelin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder and Hermann Isay. Translated and edited by Magdalena Schoch, Introduction by Lyon L. Fuller (1948).

28. Α. Χάνος, Συμφέρον, στάθμιση και δίκαιο, σε: Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο (Πεπραγμένα της Ελληνικής Εταιρείας Δικαιοφιλοσοφικής και Δικαιοϊστορικής Ερεύννης, Τόμος 5, 2012, σελ. 577 επ.

Στην τελική του μορφή το εταιρικό-επιχειρηματικό συμφέρον καθίσταται αντιληπτό ως οικονομικό μέγεθος που αντανakλά την ουσία (με την πρωταρχική έννοια του όρου που σημαίνει περιουσία) του εταιρικού νομικού προσώπου. Ως οικονομικό μέγεθος το επιχειρηματικό συμφέρον αποτελεί και μέτρο κρίσης και αξιολόγησης συμπεριφορών. Κατά συνέπεια, το εταιρικό-επιχειρηματικό συμφέρον προσλαμβάνει δεοντολογική διάσταση και υποδεικνύει το μέτρο συμπεριφοράς των μελών της ένωσης, αφετέρου δε λειτουργεί ως πραγματικότητα, *factum*, το οποίο ανά πάσα στιγμή αντικατοπτρίζει την μεταβαλλόμενη οικονομική αξία της εταιρικής επιχείρησης²⁹.

3. Σκοπός και συμφέρον στην ναυτιλιακή επιχείρηση

Σύμφωνα με τα παραπάνω, το νομικό πρόσωπο της πλοιοκτητρίας εταιρείας οριοθετείται από το σύνολο των ναυτιλιακών εργασιών που στοχεύουν στην εκπλήρωση του προορισμού του πλοίου, δηλαδή την εκπλήρωση της ναυτικής του αποστολής (μεταφορά προσώπων ή πραγμάτων, αλιεία, ρυμούλκηση). Το νομικά πρόσωπα τόσο της πλοιοκτητρίας, όσο και της διαχειρίστριας ναυτιλιακής εταιρείας ταυτίζονται με τον κύκλο εργασιών που τείνουν στην εκμετάλλευση του πλοίου. Στην περίπτωση της πλοιοκτησίας οι ναυτιλιακές ενέργειες με σκοπό το κέρδος ασκούνται από τον κύριο του πλοίου, ενώ στην περίπτωση του διαχειριστή ασκούνται από τον τελευταίο, στο όνομα όμως και για λογαριασμό του πλοιοκτήτη ή του εφοπλιστή.

Όλες οι συναφείς προς την ενεργό και αποδοτική ναυσιπλοΐα πράξεις³⁰ συνθέτουν ένα πλέγμα ναυτιλιακών και μη εργασιών που έχουν απώτερο στόχο την πραγματοποίηση της εκμετάλλευσης του πλοίου, δηλαδή της μέγιστης δυνατής οικονομικής απόδοσης του περιουσιακού αυτού αντικειμένου. Ο κύκλος των δραστηριοτήτων της αποτελεί το υλικό υπόβαθρο της εταιρείας που εκφράζει, εξωτερικεύει και υλοποιεί τον σκοπό της.

Η ελληνόκτητη ποντοπόρος ναυτιλιακή επιχείρηση αποτελεί διεθνοποιημένη οικονομική οντότητα υψηλής έντασης κεφαλαίου - το πλοίο ταξιδεύει ανά την υφήλιο - με ενιαία επιχειρηματική δράση, αξιοποιώντας την οργανωτική δομή των υπεράκτιων εταιρειών και τα προνόμια των φορολογικών παραδείσων, ενώ οι εμπορικές δραστηριότητές της είναι διασκορπισμένες ανά την υφήλιο. Ταυτόχρονα, το επιχειρηματικό συμφέρον επιβάλλει την χρήση και οργάνωση των διεθνών δυνατοτήτων και παραμέτρων που προσφέρει η διεθνής παρουσία του πλοίου. Η ελληνική έννομη τάξη έδωσε την δυνατότητα εγγραφής στο ελληνικό νηολόγιο πλοίων που ανήκουν σε αλλοδαπές πλοιοκτήτριες και

29. Β. Αθανασοπούλου, ό.π. σε: Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο, σελ. 760, 763 επ.

30. Α. Κιάντου-Παμπούκη, Ναυτικό Δίκαιο Ι, 2003, σελ. 136

την συνακόλουθη εγκατάσταση των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών στην ημεδαπή³¹.

Συνεπώς, η κατάτμηση της επιχειρηματικής δραστηριότητας σε μεμονωμένα νομικά πρόσωπα τα οποία είναι εγκατεστημένα σε διαφορετικές χώρες δημιουργεί διαφορετικά επιχειρηματικά συμφέροντα, συνενωμένα στο κοινό συμφέρον της επιχείρησης, με αποτέλεσμα ανταγωνισμό εφαρμοστέων δικαίων. Το επιχειρηματικό συμφέρον εκάστης πλοιοκτήτριας εταιρείας ακτινοβολεί το/ και ακτινοβολείται από το υπέρτερο ομιλικό συμφέρον του ναυτιλιακού επιχειρηματικού συνόλου που συνέχει και άλλα εταιρικά σχήματα.

Το τελικό επιχειρηματικό συμφέρον της ναυτιλιακής εταιρείας αντανakλά τη μόνιμα μεταβαλλόμενη οικονομική της αξία και δεν παραμένει περικλειστο σε εθνικά όρια. Ως οικονομικό μέγεθος αντανakλά την παρουσία της ναυτιλιακής εταιρείας. Ως συνισταμένη των επιμέρους συμφερόντων που δημιουργεί η υλοποίηση του εταιρικού σκοπού, το τελικό επιχειρηματικό συμφέρον προσλαμβάνει και δεοντολογική διάσταση και υποδεικνύει μέτρο συμπεριφοράς και αξιολογική κρίση δικαιοσύνης³².

III. Διαφοροποίηση πραγματικής και καταστατικής έδρας στις αλλοδαπές εγκατεστημένες στην Ελλάδα ναυτιλιακές εταιρείες

1. Δυσχέρειες προσδιορισμού της πραγματικής έδρας στις ναυτιλιακές εταιρείες

Σύμφωνα με το άρθρο 10 ΑΚ «Η ικανότητα του νομικού προσώπου ρυθμίζεται από το δίκαιο της έδρας του». Η νομολογία, μη διακρίνοντας του νομοθέτη μεταξύ πραγματικής και καταστατικής έδρας, υιοθέτησε την έννοια της πραγματικής έδρας. Κατά τον καθηγητή Μαριδάκη, ο οποίος θεμελίωσε την θεωρία της πραγματικής έδρας³³, η διοίκηση του νομικού προσώπου αποτελεί «το στοιχείο εκείνο που καθιστά απτή την ύπαρξη της αυθύπαρκτης ιδεα-

31. Ως προς την δομή της ελληνόκτητης ναυτιλιακής επιχείρησης, βλ. *Λ.Ι. Αθανασίου*, Η μεταχείριση των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών από τη νομολογία, *Lex and Forum* 2022, σελ. 28.

32. «..... στο ζήτημα της αρχής που πρέπει να διέπει την ορθή τάξη των συμφερόντων, και, ιδίως, του ποιού συμφέρον πρέπει να ικανοποιηθεί και σε ποιό βαθμό και κατά ποιό τρόπο, οδηγεί δηλαδή, εν συντομία, στο ζήτημα της δικαιοσύνης»: *Α. Χάνος*, ό.π. σε: *Αγαθό, συμφέρον και δίκαιο*, σελ. 598, υποσημ. 84.

33. *Γ. Μαριδάκης*, *Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο*, Τόμος Α', 1967, 2η έκδ., σελ. 440: «Πολιτεία εις την οποίαν είναι εγκατεστημένη η έδρα της διοικήσεως δεν είναι η απλώς οριζομένη εις την συστατικήν πράξιν, αλλά η Πολιτεία εις την οποίαν πράγματι είναι εγκατεστημένη η έδρα».

τής οντότητας ως οργανισμού”³⁴. Η διοίκηση του νομικού προσώπου βρίσκεται σε εκείνο τον τόπο, από τον οποίο οι ιστάμενοι στην κορυφή του ν.π. κατά τον οργανισμό του, εξαπολύουν τις εντολές που πραγματώνουν τον επιδιωκόμενο σκοπό του³⁵. Με τον τρόπο αυτό προστατεύονται από την σκοπιά της εγγύτητας οι συναλλασσόμενοι με την εταιρεία τρίτοι.

Η ως άνω κλασσική θεώρηση της πραγματικής έδρας που ταυτίζει το κέντρο λήψης αποφάσεων με τον τόπο εκτέλεσής τους, ανταποκρίνεται στη θεωρητική ανάλυση του επιχειρηματικού-εταιρικού συμφέροντος που ξεδιπλώνει όλο το εύρος των εκφάνσεών του σε χωρικά περιορισμένα όρια. Τούτο, όμως, δεν συμβαίνει στην περίπτωση των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών, όταν έχουν την πραγματική τους έδρα στην Ελλάδα, διότι η άσκηση της ναυτιλιακής δραστηριότητας μέσα από τον συγκερασμό εταιρικών σχημάτων διασπά τον ενιαίο χαρακτήρα του εταιρικού - επιχειρηματικού συμφέροντος.

Στον αντίποδα των ανωτέρω ευρίσκεται η θεωρία της καταστατικής έδρας ή θεωρία της ίδρυσης ή δημιουργίας ή συσσωματώσεως, σύμφωνα με την οποία η ίδρυση και η εσωτερική λειτουργία μιας εταιρείας διέπεται από το δίκαιο του τόπου, στον οποίο η συγκεκριμένη εταιρεία διατηρεί την καταστατική της έδρα, δηλαδή το δίκαιο που οι ιδρυτές επέλεξαν για να ιδρύσουν και να εξασφαλίσουν την ενσωμάτωση (incorporation) της εταιρείας³⁶ και δίνει το προβάδισμα στην βούληση των ιδρυτών³⁷. Η θεωρία της ιδρύσεως δεν παρουσιάζει τα μειονεκτήματα της θεωρίας της έδρας, δημιουργεί δε ασφάλεια δικαίου διότι αποβλέπει πάντα στην καταστατική έδρα, ενώ ταυτόχρονα υπηρετεί τις σύγχρονες απαιτήσεις κινητικότητας των εταιρειών και μεταφοράς της διοίκησής τους ή εγκαταστάσεως περισσότερων κέντρων διοίκησης.

34. Γ. Μαριδάκης, ό.π., σελ. 436.

35. Γ. Μαριδάκης, ό.π., σελ. 437· Η. Κρίσπης, Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, ειδικό μέρος, τεύχος Α', Πανεπιστημιακά παραδόσεις, 1967-1968, σελ. 106· Δ. Ευρυγένης, Ιδιωτικόν διεθνές δίκαιο, 1973, σελ. 208· Σπ. Βρέλλης, Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, 2001, Β' έκδοση, σελ. 149· Γραμματικάκη-Αλεξίου/Παπασιώπη-Πασιά/Βασιλακάκης, Ιδιωτικό διεθνές δίκαιο Β' έκδοση, 1998, σελ. 130· Χ. Παμπούκης, Νομικά πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, 2002, σελ. 80-81. Αναλυτικά για την έννοια της πραγματικής έδρας: Κ. Παμπούκης, Ίδρυση και Αναγνώριση Εταιριών στα όρια της Κοινότητας, Ελ-λδνη 1995, σελ. 246 επ.· Γ. Αργυρός, Η «μετανάστευση» των εταιριών και το Ευρωπαϊκό Δίκαιο: Νομολογιακές τάσεις και νομοθετικές πρωτοβουλίες, ΔΕΕ 2002, σελ. 28. Επίσης από την νομολογία: ΑΠ 616/1976, ΕΝΔ 1976, σελ. 395.

36. Κ. Παμπούκης, Αναγνώριση Αλλοδαπών Εταιριών, ιδίως στα πλαίσια της Ευρωπαϊκής Κοινότητας, ΕΕΕυΔ 1994, σελ. 209 επ.· Γ. Αργυρός, Η «μετανάστευση» των εταιριών και το Ευρωπαϊκό Δίκαιο, ΔΕΕ 2002, σελ. 27.

37. Ι. Παπαδημόπουλος, Το τέλος της θεωρίας της έδρας και η επικράτηση της θεωρίας της ίδρυσης στο κοινοτικό δίκαιο: υπό το φώς της από 5.11.2002 απόφασης του ΔΕΚ, ΔΕΕ 2003, σελ. 393, 395.

2. Εννοιολογικά στοιχεία της πραγματικής έδρας του νομικού προσώπου

Τα στοιχεία που προσδιορίζουν την έννοια της έδρας δεν είναι αντικειμενικά, με αποτέλεσμα να δημιουργείται δυσκολία στην διατύπωση ενός γενικού και αφηρημένου κανόνα ως προς την έννοια της πραγματικής έδρας³⁸. Στην νομολογία αναφέρονται ως κριτήρια προσδιορισμού της πραγματικής έδρας ο τόπος της «εν τοις πράγμασι» εγκατάστασης της διοικήσεως³⁹, ο τόπος από τον οποίο αποστέλλονται προς στα όργανα της εταιρείας οι γενικές εντολές⁴⁰, το κέντρο των αποφάσεων της διοίκησης και ο τόπος κατεύθυνσης της δραστηριότητάς του νομικού προσώπου, καθώς και ο τόπος κατάρτισης κάθε φύσεως δικαιοπραξιών για λογαριασμό του ή διενέργειας πράξεων για την επίτευξη του σκοπού του⁴¹. Αποφασιστικής σημασίας⁴² είναι ο τόπος στον οποίο λαμβάνονται οι σημαντικότερες αποφάσεις για την λειτουργία της και λαμβάνει χώρα η διεύθυνσή της⁴³: «... ο τόπος που είναι εγκατεστημένα τα όργανα που κινητοποιούν τον οργανισμό του νομικού προσώπου της εταιρείας, δηλαδή ο τόπος, στον οποίο συντελούνται οι σπουδαιότερες εκδηλώσεις της υποστάσεώς του και ασκείται πράγματι η διοίκηση και λαμβάνονται οι βασικές για την λειτουργία του αποφάσεις και όχι ο τυχόν διάφορος τόπος που κατονομάζεται απλώς ως έδρα στο καταστατικό του»⁴⁴.

Η νεότερη νομολογία και θεωρία διακρίνουν από την έδρα του νομικού προσώπου την εγκατάστασή του σε έναν τόπο. Ως εγκατάσταση νοείται το κέντρο των δραστηριοτήτων του που λειτουργεί ως παρέκταση της μητρικής μονά-

38. Κ. Παμπούκης, Ίδρυση και αναγνώριση εταιρειών στα όρια της κοινότητας, ΕλλΔνη 1995, σελ. 247· ΕφαΘ 3865/1998, ΝοΒ 2000, σελ. 932 = ΔΕΕ 1999, σελ. 726.

39. ΑΠ 1300/1984, ΕλλΔνη 1985, σελ. 41.

40. ΕφαΘ 117/1982, ΕΝΔ 1982, σελ. 71.

41. ΕφαΘ 3865/1998, ΝοΒ 2000, σελ. 932.

42. Στην γερμανική νομολογία αναφέρεται επίσης ως τόπος της πραγματικής έδρας, ο τόπος κατοικίας των μελών του διοικητικού οργάνου της εταιρίας (OLG Hamburg, RIW 1988, 816), ο τόπος απασχόλησης του προσωπικού (OLG München, DB 1986, 1767), ή και ο τόπος προσέλευσης κεφαλαίων (OLG Frankfurt, DB 1990, 1224).

43. Εάν ως έδρα της ανώνυμης εταιρίας δεν εθεωρείτο ο τόπος, στον οποίο πράγματι ασκείται η διοίκηση αλλά ο αναγραφόμενος στο καταστατικό, οι ιδρυτές της ανώνυμης εταιρίας θα μπορούσαν να αναγράφουν στο καταστατικό χώρα διαφορετική από την πραγματική με σκοπό, αφ' ενός μεν την καταστρατήγηση της κειμένης νομοθεσίας, αφετέρου δε την δημιουργία δυσχερειών στην δικαστική της δίωξη, στον τόπο όπου πράγματι δημιουργούνται οι έννομες συνέπειες των ενεργειών της: Στρέιτ/Βάλληνδας, Ιδιωτικών διεθνές δίκαιον, τ. 2/2, 1937, σελ. 82· Ι. Σπυρόπουλος, Ιδιωτικών διεθνές δίκαιον, 1938, σελ. 184.

44. ΕφΠειρ 15/2005, ΠειρΝομ 2005, σελ. 1997 = ΔΕΕ 2005, σελ. 438.

δας ή ως σύνδεσμος με αυτήν⁴⁵, ελλείπει δηλ. από την εγκατάσταση το στοιχείο της σύλληψης, εξωτερίκευσης και πραγμάτωσης του στόχου από την αυθύπαρκτη οικονομικά δρώσα οντότητα.

Ωστόσο, στην πράξη ο τόπος της λήψης των επιχειρηματικών αποφάσεων και ο τόπος πραγμάτωσής τους δεν συμπίπτουν πάντα ούτε χρονικά ούτε τοπικά. Σε ορισμένες περιπτώσεις η πραγματική διοίκηση μιας εταιρείας είναι διασκορπισμένη σε περισσότερες χώρες, διότι η ηλεκτρονική επικοινωνία αντικαθιστά την φυσική παρουσία των μελών του διοικητικού συμβουλίου της εταιρείας σε ένα συγκεκριμένο τόπο (*virtual enterprises*). Σε αυτήν την περίπτωση γίνεται λόγος για πολυκλαδική έδρα, ο προσδιορισμός της οποίας γίνεται με την αποδοχή ενός πλασματικού κέντρου διοίκησης των εταιρικών υποθέσεων⁴⁶. Ειδικά για την ανώνυμη εταιρεία, αναφέρεται ότι η έδρα της είναι δυνατόν να ευρίσκεται είτε στον τόπο διεξαγωγής των γενικών συνελεύσεων, είτε στον τόπο συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου ή ακόμα και στον τόπο της κατοικίας του διευθύνοντος συμβούλου⁴⁷ ανάλογα με την φύση της εξουσίας που απονέμεται από το καταστατικό ή στον τόπο των γραφείων της εταιρείας⁴⁸. Σχετικά με την πραγματική έδρα αλλοδαπής ναυτιλιακής υπεράκτιας εταιρείας έχει κριθεί ότι αυτή βρίσκεται στον τόπο κατοικίας του μοναδικού διευθυντή της ή στον τόπο των γραφείων της εταιρείας ή τέλος στον τόπο όπου πράγματι διεξάγεται η διαχείριση των πλοίων⁴⁹. Έχει κριθεί επίσης ότι η πραγματική έδρα μιας νόμιμα εγκατεστημένης στην Ελλάδα ναυτιλιακής εταιρείας του ν. 791/1978 ήταν ο Πειραιάς, με το σκεπτικό ότι οι μέτοχοι αυτής της εταιρείας είναι Έλληνες και κατοικούν μόνιμως στην Ελλάδα και με το δεδομένο ότι η συγκεκριμένη εταιρεία, που ήταν πλοιοκτήτρια συστεγαζόταν

45. *Somafer S.A. / Saar - Ferngas AG* : «η εγκατάσταση είναι το κέντρο δραστηριότητας που εκδηλώνεται κατά τρόπο διαρκή προς το εξωτερικό ως παρέκταση μητρικής επιχείρησης, εφοδιασμένο με διεύθυνση και τα κατάλληλα μέσα για να επιχειρεί δουλειές με τρίτους, που γνωρίζοντας ότι μπορεί να αποκατασταθεί ένας δεσμός με τη μητρική μονάδα που εδρεύει στο εξωτερικό, δεν χρειάζεται να απευθυνθούν σε αυτή, αλλά μπορούν να κλείνουν τις δουλειές τους με το κέντρο δραστηριότητας που αποτελεί την παρέκταση...»: Ν. Γερασίμου, ό.π. σελ. 137, σημ. 225 και Λ. Ι. Αθανασίου, Η Διασυνοριακή πτώχευση της ναυτιλιακής επιχείρησης, 2015, σελ. 219 επ.

46. Κ. Παμπούκης., Ίδρυση και αναγνώριση εταιριών στα όρια της κοινότητας, ΕλλΔνη 1995, σελ. 247· D. Zimmer, Internationales Gesellschaftsrecht im 21. Jahrhundert: Festschrift für Marcus Lutter, 2000, σελ. 231, 237.

47. Σύμφωνα με την Εφαθ 3865/1998, ΝοΒ 2000, σελ. 932, η πραγματική έδρα της ανώνυμης εταιρείας βρίσκεται στον τόπο της μόνιμης κατοικίας μελών της διοίκησης.

48. ΑΠ 591/2002, ΔΕΕ 2003, σελ. 187· ΑΠ Ολ. 2/1999, ΕπισκεΔ 1999, σελ. 451= ΕΕμπΔ 1999, σελ. 364 =ΕΝΔ 1999, σελ. 81.

49. ΑΠ 622/1994, ΕΕμπΔ 1996, σελ. 130

με την διαχειρίστρια του πλοίου εταιρεία στον Πειραιά και είχε κοινό εκπρόσωπο με την τελευταία⁵⁰.

Η κρίση των δικαστηρίων της ουσίας ως προς τον προσδιορισμό της πραγματικής έδρας του νομικού προσώπου δεν υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου⁵¹, διότι αφορά μία πραγματική κατάσταση και όχι μία νομική έννοια. Αντιθέτως, υπόκειται στον έλεγχο του Αρείου Πάγου η κρίση περί της τυχόν εφαρμογής της πραγματικής ή καταστατικής έδρας, καθώς και περί των στοιχείων που συγκροτούν και τις δύο αυτές έννοιες⁵².

3. Η εξαίρεση από την θεωρία της πραγματικής έδρας για τις ναυτιλιακές εταιρείες

Ο ν. 791/1978 ορίζει για τις ρητά αναφερόμενες στο κείμενό του ναυτιλιακές εταιρείες⁵³, οι οποίες συστήθηκαν κατά τους νόμους αλλοδαπής πολιτείας, ότι διέπονται ως προς την σύσταση και την ικανότητα δικαίου από το δίκαιο της χώρας της καταστατικής τους έδρας, αδιαφόρως της πραγματικής τους έδρας.

Η ως άνω ρύθμιση του ν. 791/1978 δεν αποτελεί μόνον κίνηση έκτακτης διάσωσης των εγκατεστημένων στην ημεδαπή αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών, αλλά και έκφραση αυθεντικής ερμηνείας της πραγματικής βούλησης του νομοθέτη, να αναγνωριστούν τα επίδικα νομικά πρόσωπα ως έχοντα νομική υπόσταση στην ελληνική έννομη τάξη. Πράγματι, η εγκατάστασή τους λαμβάνει χώρα μετά από σχετική έγκριση της Διοίκησης, κάτι το οποίο σημαίνει ότι η ημεδαπή έννομη τάξη υποδέχεται και αναγνωρίζει την βούληση των προσώπων που απαρτίζουν αυτό το νομικό πρόσωπο να δρουν υπό το πέπλο της αλλοδαπής εταιρικής μορφής. Πρόκειται για την ρητή έκφραση της βούλησης του ιστορικού νομοθέτη της συγκεκριμένης περιόδου να διευκολύνει την εγκατάσταση της ελληνόκτητης ναυτιλίας στην Ελλάδα. Ο ν. 791/1978 ως προς το υλικό πεδίο εφαρμογής του ίσταται σε αρμονία με το δογματικό πλαίσιο του εταιρικού ναυτιλιακού δικαίου και κυρίως με την χωρική διάσπαση επιχειρηματικών συμφερόντων της ναυτιλιακής επιχείρησης. Στο σημείο αυτό αξίζει να σημειωθεί ότι το ναυτικό δίκαιο προηγείται των εξελίξεων του δικαίου και τις επηρεάζει. Τα ζητήματα της μεταφοράς της έδρας στο ενωσιακό δίκαιο κατέστησαν σαφή την διάσπαση του επιχειρηματικού-εταιρικού συμφέροντος και τον συνεπαγόμενο δυισμό των εδρών.

50. ΕφΠειρ 902/2002, ΕΕμπΔ 2002, σελ. 832.

51. ΑΠ 622/1994, ΕΕμπΔ 1996, σελ. 130.

52. *Vrellis*, *Le droit applicable aux sociétés en Grèce*, Κοινοδίκιον 1997, σελ. 5-6.

53. Βλ. ανωτέρω Ι.2.

Η νομολογία κατά την εφαρμογή αυτής της διάταξης διήλθε διαφορετικές φάσεις: Στην πρώτη φάση εξέλιξής της, προσδόθηκε ευρύτατο πεδίο εφαρμογής στο δίκαιο της καταστατικής έδρας⁵⁴, υπό την έννοια ότι από το δίκαιο της καταστατικής έδρας διέπονται όλα τα ζητήματα τα σχετικά με τις εταιρείες του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 791/1978⁵⁵. Στη δεύτερη φάση της νομολογίας με απαρχή την απόφαση της ΟΛ ΑΠ 2/1999⁵⁶ ακολουθήθηκε μία συσταλτική ερμηνεία και προσέγγιση, σύμφωνα με την οποία η ρύθμιση του ν. 791/1978 ως εξαιρετική, αφορά μόνο τα θέματα σύστασης και ικανότητας δικαίου του νομικού προσώπου και μόνο ως προς αυτά θα εφαρμοστεί το δίκαιο της καταστατικής έδρας⁵⁷. Στην τρίτη φάση ερμηνείας, την οποία διανύουμε, αλληλοσυγκρουόμενες αποφάσεις⁵⁸ προσπαθούν να οριοθετήσουν το πεδίο εφαρμογής του ν. 791/1978.

Η παραπάνω ρύθμιση διακρίνει το νομικό καθεστώς που διέπει το νομικό πρόσωπο σε δύο διαφορετικά επίπεδα: εκείνο της αναγνώρισης (σύσταση και ικανότητα δικαίου του νομικού προσώπου) και αυτό της λειτουργίας του. Συνεπώς η αναγνώριση του νομικού προσώπου κρίνεται από το δίκαιο της καταστατικής έδρας της εταιρείας, ενώ το σύνολο των σχέσεων του (εσωτερικών και εξωτερικών) διέπεται κατ' αρχήν από το δίκαιο της πραγματικής έδρας. Στο σημείο αυτό έχει ιδιαίτερη σημασία η δογματική θεώρηση της φύσης και ουσίας των υπό κρίση βιοτικών σχέσεων. Το ερώτημα που τίθεται, είναι εάν είναι δυνατή η συνύπαρξη των δικαίων πραγματικής και καταστατικής έδρας, καθώς και το κριτήριο βάσει του οποίου θα επιλεγεί έκαστο εξ αυτών.

Η διάσπαση μεταξύ καταστατικής και πραγματικής έδρας επιφέρει χωρική διάσπαση συμφερόντων, έτσι ώστε να απαιτείται η δικαιοϊκή στάθμιση των συγκρούσεων που λαμβάνουν χώρα, όταν οι αλλοδαπές εταιρείες στοχεύουν να αποφύγουν τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της συγκεκριμένης πολιτείας στην οποία επιχειρηματικά δραστηριοποιούνται⁵⁹.

54. ΑΠ 949/1990 ΕΕμπΔ 1991, σελ. 318· ΑΠ 1627/1986 ΕΕμπΔ 1987, σελ. 289· ΕφΑθ 117/1982, ΕΝΔ 1982, σελ. 70· ΕφΠειρ 1406/1982, ΕΕμπΔ 1983, σελ. 133.

55. Α. Βερνάρδος, Το νομικό καθεστώς των κατά τον ν. 791/1978 αλλοδαπών ναυτικών εταιρειών, ΠειρΝ1979, σελ. 378 επ. Σπ. Βρέλλης, Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο³ 2008, σελ. 153.

56. ΕλλΔνη 1999, σελ. 271=NoB 1999, σελ. 1113.

57. ΑΠ 812/2008, ΕΕμπΔ 2008, σελ. 645· ΑΠ 803/2010, NoB 2010, σελ. 2479· ΑΠ 1421/2014, ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1183/2019, ΕΝΔ 2019, σελ. 81.

58. Α.Ι. Αθανασίου, Η μεταχείριση των αλλοδαπών ναυτιλιακών εταιρειών από τη νομολογία, ό.π., σελ. 42 επ.

59. Χ. Παμπούκης, Νομικά πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, 2002, σελ. 46 επ.

Με την σύγκριση, άλλωστε, των νόμων που περιέχονται σε δύο διαφορετικές έννομες τάξεις διαρρηγνύεται η απαιτούμενη συνοχή στο εφαρμοστέο σύστημα δικαίου και επέρχεται ανασφάλεια δικαίου. Σε κάθε περίπτωση η επίλυση των συγκρούσεων θα λάβει χώρα μέσω της στάθμισης συμφερόντων και θα επιλεγεί το δίκαιο, το οποίο παρουσιάζει διαρκή, σοβαρό και χαρακτηριστικό δεσμό με την επίδικη βιοτική σχέση. Ως τέτοιο δε τεκμαίρεται το δίκαιο της πραγματικής έδρας του νομικού προσώπου⁶⁰. Το νομικό πρόσωπο δεν επιτρέπεται να υπέρκειται της έννομης τάξης, στην οποία είναι ενεργό μέλος.

Ο ερμηνευτής του δικαίου καλείται να λάβει θέση απέναντι στη διαμορφωθείσα κατάσταση της παγκοσμιοποιημένης αγοράς και της ελεύθερης δράσης και εγκατάστασης των νομικών και φυσικών προσώπων. Πρόκειται για την κατ'εξοχήν περίπτωση διάσπασης του ενιαίου εταιρικού συμφέροντος και διασκόρπισής του πέρα από τα εθνικά σύνορα. Μέσα από την πρακτική των υπεράκτιων εταιρειών ακυρώνονται οι παραδοσιακές θεωρήσεις συντονισμού του εταιρικού συμφέροντος στο πλαίσιο μίας έννομης τάξης. Το εταιρικό συμφέρον διασπάται ανεξέλεγκτα, ενώ παράλληλα διαχέονται τα απαρτίζοντα αυτό επί μέρους συμφέροντα σε μία παγκόσμια οικονομική τάξη χωρίς σαφείς μηχανισμούς ελέγχου. Το επιχειρηματικό συμφέρον γίνεται μονοσήμαντο, αποκλειστικά κερδοσκοπικό, διότι απελευθερώνεται από τις εγγενείς με αυτό αντίρροπες δυνάμεις των επιμέρους συμφερόντων του, που κανονικά προστατεύονται από τις εθνικές έννομες τάξεις.

Θεωρητικά συμπεράσματα

Οι διατυπωθείσες θεωρίες ως προς το εφαρμοστέο δίκαιο επί των εγκατεστημένων στην Ελλάδα αλλοδαπών εταιρειών αναδεικνύουν προβληματικές που συνάπτονται με την έννοια και την δημιουργία της νομικής προσωπικότητας καθώς επίσης και με την νομική κατάσταση του νομικού προσώπου. Η παραδοχή της θεωρίας της (πραγματικής) έδρας αντανάκλα την δογματική θεμελίωση της νομικής φύσης της νομικής προσωπικότητας ως αυθύπαρκτης ιδεατής οντότητας, της οποίας η ύπαρξη καθίσταται απτή μέσα από την συγκρότησή της σε οργανισμό, στον τόπο όπου εδρεύει το κέντρο των δραστηριοτήτων της. Το νομικό πρόσωπο αποτελεί μια αυθύπαρκτη οντότητα του δικαίου με συγκεκριμένες υποχρεώσεις και δικαιώματα, η οποία εντάσσεται σε μία έννομη τάξη.

Η μεμονωμένη πλαιοκτήτρια εταιρεία αποτελεί τμήμα της ενιαίας επιχειρηματικής οντότητας του ομίλου των εταιρειών, ταυτόχρονα δε αυτοτελή και αυ-

60. Χ. Παμπούκης, Νομικά πρόσωπα και ιδίως εταιρίες στις συγκρούσεις νόμων, 2002, σελ. 230.

τόνομη επιχειρηματική μονάδα. Το επιχειρηματικό της συμφέρον είναι τμήμα ενός ευρύτερου επιχειρηματικού ναυτιλιακού συμφέροντος κατακερματισμένου σε διαφορετικά εταιρικά σχήματα. Το δίκαιο της πραγματικής έδρας είναι λόγω εγγύτητας, ασφάλειας δικαίου και πραγματικής σύνδεσης με τον τόπο της έδρας το αρμόζον να κρίνει όλα τα υπόλοιπα ζητήματα που αφορούν τις εταιρικές σχέσεις. Σύμφωνα με τη βούληση του νομοθέτη, το δίκαιο της καταστατικής έδρας περιλαμβάνει μόνο την εξαίρεση που ρυθμίζει την αναγνώριση και ικανότητα δικαίου του νομικού προσώπου. Σχέσεις που ανάγονται στο επιχειρηματικό συμφέρον που διαμορφώνεται μέσα στον κύριο χώρο έκφρασης και εξωτερίκευσής του, αρμόζει να κρίνονται με το δίκαιο της πραγματικής έδρας, ενώ ο ερμηνευτής του δικαίου παρεμβαίνει διορθωτικά όταν παραγκωνίζονται οι κανόνες αναγκαστικού δικαίου της χώρας εγκατάστασης.

Regulating autonomous shipping in the UK¹

George Leloudas

Professor, Institute of International Shipping and Trade Law, Swansea University

1. Introduction

While work is carried out for some time to develop Maritime Autonomous Surface Ships (MASSs) that can be used commercially, there is a risk that such technological developments are ahead of the current legal and regulatory framework, requiring regulatory adjustments within a short period of time. In fact, the International Maritime Organisation (IMO) has recently concluded a regulatory scoping study,² where it was noted that the best way to address this issue is through the development of a goal-based legal instrument. The initial target date for developing such an instrument is set, rather optimistically, for 2028.

However, regulatory challenges could be addressed more efficiently by national law, clearing the path for the operation of MASSs in internal and territorial waters. The UK is actively considering this option and the Maritime & Coastguard Agency (MCA) has been active in this area. The purpose of this paper is to highlight the regulatory and legal challenges that need to be addressed so that MASSs can operate within UK territorial waters without complication. As part of its scoping exercise, the IMO divided MASSs into four categories (referred to as “degrees”):

Degree One: Ship with automated processes and decision support: Seafarers are on board to operate and control shipboard systems and functions. Some operations may be automated and at times be unsupervised but with seafarers on board ready to take control.

1. This paper is partly based on the research conducted under the project “Remote Controlled and Autonomous Shipping: UK Based Case Study” that was funded by Assuring Autonomy International Programme. The project was a collaborative effort of Professor Baris Soyer, Professor Andrew Tettenborn and Professor George Leloudas. As such, the paper refers to all three as authors acknowledging their respective contributions.

2. Published on 3 June 2021 and available here: MSC.1-Circ.1638 - Outcome Of The Regulatory Scoping Exercise For The Use Of Maritime Autonomous Surface Ships... (Secretariat).pdf (imo.org) (last accessed 3 January 2022).

Degree Two: Remotely controlled ship with seafarers on board: The ship is controlled and operated from another location. Seafarers are available on board to take control and to operate the shipboard systems and functions.

Degree Three: Remotely controlled ship without seafarers on board: The ship is controlled and operated from another location. There are no seafarers on board.

Degree Four: Fully autonomous ship: The operating system of the ship is able to make decisions and determine actions by itself.

This categorisation is admittedly open to criticism for being over-simplistic, but it is a good starting point, and given its adoption by the IMO's Maritime Safety Committee for its future regulatory work, this paper will work from it too. Also for the purposes of this study three assumptions have been made: i) a cargo vessel will navigate from a UK port to another UK port staying entirely within UK territorial waters; ii) this vessel is registered in the UK and iii) this craft will have a varying degree of autonomy, i.e. it will be mainly controlled remotely (from a location in the UK) but will have autonomous navigation/operation-capability which will be activated in some cases.

In the course of addressing legal and regulatory challenges ahead, one should not lose sight of the fact that the issues emerging will not come under the purview of a single regulatory body. Different national regulators need to engage in this exercise and this paper is structured accordingly.

2. Regulatory Bodies Responsible for Ship Operations and Safety

The MCA is the administrative authority responsible for this area of law and has the legal power to pass any relevant secondary legislation. Nevertheless, primary legislation, e.g. amending certain provisions of the Merchant Shipping Act 1995 (MSA), may be required as well, which is outside the powers of the MCA and will require Parliamentary time.

2.1. Remote Control Centres (RCCs)

It is obvious that RCCs will play a crucial role in the operations of the MASSs by way of remote command, control and/or monitoring. Obviously, the current maritime conventions and national regulations are silent on the functional and operational requirements of such centres. This is something that need to be addressed as a matter of urgency, ideally in consultation with those developing such technology.

Similarly, there is a legal vacuum when it comes to the qualifications and training that the personnel working in such centres are required to have. One would expect such personnel to have a good understanding of navigational matters, as with seafarers; but given that they are not expected to go on board, some matters relevant to traditional seafarers' qualifications may be able to be omitted. Conversely, however, some further qualifications may well be necessary: notably, a good technical knowledge of the relevant computer and communication systems, how to deal with an emergency within the RCC and how to respond to an emergency condition on board the vessel or in respect of a maritime search and rescue (SAR) request.

There are also two matters of specific importance concerning RCC personnel. First, it is vital to define the technical legal status of the person in an RCC who assumes command of a MASS. It would make sense to view them equivalent to a conventional master, especially given that the relevant international regime requires flag states to ensure that each ship under their flag is in charge of a master. However, this in turn creates a need to look again at a number of international conventions that clearly assume (and arguably by implication require) the presence of a master on board. For example, under the STCW 1978 it is stated that officers in charge of the navigational watch should be physically present on the navigating bridge or in directly associated locations, such as a chartroom or bridge control room at all times. It is very doubtful whether an RCC would be considered as being a navigational bridge. Secondly, and perhaps more fundamentally, it is essential to specify the relationship between the different persons in an RCC responsible for a MASS. Discussions with the builders of such vessels have revealed that the chain of command in respect of such vessels may be different from conventional ships. In a case when the connection between the MASS and the RCC is lost (e.g. because of an accident, a technical problem or for that matter a deliberate cyber-attack), the system ought to be able to take immediate control of the MASS since those working in the RCC, while they will be expected to re-establish communication or control as soon as possible, may not be able to do so for some time. However, at this point other problems arise. What happens in cases where the RCC system itself fails or malfunctions and accordingly the operator fails to maintain command of the vessel? What if there is an excessive delay in activation of the autonomous functions? These will have a significant bearing on the potential liability of the operator; but more significantly it is essential for regulators to specify technical requirements expected of an RCC to prevent such things happening as far as possible.

In other words, apart from qualifications and training for RCC personnel, regulation needs to specify (i) how the co-ordination between different units

will be achieved; (ii) the role and function of each operator within the RCC; (iii) what technical requirements and designs an RCC should have to ensure safe operations; and (iv) the safety management system that needs to be put in place. The authors believe that such regulatory specification will play a key role when it comes to attributing liability to various parties, especially operators, for their default or negligence.

3. Port and Harbour Authorities

Port and harbour authorities have significant power (coming from various pieces of legislation) when it comes to which vessels and on what condition could use areas that come under their jurisdiction. Their cooperation is vital in order to ensure that MASSs will operate within UK waters.

3.1 Access to Ports

The use of ports in the United Kingdom is subject to a combination of national and local regimes. Most ports are governed by the general provisions of the Harbours, Docks and Piers Clauses Act 1847 and the Harbours Act 1964 (or in the case of ports attached to naval installations, the Dockyard Ports Regulation Act 1865). In addition, most ports are also subject to local rules made under various subordinate legislative powers.³

Current English port law was not drafted with MASSs in mind. Nevertheless, there is, it seems, no general rule of port law that can be construed as requiring vessels to be controlled by a crew on board, or indeed to have a crew at all. MASSs therefore on principle have as much right to use English ports as any other vessels. On the other hand, since ports have the right to regulate their mode of use,⁴ subject to the principles of non-discrimination,⁵ it does not seem that there is any general legislative requirement that they accept MASSs. If a port so wished, it could therefore exclude MASSs entirely by insisting that vessels using it are crewed.

3. There is, for example, a general power to make bye-laws under s.83 of the Harbours, Docks and Piers Clauses Act 1847 Act and also under ss.3, 5, 6 and 7 of the Dockyard Ports Regulation Act 1865.

4. Notably because of the power to issue bye-laws under s.83 of the Harbours, Docks and Piers Clauses Act 1847, and harbour directions under ss.40A-40D of the Harbours Act 1964.

5. Provided for by s.33 of the Harbours, Docks and Piers Clauses Act 1847 (“Upon payment of the rates made payable by this and the special Act, and subject to the other provisions thereof, the harbour, dock, and pier shall be open to all persons for the shipping and unshipping of goods, and the embarking and landing of passengers”).

Assuming a port authority has no wish to exclude MASSs altogether, two following two matters call for urgent regulatory action:

- a. The reconsideration of specific rules which, although not designed to do so, incidentally make the use of MASSs in ports impossible. For example, within the limits of the Humber port a power-driven vessel of any size while underway is required to have a competent person on the bridge,⁶ not to navigate without at least two people on board,⁷ and to keep at least one person on board when moored⁸ or anchored.⁹ In the Port of Plymouth it is illegal to anchor in or near any of certain navigable channels without someone being on board,¹⁰ to navigate anywhere in the harbour without maintaining a VHF listening watch in the wheelhouse,¹¹ or without maintaining a competent helmsman in a steering position when a vessel is under the control of an automatic pilot.¹² In addition, all vessels are required to render assistance on request to lifeboats, coastguard and other official vessels, which may be difficult if a vessel is unmanned.
- b. Legislation relating to ports frequently refers to the duties of the “master” of a vessel. This is defined in s. 3 of the 1847 Act and other legislation¹³ as the “person having the command or charge of the vessel for the time being”. Unfortunately, such a definition may be difficult to apply to a vessel under control from an RCC, and well-nigh impossible where a vessel is sailing entirely autonomously.

From this analysis, it is clear that at least two changes are necessary:

- (i) The owners or operators of a MASS should be required by law to nominate a person to fulfil the statutory role of “master”, to whom notices required to be sent to the “master” can be communicated;
- (ii) It should be provided in law that, in the case of a MASS, any legal penalty or liability attaching to the “master” should attach to the above person, and should also attach to the registered owner of the

6. Humber Navigation Byelaws 1990, Byelaw 8.

7. Ibid, Byelaw 11(1).

8. Ibid, Byelaw 27.

9. Ibid, Byelaw 31.

10. Dockyard Port of Plymouth Order 1999 (SI 1999/2029), Sch.1, Art.3.

11. Ibid, Sch.1, Art.36.

12. Ibid, Sch.1, Art.39.

13. See s.2 of the 1865 Act and s.57 of the Harbours Act 1964, and numerous local orders and bye-laws.

vessel. This could be done by a general legislative provision stating that wherever effective control of a vessel was being exercised by a person not on board, then any legal penalty or liability arising under any enactment should, unless the context required otherwise, attach to that person.

3.2 Pilotage

There is little international regulation on issues concerning pilotage,¹⁴ so regulating such matters is entirely within the purview of any national state concerned. As far as the UK is concerned, the Pilotage Act 1987 creates “competent harbour authorities” which have the power in relation to the regulation of shipping movements and the safety of navigation within harbours and other areas that come under their jurisdiction.¹⁵ There are over ninety competent harbour authorities in the UK. Under the Pilotage Act 1987, the authority has power to determine whether pilotage should be compulsory in their respective areas of competence,¹⁶ to set the requirements for licensing of pilots¹⁷ and to grant pilotage exemption certificates.¹⁸

Obviously, the rules as they currently apply do not make any provision for remotely controlled or autonomous vessels. The authors believe that the following issues need to be considered and regulated as a matter of priority:

- (a) There is an urgent need to specify the nature of the pilotage services to be offered to such vessels. It would make little sense for a pilot to come on board of a vessel operated through an RCC or navigating autonomously, unless there was a pressing need. For such vessels, one

14. Save for two exceptions. First, the Recommendations published by the IMO in 2003 on the training of, and operational procedures for, maritime pilots other than deep sea pilots: IMO Resolution A. 960(23) of 5 December 2003. Second, in the case of collisions, the Brussels Convention 1910 requires that the owner of a vessel be responsible for the actions of a compulsory pilot.

15. See s.1 (1) of the Pilotage Act 1987.

16. See s. 7 of the Pilotage Act 1987. For example, Pilotage Directions 2019 South Wales, published by ABP South Wales, stipulate that pilotage is compulsory in the following instances: i) All vessels or tows of over 85.00 m length overall; ii) All vessels or tows of over 20.00 m length overall carrying: a) Dangerous or noxious liquid substances in bulk b) Twelve or more passengers. c) Explosives. iii) All vessels that are engaging the assistance of “Harbour tugs” iv) All vessels or tows of more than 60 m but less than 85 m unless a bona fide deck officer has navigated the port on that vessel or a vessel of a similar class in the past 12 months.

17. See s. 3 of the Pilotage Act 1987.

18. See s. 8, *ibid*.

would expect pilotage services to be offered remotely. In fact, Finland has passed legislation enabling remote controlled pilotage.¹⁹ There is no obstacle in the UK legislation for the introduction of a similar pilotage service. A “pilot” in UK legislation is described as “any person not belonging to a ship who has the conduct thereof”.²⁰ Therefore, it is not a legal requirement that the pilot should be on board the vessel they are assisting.

- (b) Assuming that remote pilotage is the way forward for MASSs, the following issues should also be addressed: (i) Competent harbour authorities need to put in place rules concerning training and operational procedures for remote pilots. It would certainly help if such requirements were consistent nationally, so perhaps a national body, such as the MCA, should assume the role of determining such regulatory standards. (ii) Computer systems running a ship must be able to switch over, to allow input from a remote pilot. This is a technical issue but illustrates the need for regulators to work closely with manufacturers of MASSs. (iii) It is imperative to determine the legal status of the remote control operator and it would make sense to attribute this person a status akin to the status of a master. Even so, a critical question remains: what if a vessel is under remote pilotage and the controller feels (for example because the pilot is patently incompetent or drunk) that they need to intervene to retake control? The authors are of the view that MASS systems should be required to be developed in a way that the remote operator retains ultimate control in such a case.²¹
- (c) Another issue regarding pilotage that needs to be addressed is whether MASSs could be exempted from compulsory pilotage. It is, for example, in the discretion of the competent harbour authority to request such vessels to operate at Degree 4 (in full autonomy) at certain areas. In that scenario, there is a case to argue that a blanket exemption should be issued for MASSs especially given that in that mode of operation manual override of the autonomous systems of a MASS will not be

19. L. 51/2021, amending the Pilotage Law 2003.

20. Section 31(1) of the Pilotage Act 1987.

21. This would not noticeably affect questions of legal liability. A ship operator is always liable for the negligence of a pilot in any case, whether pilotage is compulsory or not. The pilot is theoretically liable to third parties for any negligence they commit, but liability is limited under s.22 of the Pilotage Act 19787 to the comparatively insignificant sum of £1,000.

viable. Although this is a possibility, the authors are of the opinion that apart from public concern over safety, such a move, which will have the effect of reducing the significance of the pilotage sector, will be resisted.

- (d) Lastly, there is a need to determine whether remote control operators can be issued pilotage exemption certificates. Section 8(1) of the Pilotage Act affords a discretion to the competent harbour authority to issue, on application, to any deck officer²² if specific requirements are satisfied.²³ On that basis, assuming that the legal position of a remote operator is treated to be akin to a ship master, there is nothing in the current legislation preventing such operator from making an application to a competent harbour authority to be issued an exemption certificate from pilotage. However, it is the view of the authors that this is also a matter that needs to be addressed explicitly in any relevant regulation.

4. National Legislator

The debate on liability issues emerging from the operation of MASSs is as important as the suitability of a regulatory framework for two reasons. First, if there is a fundamental uncertainty about the underlying liability rules, once such vessels are put into commercial operation, the cost of uncertainty will be inevitably passed on to insurers, that will reflect this uncertainty with an increase in the premiums charged for liability insurance.²⁴ This increase could potentially wipe out the benefits that are expected (i.e., reduction in crew wages and fuel costs) from the development of this technology. Second, inability to predict their liability costs might deter manufacturers from investing in the development of autonomous vessel technology. If apart from product liability issues, there is a possibility that manufacturers face claims from third parties in case of collisions caused by defective algorithms without the benefit of limitation of liability, this increases the risk of the underlying

22. A deck officer, in relation to a ship, includes the master and first mate according to s.31 (1) of the Pilotage Act 1987.

23. If the skill, experience and local knowledge of the relevant person is sufficient for them to be capable of piloting the ship of which (s)he is a deck officer (or that and any other ships specified in the certificate) within its harbour or such part of its harbour as may be so specified; and in any case where it appears to the authority to be necessary in the interests of safety, that his/her knowledge of English is sufficient for that purpose.

24. See M.G. Geistfeld, Legal Ambiguity, Liability Insurance and Tort Reform, 2011, 60 DE PAUL L REV 539, at 559-56.

investment. In that case, the manufacturers would like to see higher returns to justify the added risk they expose themselves to, or they might pull out of this market altogether.

It is the view of the authors that the current liability rules might need to be reconsidered in some respects and that will require the intervention of the national legislator. Some of the problematic areas are illustrated below.

4.1 Product Liability

Liability for marine casualties is normally thought of in terms of suits brought against shipowners and charterers. Typical situations are cargo claims against the carrying vessel, and claims arising out of collisions brought against vessel owners by the owners of other vessels damaged, together with claims from crew and others injured aboard those other vessels.

But these are not the only possible claims. In particular, one group of potential defendants comprises the producers of safety or control equipment, and for that matter (at least theoretically) shipbuilders. Moreover, as will appear, once control of a vessel passes from crew onboard to operators ashore the liability of third parties, including product liability, may become much more important.

The current state of law is briefly summed up below.

- a) Negligence liability. There is no doubt that the producer of any item, including a compiler of computer software, owes a duty of care to anyone likely to suffer damage or injury as a result of a defect in it. If the product has been negligently manufactured, the manufacturer will be liable to anyone suffering foreseeable injury or property damage as a result, unless there is a probability of intermediate inspection. A similar rule applies to those elsewhere in the distribution chain, such as distributors and suppliers: if a company distributes an item it ought to know is dangerous, or negligently installs it in such a way that damage is foreseeable, it is potentially liable for that damage.
- b) Strict liability. In some cases there is liability for damage done by defective products independently of fault. Under Part I of the Consumer Protection Act 1987, reproducing an EU Directive²⁵ and still in force despite Brexit, the producer of any product, and anyone

25. Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products.

importing it into the United Kingdom, is liable to anyone suffering death or personal injury as a result of that product being unsafe: that is, as a result of it not having that degree of safety which persons generally are reasonably entitled to expect. Negligence does not need to be shown; merely defectiveness, and injury suffered as a result. It should be noted, however, that this liability is subject to a number of restrictions. It only applies to the producer of a physical product, and not to computer software (though where defective software is incorporated into a physical product and causes it to malfunction the latter may itself be defective as a result). And it only applies to defects causing death or personal injury: damage to commercial property, such as ships, cargoes, platforms or harbour installations, is excluded.²⁶

Both heads of liability are potentially significant in the case of our example of an autonomous vessel sailing though UK territorial waters. For example:

- (i) A refrigerated container cargo is destroyed when the temperature in the container unexpectedly rises. The cause is a glitch in negligently-written control software, which prevents temperature readings reaching the control centre to be monitored (or causes adjustment instructions entered onshore not to be transmitted to the vessel and given effect). The writer of the software is potentially liable;
- (ii) A collision occurs between the autonomous vessel and another ship, causing extensive damage to the latter and badly injuring one of her crew. The cause is the failure of a negligently-manufactured onboard sensor on board the autonomous vessel (or a negligently-made servo which would otherwise have caused a change of course). The manufacturer concerned is likely to face liability.
- (iii) A collision occurs between the autonomous vessel and another ship, causing extensive damage to the latter and badly injuring one of her crew. The cause is the failure of a defective engine control mechanism which the person supplying it had reason to know to be an unreliable product. The supplier is potentially liable.
- (iv) A collision occurs between an autonomous vessel and another ship as above, damaging the latter injuring a crew member. The cause of the collision is that the control station at a critical moment loses control of an autonomous ship as a result of an electric “fault” which disabled

26. There is theoretically liability for damage to non-commercial property, but this is of little relevance here.

the controlling computer. An adequate over-voltage protector which would have prevented this could have been built into the relevant hardware, but the assemblers had negligently failed to do this. The assemblers are likely to be liable.

- (v) A crew member on a ship is killed or injured in a collision when an autonomous vessel loses control and hits his own vessel. It is quite possible that (s)he, or her/his estate, may be able to prove that the casualty occurred because of a defect in any one of numerous pieces of equipment or elements of the system. Examples include any of the control or sensing equipment on the autonomous ship; communication equipment on that vessel or in the shore station controlling her; or the detailed control hardware in the latter place. In every case the producer of the equipment, or in the case of equipment imported into the UK the importer of it, is potentially liable for the injury or death.

It is submitted that in order to accommodate MASSs within the scheme of product liability, there is a need for a number of legislative and/or regulatory changes:

- a) **The geographical scope of the Consumer Protection Act 1987.** It is unclear what the territorial extent of the Consumer Protection Act 1987 is. In particular, does it apply to injury suffered on the high seas (assuming that the vessel in our example briefly strays outside territorial waters), or outside the UK land mass but within UK territorial waters? And does it apply to goods produced abroad? This needs to be clarified. In the opinion of the authors, it should be made clear by statute that the Act extends (a) to any injury suffered in UK territorial waters, and (b) to defective products wherever manufactured. Thus, where injury is suffered in UK territorial waters because of a malfunction in defective equipment in a control centre abroad, it should be possible to hold the manufacturer strictly liable wherever the equipment was produced. Marine casualties are, after all, in their nature transnational; and in the context of autonomous ships the positioning of the control centre (or centres) is likely to be entirely arbitrary.
- b) **The applicable law in product liability cases.** The present rules about whether English law, or some foreign system, applies to a product liability claim are entirely inappropriate to the context of autonomous (or for that matter any) shipping law. Contained in retained EU legislation known as the Rome II Regulation, they essentially say that English law applies only to cases where steps were taken to market the offending product in the UK. This is in the authors' view wholly

inappropriate in the context of claims brought in respect of damage caused by defective products aboard a vessel, or products being used or deployed in an autonomous vessel control centre. It is necessary that, in the context of claims for damages arising out of a marine casualty, it should be stated that the rules of English law apply whenever the casualty took place in England or its territorial waters, and wherever the offending property was at the time of the casualty.

4.2 Limitation of Liability

In maritime law, the shipowners and certain others connected with the operation of a ship have traditionally enjoyed a right to limit their liability when facing maritime claims from third parties. Although this privilege has often attracted criticism, it provides the backbone of the liability regime for maritime claims. The ultimate beneficiary of such regime is liability insurers as such limitation enables them to calculate their maximum exposure in case of a maritime incident concerning the vessel they provide insurance cover for.

The UK is party to the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976 as amended by the 1996 Protocol (known as the LLMC 1996).²⁷ Under this regime, the right of limitation is afforded to “shipowners”, “salvors” and “persons for whose acts the shipowner or the salvor responsible”. The registered owner, the charterer and the operator of a seagoing ship are deemed to be within the definition of a shipowner for the purposes of this regime so they are also entitled to limitation of liability.²⁸ When it comes to our remote controlled vessel (with the ability for autonomous navigation) completing its journey from a port in UK to another, a number of issues emerge:

- a) Would it be possible for this craft to limit its liability under the LLMC 1996? The Convention does not define a “ship”; but the MSA 1995 does, stating that “ship” includes “any structure (whether completed or in the course of completion) launched and intended for use in navigation as a ship or part of a ship”. As such the definition is similar to that in s. 313 of the same Act, regarding a “ship” as “every description of vessel used in navigation”, save that an intent to use the vessel in navigation also suffices. To that extent, in so far as s. 313 includes autonomous

27. This has been implemented into English law by ss. 185-186 and Schedule 7 of the Merchant Shipping Act (MSA) 1995. The limits have been amended by the MSA 1995 (Amendment) Order 2016, SI 2016/1061.

28. Article 1.2 of the LLMC 1996.

vessels, so does Schedule 7 providing for the right to limit. On that basis, the authors do not believe this creates any difficulty.

- b) A more difficult question is whether an RCC or those working at a RCC would be entitled to limit their liability in case of a casualty. The authors believe that it is within the spirit of the Convention that where immediate operation of a vessel is entrusted to any third party, that third party should be entitled to limit its liability. Put differently, the term “operator” in the Convention should be construed to include those in control of the ship in an RCC or the RCC itself.
- c) Another point to consider with regard to limitation is the position of a shipowner/operator. The right of limitation is not indefinite and might be lost in some instances. Under the LLMC 1996, for example, a person liable shall not be entitled to limit his liability “if it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.”²⁹ Unless this test is amended, it is submitted that it will be virtually impossible to break the limits if a programming or software error causes a collision between a vessel in autonomous navigation mode and other vessels. In that scenario, it will be rather difficult if not impossible for third parties to demonstrate the personal act or omission of the shipowner/operator. The outcome will probably be the same even if ship managers fail to upload software updates onto the system, as in most instances such a conduct will fall short of “recklessness” required to break the limits.

Last but not least, it is clear that manufacturers, such as software producers and programme designers, will not be able to limit their liability under LLMC 1996 when a recourse action is brought against them by the shipowner or by a third party involved in a collision for malfunction of parts manufactured by them. Whether the right of limitation of liability should be extended to such parties is ultimately a political decision. But it should be pointed out that if it is not, the liability of the builder of an autonomous vessel, or the manufacturer of the systems used to control the vessel, will be higher than the liabilities faced by the shipowner itself. This might have serious

29. Article 4. The same test also applies in other maritime conventions, such as International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading 1968 and Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea 1974/2002. Recklessness is understood to be “a state of mind stopping short of deliberate intention, and going beyond mere inadvertence”. See *R. v. Lawrence (Stephen)* [1981] 1 All ER 974, at p. 978, per Lord Hailsham.

implications in insurance arrangements and cost of liability insurance that manufacturers would need to purchase.

4.3 Salvage

Under the maritime law of salvage, a person who successfully saves a vessel from imminent danger in navigable or other waters is entitled to an award of such sum as is fair and just in the circumstances, taking into account such matters as the degree of skill involved, the value of the property salvaged, the degree of danger and a large number of other factors.³⁰ The principle of salvage is universally (though not identically) applicable in all significant maritime jurisdictions. In England and Wales salvage is governed by the provisions of the Salvage Convention of 1989, incorporated into domestic law by the Merchant Shipping Act 1995. Salvage services need not strictly speaking be rendered under a contract, so that (for example) if a vessel finds another ship abandoned and the crew immediately proceed to save her, a salvage liability will still arise. In practice, however, nearly all salvage today is carried out under contract, with the contract being contained in a standard document, such as Lloyd's Open Form or the US Open Form Salvage Agreement.

The Salvage Convention 1989 predates the introduction of MASSs. In fact a good deal of it carries across quite neatly to autonomous vessels operating in UK waters. This is certainly true as regards its subject-matter: Under the 1989 Convention salvage applies to any "vessel" or "property", a "vessel" being defined as "any ship or craft, or any structure capable of navigation".³¹ There can be no serious doubt that this includes a MASS. Again, if an abandoned vessel is found and brought safely to port, it fairly clearly makes no difference to the nature of the services, or the remedy available to the person providing them, whether was originally crewed or uncrewed.

Nevertheless, there are two points of importance where regulatory intervention is necessary.

- a) **The position of the "master" of a vessel.** The "master" of a vessel plays an important part in the scheme of the 1989 Salvage Convention. S(he) features in at least five instances: (a) Under Art.6.2, "The master shall have the authority to conclude contracts for salvage operations

30. The subject is helpfully summarised in the leading legal text, *Sweet & Maxwell, Kennedy and Rose on the Law of Salvage*, 2021, 10th ed., Ch. 1. 36 See Part 9, Chapter 1, and Schedule 11, Part I.

31. Art.1 (b).

on behalf of the owner of the vessel. The master or the owner of the vessel shall have the authority to conclude such contracts on behalf of the owner of the property on board the vessel.” (b) Under Art.8.2, “The owner and master of the vessel or the owner of other property in danger shall owe a duty to the salvor (i) to co-operate fully with him during the course of the salvage operations; (ii) in so doing, to exercise due care to prevent or minimize damage to the environment; and (iii) when the vessel or other property has been brought to a place of safety, to accept redelivery when reasonably requested by the salvor to do so.” (c) Under Art.10.1, “Every master is bound, so far as he can do so without serious danger to his vessel and persons thereon, to render assistance to any person in danger of being lost at sea.” (d) Under Art.15, “The apportionment between the owner, master and other persons in the service of each salving vessel shall be determined by the law of the flag of that vessel.” (e) Under Art.19, “Services rendered notwithstanding the express and reasonable prohibition of the owner or master of the vessel or the owner of any other property in danger which is not and has not been on board the vessel shall not give rise to payment under this Convention”.

Apart from Art.15, which is inapplicable in the nature of things to a MASS, these provisions can be difficult to apply where a vessel is uncrewed, since in such a case there is no-one who readily answers the description of “master”. To accommodate this problem, there needs in our view to be an amendment to the Merchant Shipping Act 1995. This should state that, for the purposes of the Salvage Convention, where a ship is uncrewed or under RCC control the term “master” shall include the person from time to time in control of the vessel at a relevant control station.

- b) **The place where salvage services are rendered.** The 1989 Salvage Convention defines salvage services as “any act or activity undertaken to assist a vessel or any other property in danger in navigable waters or in any other waters whatsoever.”³² With autonomous vessels, the saving of the vessel from danger might well entail entirely land-based operations. Examples might include the hiring of IT consultants to sort out an onboard computer failure, or to rescue a vessel under computer control from the clutches of cyber-hackers intent on taking her over. Such operations deserve to be treated as salvage. The authors take the

32. Art.1 (a).

view that the Merchant Shipping Act 1995 should be amended to ensure that they are, despite the fact that they may be entirely land-based.

5. Conclusion

The main objective of this paper is to illustrate the legal and regulatory difficulties that a MASS could encounter when navigating within UK waters remotely controlled or autonomously. Obviously, the analysis gets more complicated if a similar vessel attempts to undertake a voyage outside the jurisdiction of the United Kingdom as in that case different international legal regimes would become relevant. However, that discussion is beyond the scope of this paper.

It is worth noting that it will not be within the purview of one single regulatory body to effect all the recommendations made in this paper. At the end, the authors wish to stress the main findings of this paper highlighting which regulatory body or bodies need to engage in their implementation.

Regulatory bodies, led by MCA, would need to consider safety and other technical requirements that need to be put in place. In particular:

a) Defining technical and manning requirements (including training) for RCCs.

1) It is also essential to define the legal status of those working at RCC and i) the role and function of each officer within the RCC; ii) how co-ordination between different units within the RCC will be achieved; iii) safety management system that needs to be put in place at the RCC to ensure safety.

b) It is also essential to specify the design and technical requirements a MASS operating in UK waters should comply with.

Port and competent harbour authorities need to specify:

a) The conditions (technical and manning (including RCC operators)) that a MASS should satisfy prior to being given access to a particular UK port.

b) How far there should be a derogation for the benefit of MASSs from requirements in byelaws that vessels in harbours should in various circumstances have someone on board.

c) How the owners or operators of a MASS could fulfil the role of a “master”- essentially a person to whom notices required to be sent to the master can be communicated. It is also essential to define the legal status of such person- the authors are firmly of the view that any legal penalty, liability attaching to the “master” should attach to this person.

It is also the belief of the author that legislative measures would be necessary on the following matters:

- a) Legislation should make it clear (i) that the Consumer Protection Act 1987 Act applies to any injury suffered in UK territorial waters, and to defective products wherever manufactured; and (ii) that in the context of claims arising out of a marine casualty, the rules of English law apply whenever the casualty took place in England or its territorial waters, and wherever the offending property was at the time of the casualty.
- b) There is a need for legislative intervention (i) to state that, for the purposes of the Salvage Convention, where a ship is uncrewed or under RCC control the term “master” shall include the person from time to time in control of her at a relevant control station; and (ii) to make it clear that operations carried out entirely on land may in a suitable case be classified as salvage.

Smart Contracts in Shipping

Frank Stevens

Associate Professor, Erasmus School of Law

1. Introduction. Possible applications in Shipping

1. Smart contracts, in general, generate considerable interest in the business and legal communities. It should not come as a surprise then that researchers and developers have started thinking about the role smart contracts could play in the maritime industry. At first sight, the possibilities would seem to be manifold. In a shipbuilding contract, a smart contract could be used to automatically pay the agreed instalments when certain trigger events (e.g. keel laying) occur. Leased digital equipment such as radar or ECDIS, or digitally controlled equipment such as engines, could be made to stop functioning if the lessee doesn't make the lease payments. In charter parties, a smart contract could be used to automatically pay the hire, subject to the vessel having met certain performance criteria (e.g. speed), or to automatically calculate and pay demurrage. In marine insurance, a smart contract could be used to automatically collect war premium when and for as long as the vessel navigates in certain areas. In the carriage of goods, smart contracts could be used to automatically pay the freight when the vessel arrives in the port of destination. Stepping outside of the realm of maritime law, events in the carriage of goods (e.g. the delivery of a container to the carrier) could be trigger events for a smart contract to pay the sales price to the seller.

2. When looking further into the matter, however, it quickly becomes apparent that there are many caveats, limitations and risks to be taken into account when actually implementing one of such smart contracts. Before delving into these, however, it is necessary to first define what the term 'smart contracts' means, and then to have a look at some of the required building blocks for smart contracts.

2. What's in a name? 'Smart contracts' defined

3. Anyone interested in IT or legal tech will undoubtedly already have come across the term 'smart contract'. This term however doesn't have a

clear, unequivocal meaning: different authors use this term in different ways and different contexts¹.

4. The term ‘smart contract’ was coined by computer scientist Nick Szabo, first in a short 1994 paper² and then more elaborately in 1996³. In the 1994 paper, a smart contract was defined as “*a computerized transaction protocol that executes the terms of a contract*”. In lectures, Szabo has also defined a smart contract as “*a protocol that helps execute the terms of a contract*”. An example given is that of a ‘smart lien’ on a car for which the owner has taken out a loan. If the loan is not repaid as required, the smart contract would return control of the car keys to the bank, thus eliminating the need for repossession (‘repo’) companies⁴. In his 1996 paper, the definition is slightly extended to “*a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises*”. The (well-known) example given here is that of a vending machine which dispenses a soft drink or a snack if someone puts in the required amount of money.

5. These two examples however already refer to different *types* of smart contracts. The digital lock on the car’s engine is simply an automated way of enforcing a contractual obligation resulting from a pre-existing loan agreement. In shipping, this would for example be code to automatically pay the first instalment of a ship building contract on steel cutting, the second on keel laying, etc. With the vending machine on the other hand, not only (part of) the performance of the contract is automated, but also the creation of the contract. On a theoretical level, there might be an issue as to whether the vending machine is an offer, which is then accepted by the customer when he puts money into the machine, or whether the vending machine is only an invitation to treat, with the customer making an offer by

1. See also E. Mik, Smart Contracts: Terminology, Technical Limitations and Real World Complexity, Law, Innovation and Technology 2017, Vol. 9:2, 269-300, at para. 2.

2. N. Szabo, Smart Contracts, 1994 (available online from various websites).

3. N. Szabo, Smart Contracts: Building Blocks for Digital Free Markets, Extropy: Journal of Transhumanist Thought #16 (1996), p. 50.

4. The example is not perfect, of course. Car engines today are often controlled by software, and it would indeed be possible to implement a ‘digital lock’ in the engine software that makes it impossible to run the engine if the loan is not paid (See also M. Chauhan, Smart Contracts and Smart Dispute Resolution. Just Hype or a Real Game Changer?, International Journal of Online Dispute Resolution 2020 (7) 2, p. 153). If however the car is digitally locked and the owner is unable or unwilling to make further payments, the bank will still have to physically repossess the car. Furthermore, the car is in the physical possession and control of the owner. If the latter is technically capable (or technically assisted), he might be able to remove or bypass the digital lock.

putting in the money, which offer is then accepted - through the means of the vending machine - by the operator of the machine, but it is clear that in the end there is an agreement between the operator of the machine and the customer for the sale of the snack, followed by automated performance of the delivery obligation of the seller by the vending machine. In today's digital world, online retailers (such as Amazon) are the equivalent of the mechanical vending machines of old. A customer buying goods online enters into a sales contract with the company operating the website in an automated way, which then performs this contract in a largely automated way. In the shipping world, this could be for example a P&I Club that automates the entry process: a ship owner who wants to enter his vessel(s) with this Club could do so entirely online, via a website, with the software automatically deciding on whether to accept the ship owner or not. For (smaller) pleasure craft, it is today already possible to get at least an insurance quote online.

6. With a vending machine or a retail website, the customer's actions are aimed at a specific contract: a sales contract for the snack dispensed by the vending machine, a sales contract for the book sold online by Amazon, a travel insurance policy bought online, etc. There is today however also software that is able to decide autonomously - be it subject to pre-set conditions and limits - whether or not to perform certain actions in the future. In the financial world, such autonomous software agents have been in operation for some time now⁵. In such case, the user of the software has made the decision to install it and has made the decision to click on the 'Start' button of the software, but doesn't know at that time which stock or which currencies the software will buy or sell in the future on his behalf. In those circumstances, it is not immediately clear whether a specific purchase, which the software has made on its own on an automated exchange, is from a legal perspective a (valid) contract or not. In shipping, it would be technically possible to create an automated chartering platform on which vessels can be offered and fixed. A ship owner would then need to make the conscious decision to make his vessel available for charter through this platform, but wouldn't know at that time which actual charter parties would be fixed afterwards. Some authors

5. Art. 4.1 (39) of Directive 2014/65/EU on markets in financial instruments (MiFID 2) defines algorithmic trading as "trading in financial instruments where a computer algorithm automatically determines individual parameters of orders such as whether to initiate the order, the timing, price or quantity of the order or how to manage the order after its submission, with limited or no human intervention (...)".

have termed such transactions, entered into by software (without human intervention aimed at that specific transaction) ‘contracts *ex machina*’⁶.

7. When Szabo wrote his papers, blockchain hadn’t come to the forefront yet⁷. Since then, the blockchain concept has been used as one of the main building blocks for the Bitcoin cryptocurrency, and with the popularity of Bitcoin came the popularity of blockchain. The Bitcoin protocol only provides for a limited set of operations, i.e. those required to handle digital money (‘pay’, ‘view account balance’, etc.). In 2015, another blockchain-based environment (Ethereum) went live, with a much expanded set of operations, specifically aimed at smart contracts. Some authors restrict their definition of a ‘smart contract’ to those smart contracts that function in a blockchain-based system⁸. From a technical point of view, however, that is not necessary⁹. It is perfectly possible to create a smart contract system that is based on traditional, non-blockchain databases. The automotive industry, for example, has used EDI¹⁰ software that automatically orders additional supplies when the stock drops below a certain minimum since the 1980’s¹¹.

8. In some cases, the term ‘smart contract’ is used to describe self-executing applications, which are not related to legal contracts or contractual obligations at all. One could think, for example, of an application that every week collects the hire rates for bulk carriers of different sizes and writes the

6. M. Chauhan, *ibid.*, (7) 2, p. 157; K. Werbach & N. Cornell, *Contracts ex machina*, Duke Law Journal 2017, Vol. 67, 313-382.

7. The blockchain concept was proposed in 1991 by Stuart Haber and Scott Stornetta, but never gained much traction then. It is only since Satoshi Nakamoto used the blockchain concept in his Bitcoin Whitepaper that blockchain became mainstream. See also below, para. 3.1.

8. See, for example, J. Dewey & S. Amuial, What is a smart contract?, <https://news.bloomberglaw.com/business-and-practice/what-is-a-smart-contract/> (last accessed on 28 October 2022); S. Levi & A. Lipton, An introduction to Smart Contracts and their Potential and Inherent Limitations, <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>.

See also M. Giancaspro, Is a ‘smart contract’ really a smart idea? Insights from a legal perspective, *Computer Law & Security Review* 33 (2017), (825), at p. 827, who claims (incorrectly) that smart contracts could not feasibly operate before the development of blockchain technology.

9. See also A. Davola & R. Pardolesi, What is wrong in the debate about smart contracts?, *EuCML* 2020/5, (201), 204.

10. Electronic Data Interchange (EDI), the exchange of information in a standardized, machine-readable format.

11. See for example <https://www.edibasics.co.uk/edi-by-industry/the-automotive-industry/> (last accessed on 31 October 2022).

average rates every Monday to the blockchain.¹² From a lawyer's perspective, such an application has nothing to do with the creation or performance of contracts in the legal sense of the word, and it only causes confusion to term such applications 'smart contracts'.

9. Summarizing, there are, from a legal perspective, (at least) three different types of 'smart contracts'¹³:

- (i) A 'smart contract' may be limited to the automated performance, through software (code), of one or more obligations resulting from a valid pre-existing contract. This pre-existing contract may be in writing or tacit. In what programming language the software is written and on which system the software is executed is irrelevant.

Example: the freight is automatically paid to the carrier when the system detects that the container has arrived at the port of destination.

- (ii) A 'smart contract' may also refer to a system where both the making of the contract and (part of) the performance of the resulting contract are automated through software (code). The actions of at least one of the parties are specifically directed to the resulting contract.

Example: a ship owner buys lube oil from the manufacturer's website. The website is open to the (professional) public and the manufacturer doesn't know in advance who is going to order what at which time, but the ship owner's actions are aimed at buying a specific quantity of lube oil of a specific quality.

- (iii) Finally, a 'smart contract' may refer to an automated system that can itself decide to enter into transactions with another automated system. Such smart contracts are also called 'contracts ex machina'.

Example: stock trading software that can automatically buy and sell stock on an automated stock exchange. Technically, it would probably be possible to create an automated exchange for transport services, on which these services could then be bought by automated software run by manufacturers, exporters, etc.

12. See for example K. Lauslahti, J. Mattila & T. Seppälä, Smart Contracts - How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices?, ETLA Reports No 68 (9.1.2017), <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf>, at p. 17, who list an 'oracle' (data collection) service as an example of a smart contract.

13. See for a different classification the UK Law Commission, Smart legal contracts, November 2021, para. 2.51. (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

From a technical perspective, a ‘smart contract’ could also refer to a piece of software that automatically executes when certain conditions are fulfilled. For example, software that automatically updates a customer’s address when the (digital) companies register indicates that there has been a change of address, or software that pulls a price index into a company’s database¹⁴. Such pieces of software are not directly related to the creation or performance of a contract, and from the legal perspective, it is meaningless and confusing to refer to such software as ‘contracts’¹⁵. In this paper, such software will not be considered further.

3. Blockchain, bitcoin and smart contracts.

10. The brave new world of smart contracts is rife with technical jargon such as blockchain and bitcoin. Lawyers obviously are not - and need not be - computer programmers or IT specialists, but they should have at least a basic understanding of how smart contracts are functioning. It is not possible to (correctly) analyse a reality or to determine which legal rules apply and how they apply without understanding what in essence this reality entails.

3.1 Blockchain and Distributed Ledger Technologies (DLT).

11. A blockchain is, literally, a chain of blocks (of information). Each block that is added to the chain is linked to the previous block in such way that changes made to the contents of a block will cause errors in all of the subsequent blocks. The blockchain concept has come to the forefront of attention with Satoshi Nakamoto’s Bitcoin Whitepaper of 2008, but the concept as such was proposed by Stuart Haber and Scott Stornetta in 1991¹⁶. They were looking for a way to reliably record the date of the digital document. When a file is saved on a computer, the file system will add a date, but it is trivially easy to modify this date and this ‘internal’ date thus has no probative value

14. See for example the first example of a ‘smart contract’ given in *K. Lauslahti, J. Mattila, & T. Seppälä*, Smart Contracts - How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices? ETLA Reports No 68, 9 January 2017, <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf> (last accessed on 28 October 2022).

15. The recent proposal for an EU Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data (COM(2022) 68 final, 23 February 2022) does use the term ‘smart contract’ in this sense, though (Art. 30).

16. *S. Haber and W. Stornetta*, How to timestamp a digital document, *Journal of Cryptology*, 1991, Vol 3(2), p. 99-112.

Haber and Stornetta also patented their solution (US Patent 5,136,647, filed on 4 August 1992).

whatsoever. One way to set the date of a document in stone is of course to hand over a copy of the document to a third party (e.g. a notary public). Haber and Stornetta however were working at the Bell Labs, a research and development company. Many of the documents they would like to have timestamped (e.g. for future patent purposes) were highly confidential and handing over copies of them to third parties would create unacceptable risks. But how can you reliably timestamp a digital document, without revealing the contents of this document to other parties? Their solution involved (i) cryptographic hash functions and (ii) involving the public. A hash function creates a 'hash value' of a file, which can be used as a unique digital ID of that file (see below, para. 3.2). A party that wanted to be able to prove the date of a digital document sent the hash value of that document to the timestamping system, which then combined all of the hash values received during the week into one single 'root' hash which was published in the weekend edition of the New York Times. This root hash value of the first week was then combined with the new hash values received in the next week, and thus included in the subsequent root hash value, and so on. The timestamping system only received the hash values of the documents and was not aware of the contents of those documents. If at a later stage a discussion arose as to whether a certain document already existed at a certain date (say, 12 May 2022), the interested party only needed to produce the document and show that the hash value of this document was included in the 'root' hash value published in the New York Times of the relevant weekend (14-15 May 2022). The system was 'distributed' in the sense that by publishing the root values in the weekend edition of the New York Times, all of the readers of this paper were in fact made witnesses. This database structure is, by its nature, 'append-only', meaning that it is only possible to add records to the database, but not to delete or modify existing records.

12. When in 2008 Satoshi Nakamoto published his White Paper on a system to create a digital currency without relying on or involving a central bank, he used Haber and Stornetta's blockchain concept as the database structure to store transaction information. This digital currency (which Nakamoto called 'Bitcoin') however resides on a peer-to-peer network, and all of the 'nodes'¹⁷ in the network keep their own copy of the blockchain. Nakamoto thus had to solve an additional problem that Haber and Stornetta didn't have - how to ensure that all of these copies of the blockchain remain aligned, so that the network knows which the 'true' state of the blockchain is? The solution is a

17. 'Node' is the name given to a participant in the peer-to-peer network.

‘consensus mechanism’: the true state of the blockchain is what the majority (51%) of the nodes consider to be the true state.

13. Originally a plaything of cryptographers and computer nerds, bitcoin later gained widespread popularity. With this popularity, the blockchain concept as applied in bitcoin essentially replaced the original, ‘simple’ blockchain proposed and applied by Haber and Stornetta. Nowadays, a ‘blockchain’ is often defined as “a distributed, append-only database structure, consisting of blocks of information that are linked together, residing in a peer-to-peer network with a consensus mechanism” - although it has been rightly pointed out that the terminology and the definitions in the blockchain world are far from settled¹⁸. The distributed, peer-to-peer aspect is an addition to the original concept. A blockchain, in its basic sense, can perfectly be implemented on a central server and does not require a peer-to-peer network.

14. In addition to the term ‘blockchain’, the terms ‘DLT’ - Distributed Ledger Technology - or ‘SLT’ - Shared Ledger Technology - are also used. These terms are even vaguer and less-defined than the term blockchain itself. A ‘ledger’ is an accounting term; it is, essentially, a (paper) database of monetary transactions. As bitcoin is a digital currency system, it is easy to see how the term ‘ledger’ came to be used for the database recording the bitcoin transactions¹⁹. Blockchain and DLT/SLT applications however are not limited to monetary transactions. In fact, Haber and Stornetta’s original blockchain was recording information about documents. In the blockchain/ DLT/SLT context, the term ‘ledger’ has no specific meaning; it is simply used as a synonym for ‘database’. To some, DLT/SLT is simply another name for blockchain technology. To others, blockchain is limited to distributed databases that use ‘Proof-of-Work’ as their consensus mechanism, whereas DLT/SLT is a broader concept²⁰, including also distributed databases that use a different consensus mechanism.

18. K. Low & E. Mik, *Pause the blockchain legal revolution*, I.C.L.Q. 2020, 69(14), (135) at p. 137; A. Walch, *The Path of the Blockchain Lexicon (and the Law)*, *Review of Banking and Financial Law* 2016-2017, Vol. 36, (713), at p. 719 et seq.

See also A. Jeffries, ‘Blockchain’ is meaningless, <https://www.theverge.com/2018/3/7/17091766/blockchain-bitcoin-ethereum-cryptocurrency-meaning> (last accessed on 28 October 2022).

19. The 2008 Bitcoin Whitepaper itself does not use or mention the term ‘ledger’.

20. See, for example, Regulation (EU) 2021/694 of 29 April 2021 establishing the Digital Europe Programme and repealing Decision (EU) 2015/2240, which in the Recitals and in Articles 7 and 8 refers to “*distributed ledger technologies (e.g. blockchain)*”.

See also E. Mik, *ibid.*, p. 269-300, at para. 3.

15. Whatever the definition one prefers, it is in any case clear that whenever discussing or analysing blockchain or DLT/SLT, it is crucially important to make sure that all parties involved are actually talking about the same thing. ‘The’ blockchain does not exist, and what is true for one implementation of a blockchain (e.g. Bitcoin) may be completely different for other implementations.

16. It is equally important to remember that blockchain and DLT/SLT are *concepts*, not products. As a theoretical concept, blockchain has by now proven its soundness, but the concept then has to be implemented in practice by a software developer (or, more likely, a group of developers). A car, as a theoretical concept is well-known and well-proven, but it does make a difference whether the actual car has been built by, say, Lada or by Ferrari. Even if blockchain as a concept has proven its value, that does not mean that every existing implementation of a blockchain is well-built and secure²¹.

3.2 Hash functions.

17. An indispensable building block for blockchains are the so-called ‘*hash functions*’, which produce a ‘*hash value*’ of an input file. In its most simple definition, a hash function calculates a fixed-length output for a variable-length input. The input can be anything (a 50 KB plain text file, a 3 MB picture, a 50 MB video, etc.), but the output will always be a value of a predetermined, fixed length (e.g. 128 or 256 bits). In this simple definition, developing a hash function is very easy. It would suffice, for example, to take the first (or last) 256 bits of the input file. For use in a blockchain, however, such a ‘simple’ hash function is useless, as it would be trivially easy to find or to create two different files that produce the same hash value.

18. To identify documents or files and to be used in a blockchain, a ‘cryptographic’ hash function is required. A ‘cryptographic’ or ‘cryptographically secure’ hash function is a hash function as defined above, which meets a number of additional requirements:

- (i) it should be (very) hard to find two different input files that produce the same hash value²². In other words, the hash value should (in

21. See, for an example of an implementation error, <https://arstechnica.com/information-technology/2022/04/major-crypto-blunder-in-java-enables-psyhic-paper-forgeries/> (accessed 17 May 2022): an error in the implementation of ECDSA (Elliptic Curve Digital Signature Algorithm) in Oracle’s Java Framework made it possible to completely bypass a required digital signature.

22. The technical term for this property is ‘collision resistance’.

practice) be a *unique* value: there is only one file that produces this particular hash value.

- (ii) the hash function should be ‘one-way’. This means that it should be (very) hard to reverse the hashing process. A person who knows the hash value cannot (in practice) determine from this hash value what the original input file was.
- (iii) even very small changes to the original input file should result in large changes in the hash value²³. Even minute changes to the input file - e.g. adding a single whitespace, or deleting a comma - should result in a completely different hash value²⁴, so that it is immediately obvious that the file has been changed.

If these requirements are satisfied, the hash value uniquely and securely represents the original input file, and thus can be used in lieu of the original file²⁵, without revealing the contents of the original file to the world. In Haber and Stornetta’s timestamping system, therefore, research institutions could safely publish the hash values of confidential documents. Other parties then have access to the hash values, but are unable to recreate the original (confidential) documents from the hash values. If the existence or the contents of the file are questioned later on, the institution can produce the file it claims is the original and recalculate the hash value. If this hash value is identical to the hash value on file, that proves that the file produced is indeed the original file.

19. Work on secure hash functions started in the late 1970’s²⁶. By now, there are several well-known cryptographic hash functions that are used in blockchain implementations, electronic signatures, etc. (including SHA, RIPEMD, Whirlpool, BLAKE). For the users of blockchains and smart contracts, the hash function is part of the internal workings of the system and not directly visible. Nevertheless, it is important to understand that cryptographic hash functions are a fundamental part of a blockchain system, and to understand

23. This property is also called an ‘avalanche effect’.

24. For example, using the SHA1 hashing function, the words “Hello World” produce the following hash value:

0a4d55a8d778e5022fab701977c5d840bbc486d0

If an exclamation mark is added (“Hello World!”), the hash value changes to:

2ef7bde608ce5404e97d5f042f95f89f1c232871

25. In much the same way that a bill of lading can be used in lieu of the goods themselves.

26. See, for example, *B. Preneel, The First 30 Years of Cryptographic Hash Functions and the NIST SHA-3 Competition*, in *J. Pieprzyk (eds), Topics in Cryptology - CT-RSA 2010. Lecture Notes in Computer Science*, vol. 5985, 2010, Springer, Berlin.

which role the hash values play in the system. Cybersecurity is a constant arms race between hackers and security researchers, and a cryptographic hash function that is secure today will not remain so forever. One of the earlier hash functions, MD5, is today ‘broken’: it has been shown that it is possible to find ‘collisions’, i.e. to find two different input files that produce the exact same hash value. In a blockchain, however, hash values are used to link the blocks together and to prove the integrity of the chain, and thus the strength and security of the hash function that is used is of crucial importance.

3.3 Bitcoin and other cryptocurrencies.

20. In 2008, an author calling him- or herself ‘Satoshi Nakamoto’ published the ‘*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*’ paper, which describes how a blockchain (itself dependent on cryptographically secure hash values) and a consensus protocol can be used to create a virtual currency that does not need a central bank or mint. Any currency needs to make double spending impossible: if a person has used a coin to buy something, it must be impossible to use that same coin to buy something else, otherwise this coin would not have any value at all. With physical currencies, protecting against double spending is automatic. A person that hands over a five euro bill at the shop has physically lost possession of this bill and cannot use it again in another shop. For virtual currencies, preventing double spending is a very real problem, for which the only known solution until 2008 was to use a Trusted Third Party (such as a bank). What, however, if there is no trusted third party available, or if you do not want to use a third party? The bitcoin concept solves this problem by using a peer-to-peer network, in which a transaction is only accepted as valid by the system if the majority of the peers agrees that it is a valid transaction (the coin has not yet been spent in another transaction earlier on). In the physical world, such a majority system is easy to implement. A person gets a certain number of votes, and an attacker cannot clone himself to obtain additional votes. In the digital world, however, the problem is again more difficult. It is indeed possible for an attacker to create hundreds or even thousands of identities online, all controlled by him. If an attacker creates a sufficient number of digital identities, those identities will in the end make up the majority of the peer-to-peer network, and since the majority decides, the attacker will in fact be able to control the network and make it do his bidding (including spending the same coin multiple times). In order to prevent - or at least make very difficult - such a ‘51% attack’, the network members are not allowed to ‘simply’ cast their vote: they have to ‘work’ before they

can vote. This is the ‘Proof-of-Work’ concept underlying the bitcoin system²⁷. Only network members (called ‘nodes’ in bitcoin parlance) who successfully solve a computational puzzle are allowed to add new blocks to the chain. In order to solve this puzzle, the nodes must spend computer power (and thus electricity), which makes it ‘expensive’ to vote. The bitcoin system is set up in such way that it takes on average 10 minutes to solve the puzzle²⁸. An attacker can still create multiple identities, but in order to take over the system, he now needs to be able to outperform the other members in solving the Proof-of-Work puzzle. In a large cryptocurrency like bitcoin, which at the time of writing has some 14,500 nodes, the resources required to do this are so massive that it is very unlikely that an attacker would be able to amass such resources or be willing to pay the price of such resources. Other cryptocurrencies, however, have far less nodes, which means that the resources required to outperform the ‘honest’ nodes and to mount a successful 51% attack are also much smaller²⁹.

3.4 Smart contracts.

21. The bitcoin whitepaper was published on 31 October 2008, and the (original) bitcoin started operating in January 2009. From then on, bitcoin in particular and cryptocurrencies in general gained popularity, which led to several other blockchain and consensus protocol based cryptocurrencies (Ethereum, Litecoin, Dogecoin, etc.).

22. Cryptocurrencies are essentially ‘state machines’. The ‘state’ of the system - for example, A has 10 bitcoins, B has 2 bitcoins and C has no bitcoins - is modified through transactions, i.e. instructions that the parties broadcast to the network. Suppose, for example, that in transaction 1 A pays 6 bitcoins to C. If that is a valid transaction (it is digitally signed by A, A has (at least) 6

27. The ‘proof-of-work’ idea, that a participant should be required to ‘work’ before being allowed to use a system, was first proposed by *Cynthia Dwork* and *Moni Naor* in 1992 to combat junk mail (*C. Dwork and M. Naor*, Pricing via Processing or Combatting Junk Mail, CRYPTO ‘92: Proceedings of the 12th Annual International Cryptology Conference on Advances in Cryptology, August 1992, p. 139-147).

28. If the average solving time drops below 10 minutes (e.g. because more powerful processors become available), the difficulty of the puzzle is automatically increased so that the average solving time is again 10 minutes.

This is a design choice made in the bitcoin system. Other cryptocurrency systems have different solving times.

29. The crpto51 website (www.crypto51.app) calculates the (theoretical) cost of a 1-hour attack on many different cryptocurrencies. Several of the lesser-known cryptocurrencies can be attacked for a couple of hundreds of dollars per hour.

bitcoins to his credit, C has a valid bitcoin address), the state of the system will be updated, and A will now have 4 bitcoins, B has 2 bitcoins and C 6 bitcoins. In transaction 2, C could pay 3 bitcoins to B. Again, the state of the system will be updated (A:4, B:5, C:3). Cryptocurrencies, however, have only a limited set of instructions ('pay', 'check balance', etc.), because there is only a limited set of actions that one can perform with a currency. In the bitcoin system, it is not possible, for example, to check whether the carried goods have already arrived in the port of destination or to transfer title to the goods to the buyer, because the bitcoin system simply doesn't have the instructions to do such things. To create smart contracts, cryptocurrency systems are too limited: they do not have the instructions that are needed to code contractual obligations. Blockchain based smart contracts³⁰ require a purpose-built blockchain with a much richer instruction set than what is required for pure cryptocurrency blockchains. An example of such a smart contract blockchain is Ethereum, which went live on 30 July 2015.

23. Another, even more fundamental difference between cryptocurrency blockchains and smart contract blockchains is that with cryptocurrencies, transactions can be fully validated within the system itself. If A pays 10 bitcoins to B, the system can verify whether A has enough bitcoins to his name, whether the payment instruction was properly signed by A, and whether B has a valid bitcoin address. Almost all smart contracts, however, will need to interact with the real world, outside the blockchain system ('off chain'). A smart contract to pay the first instalment of the build price when the keel of the vessel has been laid needs to know whether and when the keel has been laid. Obviously, a certificate stating that the keel has been laid can be uploaded to the blockchain. The fact that this certificate has been uploaded will be recorded and preserved by the blockchain, and the contents of the uploaded certificate will be protected against modifications, but the blockchain cannot verify whether the *statement in the certificate* - that the keel has been laid on date X - is indeed true or completely fraudulent. That verification (or 'validation') will need to be performed outside of the blockchain system³¹.

30. As pointed out above, smart contracts can also be based on traditional databases and programming languages. To build a smart contract environment on a blockchain is a design choice, not a technical requirement.

31. K. Low & E. Mik, *ibid.*, 69(14), (135) at p. 140.

4. Analysis.

4.1 Contract law issues.

4.1.1 Offer and acceptance.

24. In order to have a ‘contract’ in the legal sense of the word, there must be a meeting of the minds. One party must offer something, which is then accepted by the other party. This meeting of the minds must be aimed at creating enforceable obligations. An invitation to a dinner party could also be considered an offer which is accepted by the guest, but the intention of the parties is not to create obligations (to actually hold the dinner party for the one party, and to attend it for the other) that can be enforced by the courts and the powers of the State. Some legal systems have additional requirements on top of these elementary ones, such as famously the consideration requirement of the common law.

25. With a smart contract of the first type - automated performance of a pre-existing contract -, offer and acceptance and the intention to create a binding obligation are not issues. The parties have entered into a contract, in writing or tacitly, and they have only automated (part of) the performance of this pre-existing contract³². The fact that the smart contract only contains part of the obligations, and will generally only contain the obligation(s) of one party (e.g. ‘pay the freight when the cargo is delivered at destination’) but not the corresponding obligation(s) of the other party is not a problem, as the smart ‘contract’ is not actually the contract in the legal sense of the word. In this category, the ‘smart contract’ is nothing more than (partial) *performance* of the legal contract.

26. With smart contracts of the second type - making and performance of a specific contract are automated -, the offer and acceptance and intention requirements are more complicated. There is no pre-existing contract - the contract is created through an automated system. In many cases, however, the actions of the parties will sufficiently prove the acceptance of an offer and the intention to create binding obligations. When a ship owner selects a set of electronic charts on the website of a marine supplier, enters his bank details and then clicks on the “Buy” button, it is not overly difficult to interpret this as the ship owner accepting an offer of the supplier. The electronic charts can then be automatically delivered to the ship owner’s ECDIS. Some authors, however, have argued that the intention to create legally binding obligations might be lacking, because the parties have turned to automated performance

32. For the purposes of this paper, the pre-existing contract is presumed to be valid.

in order to avoid having to go to the courts and state-backed enforcement agents. That is a strange argument, though. The fact that the parties have organized their transaction in a way that they hope will obviate the need for enforcement obviously doesn't mean that they do not consider their agreement binding. If for some reason the charts that were ordered and paid for are not actually uploaded to the ECDIS, the ship owner clearly would not leave the matter at that, but would try to resolve the matter, amicably or if necessary through the courts, arbitration, etc.

27. Smart contracts of the third type - contracts *ex machina*, that are entered into by software without the parties knowing in advance which contracts will be made at which time - are the most difficult in this respect³³. How can there be a (real) meeting of the minds if the parties do not know in advance which deals their respective algorithms will enter into, and only learn about those deals afterwards? The legal answer, which seems to become accepted, is that the parties are free to decide on how they will arrive at a meeting of their minds. If they (implicitly) agreed that this can happen by the means of algorithms, then that is a valid choice which should be respected by the law³⁴. In *Quoine v B2C2*³⁵, Quoine operated a cryptocurrency exchange platform, and B2C2 was one of the traders active on this platform. In 2017, certain programming choices in Quoine's platform software produced unexpected results, which led to B2C2's automated trading software being able to buy bitcoins at an exchange rate that was about 250 times more favourable than the market rate. When Quoine became aware of these transactions, it manually reversed them and was subsequently sued for breach of contract by B2C2, which wanted to hold on to the very substantial profits it had made. B2C2, which had based its claim *inter alia* on an (alleged) contract between itself and Quoine, argued that the transactions on the platform could not be direct contracts between the seller and the buyer, but were a composite of a contract of the seller with Quoine and a contract of Quoine with the buyer. This argument was rejected by the Singapore Court of Appeal, holding that a contract can be formed when an offer made by one algorithm is accepted by another algorithm³⁶. The fact that Quoine and the users of the platform (such

33. *M. Chauhan*, *ibid.*, (7) 2, (149), at p. 160; *M. Giancaspro*, *ibid.*, at p. 830, para. 3.4; *K. Werbach & N. Cornell*, *ibid.*, (313), at p. 368.

34. See also *E. Mik*, *ibid.*, p. 269-300, at para. 4; *V. Ooi*, Contracts formed by software: an approach from the law of mistake, *J.B.L.* 2022/2, p. 97-117; the UK Law Commission, "Smart legal contracts", November 2021, para. 3.26 - 3.38 (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

35. *Quoine Pte Ltd v. B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02.

36. *Quoine Pte Ltd v. B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, at para. 96.

as B2C2) did not know beforehand which transactions would be concluded or on what the terms, and did not know, at the time of a transaction, with which counterparty they were dealing is no obstacle³⁷. In its decision, the Court of Appeal referred to an earlier case, *R (on the application of Software Solutions Partners Ltd) v Her Majesty's Commissioners for Customs and Excise*³⁸. Software Solutions Partners (SSP) developed software for the insurance industry, including software that allowed brokers to place insurance in an automated way. SSP claimed that they were providing insurance related services which are exempt of VAT, which was not accepted by the tax authorities. In order to decide, the Court needed to determine what exactly the SSP software was doing. It found that the software was a tool for automated contract making directly between the brokers (on behalf of their clients) and the insurers, with the insurers undertaking to be bound by the automatically generated results, even if they were temporarily unaware of that result³⁹. SSP did not intervene in this contract making process (and thus did not provide insurance services that would qualify it for a VAT exemption).

28. The ill-named smart contracts of the fourth type - autonomous software agents - are not contracts in the legal sense at all, and thus the offer and acceptance requirement does not apply.

4.1.2 Contract Interpretation.

29. A contract is, in essence, a meeting of the minds of the parties involved. Since humans are not mind readers, however, this agreement (the '*negotium*') needs to be expressed in a physical form (the '*instrumentum*'), be it a traditional paper contract or computer code. Regularly, the '*instrumentum*' will need to be interpreted, because it is not clear how a specific situation has to be dealt with, because one of the parties claims that the instrumentum does not correctly represent the parties' real intention, etc.

30. Some have argued that interpretation is no longer needed with smart contracts, as the code simply executes as it is programmed, without possibilities for outside intervention⁴⁰. That is, however, only true in a

37. *Quoine Pte Ltd v. B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02, at para. 58 and para. 96.

38. *R (on the application of Software Solutions Partners Ltd) v Her Majesty's Commissioners for Customs and Excise* [2007] EWHC 971 (Admin).

39. *R (on the application of Software Solutions Partners Ltd) v Her Majesty's Commissioners for Customs and Excise* [2007] EWHC 971 (Admin), at para. 65.

40. See the UK Law Commission, "Smart legal contracts", November 2021, para. 4.7 - 4.9 (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

situation where the parties, as a matter of *fact*, are unable to submit possible issues to the judiciary. If someone intends to buy a piece of digital art from a seller he only knows by the username “Japanese_Joker” and receives a worthless file of digital junk, the buyer will often not have the resources to find out who hides behind the fancy username, and even if he did, taking that party to court (in a different country) may not be worth the effort. In such case, the issue of interpretation cannot come up, because an aggrieved party, even if in theory it has a legal cause of action, cannot *actually* bring the matter to court. That is, however, not a realistic scenario in the shipping industry, or even in trade in general. No ship owner would charter out his vessel to a party of which he only knows an online username, no cargo owner would entrust his cargo to a carrier that is nothing more than a quirky username, etc. Even if the ship owner and the charterer are using smart contracts, they will know each other’s identity and where they are established. If then the smart contract produces unexpected results - e.g., the demurrage amount calculated and paid by the smart contract is much higher (or lower) than the charterer (or owner) thinks it should be - the aggrieved party will go to court, and the court will have to decide whether the smart contract, as programmed, is ‘correct’⁴¹.

31. For smart contracts of the first type - automated performance of a pre-existing contract -, interpretation amounts to construing the pre-existing contract. In shipping and trade in general, the amounts at stake are generally large enough for this pre-existing contract to be a contract in writing. In case of dispute, the court will and can check whether the operation of the smart contract and the results it produces are in line with the proper construction of the pre-existing contract.

32. For smart contracts of the second and third type - entering into and performance of the contract are automated -, interpretation will likely not be too thorny an issue either. The users will generally not directly interact with the actual smart contracts as such. These smart contracts will be encapsulated in a (graphical) user interface, which can be used to add terms and conditions, choice of law and jurisdiction clauses, etc. If a smart contract does not produce the effects that one of the parties had expected (or produces an effect that one of the parties had *not* expected), the court will look at the entire picture of the actual code of the smart contract, the user

See also S. Green, Smart contracts, interpretation and rectification, LMCLQ 2018/2, p. 234-251.

41. See also the UK Law Commission, Smart legal contracts, November 2021, para. 4.10 - 4.12 (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

interface and the impressions created by it, the terms and conditions that were agreed upon through the user interface, etc. to determine whether the operation and the effects of the smart contract are in line with the parties' agreement. *Quoine v B2C2* is a good illustration of this. Quoine operated a cryptocurrency trading platform and B2C2 was one of the users of that platform. The platform software handled transactions based on the current market exchange rates of the different cryptocurrencies, and had a built-in method to retrieve this current market rate. The software also had a fall-back option, in case the current market rate could not be retrieved. For the developers, this was a safety mechanism which they thought would only come into play exceptionally, if ever. At a certain moment, however, the platform software was indeed unable to retrieve the market rate and reverted to the fall-back option, which resulted in an exchange rate that was 250 times more advantageous for B2C2 than the market rate at the time⁴². Upon realizing what had happened, Quoine reversed the transactions and was then sued by B2C2, which wanted to keep the substantial profits it had made. The Singapore International Commercial Court⁴³ and later the Singapore Court of Appeal⁴⁴ then had to - and did - analyse the software and the interactions between the different parties to determine the rights and obligations of Quoine and B2C2⁴⁵.

33. The most difficult situation is where there is only the smart contract code and no underlying or surrounding elements - or, at least, no such elements that a court is allowed to take into account. Some legal systems do not allow the use of external elements in the interpretation of contracts, or the contract itself may exclude reliance on external elements (a 'four corners clause')⁴⁶. In such case, the court can only look at the code itself to determine whether this code correctly represents the parties' agreement. In some cases, this might be easy. If the developer has forgotten the decimal point and the smart contract pays interest at a rate of 100% per month instead of 1.00% per month, it is obvious that this cannot have been the real intention of the parties. But if a smart contract provides for 25 'free days' before container demurrage starts to run instead of 15 days, how is the carrier to prove that

42. At the market rate, B2C2 would have gotten 0.04 bitcoin for 1 Ethereum, under the fall-back option B2C2 got 10 bitcoin for 1 Ethereum.

43. *B2C2 Ltd v. Quoine Pte Ltd* [2019] 4 SLR 17.

44. *Quoine Pte Ltd v. B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02.

45. The majority of the Court of Appeal (one judge dissenting) found that B2C2 is contractually entitled to the proceeds of the disputed transactions from Quoine.

46. See also *M. Giancaspro*, *ibid.*, at p. 831 and para. 3.7 at p. 832-833.

15 days was the actual agreement with the shipper? It should be noted that the point of the exercise is not to ‘interpret’ what the *computer code* as such means. It suffices to run the code to see what it ‘means’, i.e. which results it produces. The question is whether these results are what the parties intended or expected to happen. In most cases, indeed, the interpretation question will come up precisely because the smart contract has produced results that one of the parties finds unacceptable.

34. The fact that smart contracts are written in a programming language is in any case no obstacle to interpretation. Programming languages are specialized languages, very dense and with a very strict grammar, but they are first and foremost *languages*, i.e. tools for communication⁴⁷. Clearly, many people will not be familiar with programming language, and even developers will not be familiar with all existing programming languages⁴⁸, but not everyone is familiar with Portuguese or Arabic either, and that doesn’t mean that contracts written in those languages are invalid or cannot be interpreted. At the most, it means that the court will have to enlist the help of an expert.

4.1.3 (General) Terms & Conditions.

35. Smart contracts are primarily suited to automate the *operational* parts of a contract: pay the freight, pay demurrage, order additional parts, release the container for on-carriage, etc. A contract is often more than such obligations to act, though. Most contracts also contain representations and warranties, choice of law and/or jurisdiction clauses, indemnity clauses, hardship or force majeure clauses, confidentiality clauses, etc. Any (mature) smart contract system will need to be able to accommodate such terms and conditions.

36. There is a technical pseudo-solution in that many programming languages provide the possibility to add comments to the actual code. The purpose of comments is to make the code (more easily) understandable for programmers who have to work on the code but didn’t write the code initially. It would be possible to add the terms and conditions as comments to the code. Such smart contracts, which contain both actual code and plain-language terms and conditions, have also been called ‘hybrid’ or ‘Ricardian’ contracts. This

47. Compare the UK Law Commission, Smart legal contracts, November 2021, para. 2.4 (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

48. Depending on the source, there are some 20 to 50 programming languages in common use today, but there are hundreds of programming languages that exist or have existed. Wikipedia for example lists some 700 languages.

however is not really a solution, because the code needs to be compiled into executable instructions, and the source code (with the comments) is only looked at again if there are bugs to be fixed or the code needs to be updated.

37. In practice, this will probably not be a major issue. (Very) few users will be interacting directly with the smart contract as such. Most likely, the smart contract will be encapsulated in a (graphical) user interface, which makes it easy for the user to use the smart contract, without needing to know in what programming language the smart contract is written, what exactly the code does, etc. The terms and conditions can easily be communicated through the user interface, with the user being forced to also explicitly accept those terms and conditions before he can proceed and actually use the smart contract. This is, after all, how all of the e-commerce websites already operate today.

4.1.4 Amending and terminating the contract.

38. It regularly happens that contracts need to be amended or even terminated. The charter hire needs to be amended, extra work needs to be added to the shipbuilding contract, a supply contract is no longer needed and must be terminated, etc. In the traditional world of paper contracts, this only requires an agreement between the parties and an addendum to the original contract.

39. Smart contracts however are said to be immutable and unstoppable, and amending or terminating them thus seems to be a problem. ‘Immutability’ and ‘unstoppability’ however are often misunderstood, and smart contracts in reality can be amended or terminated.

40. ‘Immutability’ of a blockchain only means that an entry, once made, cannot be deleted anymore - a blockchain is “append-only”. This is nothing new, however. Paper accounting ledgers are also append-only, and have been since the Middle Ages. If an accountant makes a mistake and enters a \$ 10,000 sales invoice as a \$ 100,000 invoice, he is not allowed to break out the correction fluid and delete the incorrect entry. That does not mean, however, that the company is now forever stuck with a non-existent \$ 90,000 turnover. The incorrect initial entry will first be annulled by a counter-entry, and then the correct entry will be made. The combination of these three entries provides the readers of the ledger with the correct picture. By the same token, an amendment or termination of a smart contract is a new entry on the blockchain that refers back to the original entry. Just like the tax man, when he is inspecting the accounts of the company, cannot stop at the initial (incorrect) entry of \$ 100,000, the system on which the smart contract is running must check whether there are later entries that amend or terminate

the initial smart contract. It goes without saying that the developers of the smart contract system must make the conscious decision to implement such rule or functionality. In this respect, it bears repeating that ‘blockchain’ and ‘smart contracts’ are concepts and not products. The way Ethereum implements smart contracts is not the same as the way Hyperledger Fabric does it, and Hyperledger Fabric operates differently than Microsoft Azure, for example⁴⁹.

41. Furthermore, smart contracts can - in practice - easily be stopped in many cases. A smart contract is a piece of software, which is uploaded to the smart contract system, for example the Ethereum blockchain. Once uploaded, however, the smart contract simply sits there - it doesn’t produce any results unless it is activated. In Ethereum, this is done by sending a message to the ‘address’ of the smart contract and paying a fee⁵⁰. The concept is comparable to the record collection of a music fan. The collection is there (and remains), but there is only music if someone takes the trouble of taking a record out and putting it on a record player. When the parties agree that a smart contract is not useful anymore, it is sufficient not to activate this contract anymore. It will still remain stored on the blockchain, but it won’t produce any new effects. When the parties do not agree - one of the parties wants to amend or terminate the smart contract, but the other party wants to continue with the original smart contract -, it is often possible for the unwilling party to prevent the (further) performance of the smart contract. Automated and ‘unstoppable’ performance can only be guaranteed if the performance of the smart contract takes place entirely within the smart contract system (for example, the purchase of a digital piece of art with bitcoins). In the shipping industry, or even trade in general, this will often not be the case. The smart contract may be programmed to automatically pay the freight to the carrier when the container is discharged at destination, to pay an instalment of the purchase price to the shipyard, or to pay demurrage to the owners, but if the account from which these sums have to be paid is empty, the smart contract will only result in an error message. This issue could be prevented if the entire amount that is (or might become) due is blocked in the account in advance, but in a commercial context, this will often be impossible. A trader may need to sell on the goods before he has the financial

49. Compare A. *Walch*, *ibid.*, at p. 741 and p. 753-754.

50. The obligation to pay a fee to execute a smart contract is a built-in safety measure, to prevent the system from being slowed down or halted by smart contracts that end up (by coding mistakes or intentionally) in an endless loop, thus consuming system resources without producing a useful output.

means to pay the purchase price, a charterer will not be able to consign the full charter hire before the start of the charter, the purchaser of a newbuild will not be able to consign the full purchase price two or three years before he takes delivery of the newbuild, etc. As soon as an aspect of performance takes place outside the smart contract system, it can be interfered with and the illusion of unstopability shatters.

4.2 (Perceived) benefits of smart contracts.

4.2.1 Blockchains are ‘immutable’.

42. Smart contracts are claimed to be secure, and even more secure than old-fashioned paper contracts because a blockchain is immutable. This statement, however, is at the very least misleading. Smart contracts are not necessarily built on a blockchain (or exclusively built on a blockchain⁵¹), and even for those smart contracts that are implemented on a blockchain, the statement is in essence not correct, and in any case hardly relevant.

43. The claim that blockchains are ‘immutable’ is, first of all, not really true⁵². It is perfectly possible to change a transaction in one of the blocks of the chain and then recalculate all subsequent hash values. In fact, this is exactly what the majority of Ethereum users did after the DAO hack in 2016⁵³. What is meant when people claim that a blockchain is ‘immutable’ is that in a large blockchain, with many active nodes, the resources needed to recalculate all hash values quickly enough to outperform all other nodes would be so massive that, *in practice*, it would be impossible, or at least

51. TradeLens (logistics and supply chain platform) for example calls itself a platform ‘*underpinned by blockchain technology*’. The technical documentation provides: “Multiple persistence layers are used, including object storage, document databases, relational databases, and blockchain, depending on the type of information being persisted and the manner in which it is accessed.” and “Blockchain is used to address trust challenges, provide a shared view of the truth, and provide an immutable audit trail. When managing data that does not involve such challenges, TradeLens employs traditional persistence layers.”

In other words, TradeLens is a hybrid system, which uses both blockchain(s) and traditional databases. The relative importance of blockchain versus the traditional databases is not explained. Does the blockchain part account for 90% of the system, or 50%, or only 10%? In those circumstances, ‘underpinned by blockchain technology’ is hardly more than a marketing label.

52. See also K. Low & E. Mik, *ibid.*, 69(14), (135) at p. 143; A. Walch, *ibid.*, (713), at p. 735-745.

53. See also K. O’Hara, Smart Contracts - Dumb Idea, The Digital Citizen March/April 2017, p. 97-101.

too expensive, to acquire these resources⁵⁴. There have, however, been successful attacks against cryptocurrency blockchains in the past⁵⁵. Bitcoin itself is a large blockchain, with at the time of writing some 14.500 active nodes, and the resources needed to outperform those nodes would in practice be (almost) impossible to mobilize. Even this, however, does not mean that the bitcoin blockchain is really immutable. Most of the bitcoin mining nodes have today joined 'mining pools', and more than half of the total bitcoin mining power is today in the hands of just four pools⁵⁶. If several of those mining pools were to decide that it is in their best interest to cooperate to modify the bitcoin blockchain, they would probably be able to bring on the necessary hashing power to do so. Furthermore, work is ongoing on so-called 'quantum computers', which could potentially increase computing power exponentially. Such quantum computers have the (at least theoretical) capacity to break existing cryptography, and thus also to break existing blockchains. If and when this threat will become real is unknown, but the National Security Agency (NSA) considers the threat sufficiently real to have already started working on post-quantum cryptography⁵⁷. In conclusion, even large, active blockchains like bitcoin are not guaranteed to be absolutely immutable, and smaller blockchains, with few(er) active nodes, are more vulnerable than large ones. Moreover, users of blockchain based systems may not realise the importance of the active nodes, let alone know how many active nodes there are in the blockchain or smart contract system they are using. As an example, GoDirect Trade⁵⁸, a sales platform for second-hand aircraft parts built by Honeywell, explicitly claims to use blockchain to build trust. How many of its users know (or care) about the number of active nodes that this platform has, or how much resources it would take to successfully attack this blockchain?⁵⁹

54. See also the UK Law Commission, Smart legal contracts, November 2021, para. 2.24 (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

55. See for example <https://www.mandiant.com/resources/blog/cryptocurrency-blockchain-networks-facing-new-security-paradigms> (accessed on 26 October 2022).

56. <https://currency.com/over-50-of-btc-mining-power-in-hands-of-just-four-pools> (accessed on 13 October 2022).

57. See, for example, nature.com, 'The race to save the Internet from quantum hackers' (<https://www.nature.com/articles/d41586-022-00339-5> - accessed on 17 October 2022).

58. www.godirecttrade.com

59. Apparently, the system uses not more than five (5) 'validating nodes' ... (<https://www.hyperledger.org/learn/publications/honeywell-case-study> - accessed on 17 October 2022).

44. Furthermore, the claim that blockchains are ‘immutable’ is hardly relevant, because every professional database whatsoever needs to be ‘immutable’, that is, needs to convince its users that there will be no unauthorized changes to the data. A company needs to be certain that the balances of its bank accounts are correct and that money doesn’t simply disappear, a ship owner needs to be certain that its ships are not suddenly shown as belonging to someone else in the Ships’ Register, a ship’s manager needs to be certain that his ship is not shown as having been detained or banned on Equasis if that is not true, the users of IMO’s GISIS (Global Integrated Shipping Information System) need to be certain that the information provided is correct, etc. This need for reliability is nothing new, and the IT industry by now has ample experience in securing (access to) databases.

4.2.2 Zero trust, no intermediaries

45. It regularly happens in shipping and trade that parties are interested in doing business with a counterparty with which they have not yet worked in the past. How can a party be certain that the other party will do what it has undertaken to do, that it has really done what it claims to have done, etc.? This is an old and well-known issue, for which commercial law has found several solutions, such as the use of (bank) guarantees, escrow accounts, independent surveyors, etc.

46. Blockchain and smart contracts however claim that they can ‘create’ trust and allow parties that do not know each other to safely and securely do business with each other, without a need for intermediaries such as banks or lawyers⁶⁰. This is simply not correct, though⁶¹. Users of blockchain and smart contracts still need to (implicitly) trust third parties, be it to a certain extent different third parties than in the traditional world. Blockchain does not obliterate the need to trust third parties, it only (partially) shifts the focus of this trust.

47. First of all, the users need to trust the developers of the blockchain and/or smart contract to have created a reliable and secure product. Blockchain is a concept, not a product. In order to arrive at a working product, someone needs to implement the concept. Even though the concept as such is sound, (major) errors can be made in the implementation, which make the resulting product unsecure. Such implementation errors are by no means hypothetical or limited to small companies with little experience. In April 2022, a major

60. *M. Giancaspro*, *ibid.*, at p. 827.

61. See also *E. Mik*, *ibid.*, p. 269-300 and *K. Low & E. Mik*, *ibid.*, 69(14), p. 135-175.

error was for example found in Oracle's Java Framework, which allowed attackers to completely bypass the ECDSA-based security⁶². Similarly, in August 2022 it was discovered that Hyundai's car infotainment system could be hacked, because the developers had secured the system using cryptographic keys from publicly accessible tutorials⁶³. Bitcoin developers have maintained a list of 'Common Vulnerabilities and Exposures' (CVE) since 2010⁶⁴. Users of blockchain-based solutions thus will have to trust the developers of their particular solution to have done a proper job and delivered a secure solution. This really is a matter of trust, as the large majority of users will not be able to properly evaluate the security of solutions such as Dockflow⁶⁵, CargoCoin⁶⁶, Quasa⁶⁷, etc. The fact that a solution has been developed by large players (such as Maersk and IBM in the case of TradeLens) is no guarantee either.

48. Furthermore, the blockchain only protects the information uploaded to the blockchain. If a message stating that container VSLU 114567-5 has been loaded on the APL Austria is put on the blockchain, that message will then be protected against later changes. Who guarantees that the contents of this message are correct, though? Who guarantees that it is indeed VSLU 114567-5 that has been loaded and not some other container? Who guarantees that a container has been loaded at all and that the message is not completely fake? The blockchain as such cannot collect or verify any of these elements - it will need to rely on trusted third parties (called 'oracles' in blockchain speak). In today's world, many objects are connected to the internet and can provide information about their position, their condition, etc. (the so-called 'Internet of Things' or IoT). A container for example could be equipped with an RFID⁶⁸ tag, that can be automatically read when the container passes the terminal gate. All of these oracles need to be secured and protected, however⁶⁹. What

62. <https://arstechnica.com/information-technology/2022/04/major-crypto-blunder-in-java-enables-psycho-paper-forgery/> (accessed on 25 October 2022).

63. https://www.theregister.com/2022/08/17/software_developer_cracks_hyundai_encryption/ (accessed on 25 October 2022). Unauthorized access to the infotainment system might not seem a big deal, but in some cases, access to this system might be the first stepping stone to gain access to other, more important systems.

64. https://en.bitcoin.it/wiki/Common_Vulnerabilities_and_Exposures (accessed on 25 October 2022).

65. <https://dockflow.com/>

66. <https://thecargocoin.com/>

67. <https://www.quasa.io/platform/moving>

68. Radio Frequency Identification.

69. See also E. Mik, *ibid.*, p. 269-300, at para. 6; UK Law Commission, "Smart legal contracts", November 2021, para. 2.49 (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

if a thief or a dishonest shipper removes the RFID tag from a valuable container and puts it on another container that he knows will also be shipped on the same vessel?⁷⁰ The gate will see the RFID coming in and think that everything is in order, whereas the thief or shipper is free to do with the actual container as he pleases. Of course, if one puts two RFID tags on the same container, the gate will see those tags coming in at almost the same time, which is illogical. If the developer of the system has considered this possibility, the gate can be programmed to check for this kind of abnormalities and thus can be protected against such attack. But how is the user of the system going to find out whether the developer has indeed considered this line of attack and has (properly) hardened the system against it? Blockchain and oracles thus do not solve the trust issue, they simply shift it to other parties and might in fact even make the problem worse. In the traditional world, a seller knows that he should check the creditworthiness, reputation, etc. of a new buyer. In the world of blockchain and smart contracts, the seller now needs to realize that there are 'oracles', then find out which oracles the system uses, and then check whether these oracles have been set up in a secure way. Chances are that the seller will be blissfully unaware of all of this and believe that everything is secure simply 'because it is a blockchain'.

4.2.3 Automated, unstoppable performance.

49. *Pacta sunt servanda* - contracts are binding and need to be performed. If a party does not perform its contractual obligations, the law provides the tools to force this party to either perform after all or to pay compensation. This is, however, never the preferred solution. The way of the law takes time and money and is not always (entirely) successful, so creditors much prefer proper, unforced performance.

50. Smart contracts promise a solution. Once created, the contract will automatically perform when the conditions are met, without the parties being able to stop or alter the performance. If the smart contract can be entirely performed within the system - for example, the purchase of a digital piece of art with digital currency -, that claim is indeed largely true. In the shipping and commercial world, however, the contract will almost invariably

70. See for a somewhat comparable attack <https://www.schneier.com/blog/archives/2022/02/stealing-bicycles-by-swapping-qr-codes.html>

Attackers were swapping the QR codes on share bikes in cities. When a customer tried to unlock a bike with a swapped QR code, he actually unlocked the other bike, which was then taken and driven off by the attackers.

need to be performed (partially) in the real world⁷¹. A smart contract to pay the charter hire is theoretically possible, but the owner must put the ship at the charterer's disposal in the real world and must comply with the speed and consumption warranties in the charter party, and the money to pay the hire is raised by the charterer's operations in the real world. A smart contract to pay the purchase price for a newbuild is, again, theoretically possible, but the ship will be built at a real-world yard and the money for the instalments needs to be provided by the financing banks. In such case, performance can easily be stopped. If the owner instructs the master to no longer comply with the charterer's orders, or if the charterer no longer provides the funds to pay the hire, performance of the charter party is stopped, and there is nothing that the smart contract can do about this.

51. The examples given above are for term contracts, but even for simple, one-of transactions (e.g. a purchase contract), correct performance is often not guaranteed. A smart contract can provide that the purchase price for a consignment of grain, locked in an escrow account, is automatically released to the seller when the grain is loaded in a river barge, but what if the seller bribes the surveyor and a substantial part of the consignment is worthless chaff rather than grain?

4.2.4 Self-enforcement, without the need for courts and lawyers.

52. Non-performance of contractual obligations is, of course, a breach of contract for which there are legal remedies. As performance of a smart contract should be automatic⁷², however, legal enforcement of a smart contract should not be necessary. Some even claim that legal actions regarding smart contracts are not possible. From a practical point of view, legal action might indeed be impossible if someone, for example, orders a translation online from a party he only knows the user name of. Even if the translation turns out to be very bad, the purchaser doesn't have the resources to find out who hides behinds this user name, and thus cannot bring legal action. In the shipping and commercial world, however, the parties will know who their counterparty is. No sane ship owner will charter out his million dollar vessel to a party he only knows as "Joker_93", and no shipper will entrust his goods to a carrier of which he knows nothing more than an online user name. In a commercial smart contract, the identity of the parties involved will be known. That is not to say, of course, that these parties will always be solvent

71. See also *E. Mik*, *ibid.*, p. 269-300; *K. Low & E. Mik*, *ibid.*, 69(14), (135) at p. 169.

72. As pointed out in para. 4.2.3, that is often more a wish than a reality.

and that judgments will always be satisfied, but at the very least, the identity (name, legal form, address, etc.) of the parties will be known.

53. Knowing the identity of the defendant is not sufficient, though. Smart contracts may be run on a blockchain, and a blockchain, in its current form, is a distributed ledger, existing on many computers at many (unknown) locations all over the world. A court cannot order an amendment of the blockchain. Some have argued that this means that smart contracts are thus beyond the law: the courts cannot influence the performance of smart contracts. This is, however, clearly untrue⁷³, precisely because commercial smart contracts will have (many) interactions with the real world. If a smart contract has already paid the charter hire, it might be impossible to reverse that fact on the blockchain if it turns out that the vessel consumed more fuel than warranted, but the court can order the ship owner to reimburse in the real world part of the hire he has received through the means of the smart contract. If that order is not complied with, the charterer will be able to arrest the vessel. Similarly, if a ship's manager has purchased lube oil through an automated system and the oil that is delivered turns out to be off-spec, the court can order a reimbursement of the purchase price and/or compensation for the damage caused by the off-spec oil. By using a smart contract, the parties probably hoped that performance would be straightforward and that there would be no need for legal enforcement, but it is clear that the mere fact that the parties have chosen a smart contract rather than a traditional paper contract does not constitute an a priori waiver of all defences or a renunciation of the right to take legal action⁷⁴.

4.2.5 Transparency and (pseudo) anonymity.

54. Smart contracts are said to create transparency, in that all transactions are visible to all users⁷⁵. This is indeed true in the Bitcoin system: every single transaction with bitcoins, from the very first one to the most recent one, is stored in the ledger and all nodes can obtain a copy of the ledger⁷⁶. In a smart

73. See, for example, the *Quoine v. B2C2* litigation in Singapore and the earlier Mt Gox litigation in Japan (*R. Kulms*, Blockchain: Private Law Matters, Singapore Journal of Legal Studies 2020, (63), at p. 70).

74. Compare the UK Law Commission, "Smart legal contracts", November 2021, Chapter 5: Remedies (<https://www.lawcom.gov.uk/project/smart-contracts/>).

75. M. Giancaspro, *ibid.*, at p. 827.

76. So-called 'full' nodes do actually store a copy of the entire ledger, but the bitcoin system also allows 'light' nodes which only store parts of the ledger, to save on the storage space required.

contract system, however, it is much less likely that all transactions will be visible to all users. In fact, it is entirely possible that (large) parts of the smart contract are not even stored on the blockchain itself. Terms and conditions, for example, could be saved in a separate database, with only the hash value of these terms and conditions stored on the blockchain. As the hash value is a unique digital ID of a document (here: the terms and conditions), this guarantees that the parties can prove which set of terms and conditions was included in the smart contract, but it destroys the transparency.

55. Bitcoin and other virtual currencies also offer their users (pseudo) anonymity. A bitcoin address is an uninformative string of letters and numbers⁷⁷. Again, this claim is overstated and hardly relevant. Investigators have been able to find out who was behind supposedly anonymous bitcoin payments to take down a child abuse site, for example⁷⁸. Furthermore, it is almost impossible to (legally) do business in an anonymous way. Not only the commercial parties involved but also authorities will want to know who is taking part in a transaction.

4.3 Disadvantages of smart contracts.

4.3.1 Open norms.

56. Some contractual obligations require specific, well-defined actions (e.g. ‘pay the freight’, ‘deliver the container to the consignee’, etc.). There are, however, also contractual obligations that require a ‘non-action’ (e.g. the Master’s obligation not to sign bills of lading that prejudice the charter party) and obligations that require interpretation to be applied, such as the carrier’s due diligence obligation with regard to seaworthiness under the Hague Visby Rules or the buyer’s obligation to give notice of non-conformity within a reasonable time under the CISG⁷⁹. Such ‘open’ norms (due diligence, reasonable time) are used *on purpose*. The legislator deliberately did not provide a closed list of items that need to be checked by the carrier, or a fixed period of time within which to give notice, because he wanted the courts to take into account all the facts of the case and to arrive at an answer that is appropriate in that specific case. Forcing such open norms into strict, deterministic lines of code would not only be very difficult, but would also go against the legislator’s purpose and intent. Machine learning (one of

77. For example, 35PBEaofpUeH8VnnNSorM1QZsadrZoQp4N.

78. <https://www.wired.com/story/tracers-in-the-dark-welcome-to-video-crypto-anonymity-myth/>

79. See also E. Mik, *ibid.*, p. 269-300, at para. 5.

the ‘flavours’ of Artificial Intelligence) might possibly assist in this respect. Machine learning involves the software looking at training data (e.g. pictures of dogs) to then be able to determine whether a new picture shows a dog or not. Machine learning however requires (very) substantial amounts of training data⁸⁰, and it is unclear whether there would be sufficient cases (training data) available to build a model that can reliably predict whether a human judge would accept a certain behaviour as ‘due diligence’.

4.3.2 Double ‘translation’ required.

57. The essence of a contract is the agreement between the parties. That agreement then needs to be ‘translated’ into a written, legal contract, using the correct terminology (lay persons may be mistaken about the meaning or scope of legal terms) and often adding clauses and provisions that the parties themselves hadn’t really thought about. If a smart contract is to be used, this legal contract then has to be ‘translated’ again into code, using a programming language. Even if the legal contract is not actually written out on paper, the programmer of the smart contract will need a clear idea of what it would have looked like to create it in code.⁸¹ This double ‘translation’ is likely to increase complexity, costs and time required. A (theoretical) solution would be to combine the roles of lawyer and programmer, but persons who are both an experienced contract lawyer and an experienced programmer are probably few and far between.

58. Furthermore, programming requires all potential issues to be defined precisely and in advance. If, for example, a smart contract requires a product to contain 6% of salt, then a product containing 5.99% of salt will be rejected, even if such product may be perfectly marketable and the 0.01% difference might be the result of measuring error. Also, traditional paper contracts often contain terms that are not (clearly) defined but are interpreted and applied *post factum*. Owners and charterers have a general understanding of what ‘weather working days’ are, and in case of discussion, it will be decided afterwards (by the parties themselves, or by the court if they cannot agree) whether a particular day was weather workable or not. A smart contract to pay demurrage would need to define in advance - using many different parameters such as temperature, wind speed and direction, precipitation,

80. Commercial speech recognition systems (such as are used in call centres) are trained on 3.000 to 5.000 hours of speech, or even more. 3.000 hours of speech means a person talking continuously, 24 hr a day, for 125 days straight.

81. See also M. Chauhan, *ibid.*, (7) 2, (149), at p. 163-166; S. Green, *ibid.*, at p. 238-239.

berth characteristics, cargo specifics etc. - when a day is considered weather workable and when not. To create such a software model would be a complex exercise, and it would be difficult to be certain that every eventuality has been covered.

59. Standard, off-the-shelf smart contracts could be a (partial) solution to this problem. If BIMCO, in addition to standard charter party forms, would in the future also start to develop standard smart contracts for the shipping industry, for example, a body of tried and tested smart contracts could develop. This is not a perfect solution, though, as parties will often want to modify standard forms to suit their particular needs. Also, in the case of software, the fact that it has worked correctly in the past does not guarantee that there are no problems that have simply not come to light yet.

4.3.3 Coding and design errors.

60. Smart contracts are pieces of software. Software is created by humans, and humans are fallible. The initial design of the software can be deficient or insecure, and all software contains 'bugs' and coding errors⁸². Even with standard, often used software, the fact that no errors or vulnerabilities are known does not prove that there are no such errors or vulnerabilities; it may simply mean that they have not been discovered yet. Clearly, extensive and rigorous testing can substantially reduce the impact of coding errors⁸³, but such testing obviously also (substantially) increases the cost. To what extent smart contracts will be tested is an open question. In any case, in the cryptocurrency world (where lots of money can be stolen), there have already been several successful attacks exploiting coding or design weaknesses in digital wallets, smart contracts, etc.⁸⁴

82. See, for example, <https://www.mayerdan.com/ruby/2012/11/11/bugs-per-line-of-code-ratio> (last accessed on 30 October 2022), who cites 15-50 errors per 1.000 lines of code as an industry average.

See also *K. Low & E. Mik*, *ibid.*, 69(14), (135) at p. 173.

83. Software for space craft, nuclear power stations, etc. obviously needs to be as good as possible.

See, for example, <https://stackoverflow.blog/2021/05/11/testing-software-so-its-reliable-enough-for-space/> (accessed on 26 October 2022).

84. See for example <https://www.proskauer.com/blog/when-smart-contracts-are-outsmarted-the-parity-wallet-freeze-and-software-liability-in-the-internet-of-value> and <https://www.ccn.com/hackers-seize-32-million-in-parity-wallet-breach/> (accessed on 26 October 2022).

4.3.4 Blindly deterministic.

61. Computers and software are, in fact, not ‘smart’ at all; they only do what they have been programmed to do, nothing else and nothing more⁸⁵. If, for example, the programmer forgets the decimal point and the smart contract provides for 100% interest per month rather than 1.00%, the smart contract will pay out 100% per month, even though it would be immediately obvious to any human that this cannot have been intended. In *Quoine v B2C2*⁸⁶, for example, algorithmic trading software functioned exactly as it had been programmed, which under certain specific circumstances resulted in the software applying an exchange rate that was 250 times more advantageous than the market rate.

5. Conclusions.

62. The electronic revolution has undoubtedly not yet reached its end. There are still gains to be made by further digitalizing shipping and logistics, and trade and commerce in general. Having all shipping and import documents for a container immediately and easily available at the click of a mouse, receiving continuous updates on the location and condition of the (reefer) container, being able to automatically extract the data required for the customs declaration, etc. could certainly save a shipper time and money. Blockchains and smart contracts (including ‘smart contracts’ in the fourth sense of the term, that are not contracts at all) can serve as tools to accomplish such objectives, as can many other IT and database applications. The benefit however lies in the (real-time) sharing and reusing of data, not in the particular tool (blockchain / smart contracts) that is used to do so.

63. Whether smart contracts will really be a ‘game changer’ (as some have claimed) or become an important tool in the toolbox of commercial and shipping lawyers will ultimately depend on whether there really is a business case for smart contracts. From a purely technical point of view, many things are possible. After all, humankind is sending spaceships to outer space and submarines into the deepest regions of the oceans. Developing such cutting-edge products, however, is challenging and expensive. The same goes for developing software (or smart contracts specifically). Many IT projects have

85. Code can never ‘spontaneously’ change, as is incorrectly claimed in *M. Giancaspro*, *ibid.*, at p. 829.

86. *Quoine Pte Ltd v. B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I) 02. See on this case also above, para. 27 and 32.

ended over-time, over-budget and under-performing⁸⁷. Furthermore, digital is not by definition better, and there is no point in digitalization simply for the sake of digitalization. Smart contracts will not only need to prove that, in practice, they can serve the business needs as well as traditional, ‘dumb’ contracts can, they will actually need to do better than traditional contracts, at least in some respects (e.g. less performance issues, less claims, etc.). Whether smart contracts will be able to deliver on each of these fronts is an open question.

87. See for example *B. Flyvbjerg, A. Budzier, J. Seok Lee, M. Keil, D. Lunn & D.W. Bester, The Empirical Reality of IT Project Cost Overruns: Discovering A Power-Law Distribution, Journal of Management Information Systems, 2022, Vol. 39, No. 3, p. 607-639.*

The impact of technology on the obligation of sea carriers

Michael Nolan Q.C.

Barrister

The intention of this article is to address the ways in which the English courts have dealt with advances in technology when considering the obligations of sea carriers. I will focus in particular on the decision of the English Court of Appeal in *Glencore International v. MSC Mediterranean*¹.

That case considered the interaction between new technology and English law principles regarding possession and delivery. That topic is particularly relevant to electronic Bills of Lading and has recently been grappled with by the recent Law Commission Paper on Electronic Trade Documents and the Electronic Trade Documents Bill. That Bill should come into force during the next session of the United Kingdom Parliament. I will refer to that at the end of this paper.

A. *Glencore v. MSC*

First, I will deal with the facts of *Glencore v. MSC*. That case concerned the theft of 2 containers of cobalt briquettes belonging to Glencore at the port of Antwerp. At that time the port operated an electronic release system at its container terminal. Under that system, when a consignee presented a bill of lading to the carrier or its agent, it was in turn sent an electronic release note which contained a computer-generated PIN code. That PIN code would be used by the haulier sent by the consignee to collect the goods who would use it to gain entry to the MSC terminal at Antwerp to pick up the container.

On the occasion which gave rise to the present claim, Glencore's agent presented a bill of lading for 3 containers to MSC's agent. The bill contained the words:

1. [2017] 2 Ll. Rep. 186.

“If this is a negotiable ... Bill of Lading, one original Bill of Lading, duly endorsed must be surrendered by the Merchant to the Carrier ... in exchange for the Goods or a Delivery Order.”

It therefore provided that, in exchange for the bill of lading, its holder would get either the goods themselves or a “delivery order”. The term “delivery order” was not defined.

When the bill of lading was presented to it, MSC e-mailed to Glencore’s agent a release note which contained 3 PIN codes, one for each container. However, when Glencore’s hauliers arrived at the terminal to collect the containers, 2 of them were no longer there. Although the precise circumstances of the theft were not established, it seems likely that the code had been intercepted and used by the thieves to collect the cargo.

Glencore sued MSC claiming damages for breach of the bill of lading contract, breach of their duty as bailees and for conversion of the goods. MSC raised a number of defences but for present purposes only 2 need to be mentioned.

B. Symbolic possession

The first defence was that, as a matter of law, when MSC delivered the PIN codes to Glencore’s agents, they delivered possession of the goods² and therefore discharged their duty of delivery under the bills of lading. The argument was put more elaborately than this but in essence it was that the code was the symbolic key to the warehouse. Once Glencore had the code, which no-one else ought to have had, they and they alone controlled and had constructive possession of the goods. Accordingly, by delivering the code giving symbolic or constructive possession of the containers, MSC had fulfilled their delivery obligation under the bill of lading.

That argument failed for the following reasons:

First, the Court of Appeal held that the question whether the delivery of the *code* amounted to delivery of the *goods* must depend on the terms of the contract itself. The word “delivery” usually means actual delivery, not delivery of a means of access to the goods³. The contract nowhere said that MSC would discharge its obligations by delivering the PIN code.

The court then went on to consider what the process of delivery actually involves. It started by saying that care need to be taken when considering

2. Section 61(1) of the Sale of Goods Act 1979 defines “delivery” as “voluntary transfer of possession from one person to another.”

3. *Glencore International v. MSC Mediterranean* [2017] 2 LL. Rep. 186 at [31].

what amounts to “constructive” or symbolic delivery for the purposes of the contract. As the court said, delivery of the key to a warehouse is often referred to as a method of symbolic delivery but it is doubtful that delivery of the key would be sufficient if there was a spare key. The warehouse keeper, by retaining one key, would be retaining both possession and the ability to control the goods.

Further, the court said, the key to the warehouse example of symbolic delivery assumes that, when the warehouse is opened, the goods are there. In the present case however when the code was entered at the terminal, 2 of the 3 containers were missing. Whilst MSC would say that that meant that those containers were stolen when they were in the possession of Glencore, that would depend on whether the theft took place before or after the codes were provided to Glencore’s agent. The court thought it unlikely that the parties would have intended the rights of Glencore to depend on precisely when the goods were stolen, something that might be impossible to determine.

The court then went on to consider whether MSC had relinquished control of the goods. That question was material because it was said by Diplock J in *Barclays Bank v. Commissioners of Customs and Excise*⁴ that a bill of lading contract is “*not discharged by performance until the shipowner has actually surrendered possession (that is, has divested himself of all powers to control any physical dealing in the goods) to the person entitled under the terms of the contract to obtain possession of them.*”

The judge at first instance⁵ decided that MSC had not relinquished control. Not only were the containers still in the custody of MSC’s Belgian arm which owned part of the terminal but MSC also had the ability (albeit not the contractual right as against Glencore) to revoke the PIN codes so as to prevent the containers from being collected. However MSC argued that a finding of fact that they had not relinquished actual control of the goods did not necessarily mean that they had not made delivery for the purposes of the contract. Even if they could have revoked the PIN codes to prevent the goods being taken, that did not mean that they had not delivered the goods by handing over the codes. All it meant was that if they then revoked the codes, they would be guilty of unlawfully interfering with Glencore’s interest in the goods.

The relevant question was not whether they could in fact have revoked the codes but whether they were entitled to revoke them. Were that was not the

4. [1963] 1 Ll. Rep. 81 at page 89.

5. Andrew Smith J.

case, it would never be possible to have a symbolic delivery. To return to the example of the key to the warehouse, as a matter of practicality the carrier could always change the locks on the warehouse.

The Court of Appeal said that in *Barclays Bank v. Commissioners of Customs and Excise* Diplock J was concerned with practice rather than legitimacy. The criterion was whether the shipowner could in fact prevent discharge not whether it was entitled to do so. The same approach had also been adopted in *The Jag Ravi*⁶. In the ordinary case where a shipowner discharge goods into a storage facility with orders to deliver to the receiver, the goods remain undelivered for so long as the order given to the storage facility is revocable by the shipowner. In retaining a practical ability to retain the goods, the shipowner has not surrendered possession and control and has therefore not delivered the goods.

But neither of those cases were ones involving symbolic delivery. The Court of Appeal accepted that if the parties agreed that the carrier could discharge its obligations by the symbolic delivery of the goods, e.g. by the delivery of a PIN code, it could do so even if, in practice, it could deprive the receiver of the goods by changing the PIN code. However, there was no such agreement in this case.

C. Release note and PIN codes a “delivery order”

MSC also argued that the release note and the PIN codes were, in effect a delivery order, for the purposes of the bill of lading which provided that on surrender of the bill the merchant would get the goods or “a Delivery Order”. As to that, the Court of Appeal said that the term “Delivery Order” was not defined in the bill and was capable of a number of different meanings.

As a matter of common law the meaning of the term “ship’s delivery order” depends on the context in which it is used. In a contract of this kind, governed by English law, the term “delivery order” should mean “a ship’s delivery order” as that is defined in the Carriage of Goods by Sea Act 1992.

That provides by section 1(4) that:

“References in this Act to a ship’s delivery order are references to any document which is neither a bill of lading nor a sea waybill but contains an undertaking which:

6. [2012] 1 Ll. Rep. 637.

- (a) *is given under or for the purposes of a contract for the carriage by sea of the goods to which the document relates, or of goods which include those goods; and*
- (b) *is an undertaking by the carrier to a person identified in the document to deliver the goods to which the document relates to that person."*

Like the judge at first instance, the Court of Appeal thought it unlikely that a receiver would be prepared to surrender its rights under the bill of lading to have the goods delivered to it, except in exchange for the goods themselves or for a document containing a substitute undertaking to deliver. For that reason, the court thought it implicit that the parties intended that the delivery order referred to in the bill of lading should have the key attribute of a bill of lading, namely an undertaking by the carrier to deliver the goods to the person identified in it, namely here, Glencore or their agents. Neither the release note nor the PIN code gave such an undertaking or could be understood as one. Accordingly, the release note, which did no more than instruct the terminal to release the containers on provision of a PIN code, could not be regarded as a ship's delivery order.

MSC submitted however that the release note should be understood as containing an implied undertaking to release the cargo to the first person that entered the correct PIN Code. They prayed in aid the line of cases establishing that it is the duty of the carrier to deliver the goods to the first presenter of an original bill of lading, even if it is marked "second," so long as the carrier does not have notice of anyone else having title⁷. Since MSC would have been entitled and bound to deliver the goods to the first presenter of a genuine paper bill, even if that person was not in fact entitled to the goods, it was illogical to hold that they were not entitled to deliver them to the first person to enter the PIN code.

The short answer to that point, the Court of Appeal said, was that the position in relation to bills of lading was well established but there was no similar well-established rule as to PIN codes. Although the Early Release System had been in operation at the port for several years, there was no "*custom of merchants*", Glencore were not aware of the system, although their agents were, and there was no reason to assume that they would have been prepared to accept it. It may be that a system according to which delivery against a PIN code was good delivery, even if the code was entered by a thief, was a

7. See for example: *Glyn Mills Currie & Co v. East and West India Dock Co* (1882) 7 App Cas 591, *Sze Hai Tong Bank Ltd v. Rambler Cycle Co Ltd* [1959] A.C. 576 at 586 and *SA Sucre Export v. Northern River Shipping Ltd (The Sormovskiy 3086)* [1994] Ll.Rep. 266 at 274.

sensible one because of the advantages of technology over paper, but if such a system was to be implemented, that would have to be either by the parties providing for it in their contract or by way of statutory imposition.

Finally, one of the arguments advanced by Glencore was that the release note could not be a “Delivery Order” because it was not a document, unlike the bill of lading which was. As mentioned above, section 1(4) of the Carriage of Goods by Sea Act 1992 says that a delivery order is required to be a “document”.

The Court of Appeal was not impressed with this argument. If it was correct that the delivery order envisaged by the bill of lading was something that had to contain an undertaking to Glencore or its agent to deliver to them, the court doubted that it mattered that it was only in the form of an e-mail which could be printed out, for three reasons:

- (a) because delivery could only be performed by delivering to Glencore or its agent;
- (b) because the e-mail itself would prove that the undertaking had been given;
- (c) because it was accepted by Glencore that if the e-mail was printed out, there would be a (paper) document.

The Court of Appeal was equally unpersuaded by Glencore’s reliance on section 1(5) of COGSA 1992 which provides:

“The Secretary of State may by regulations make provision for the application of this Act to cases where an electronic communications network or any other information technology is used for effecting transactions corresponding to—

- (a) the issue of a document to which this Act applies;*
- (b) the indorsement, delivery or other transfer of such a document; or*
- (c) the doing of anything else in relation to such a document.”*

The fact that the Secretary of State had not made any such order did not cast any light on the way in which the Bill of Lading here should be interpreted.

Before leaving this section, it is worth noting that it makes it tolerably clear that the 1992 Carriage of Goods by Sea Act does not apply to Electronic Bills of Lading⁸, a subject I will return to. So too does section 5(2) of the same Act which defines the “holder” of a bill of lading, that is to say a person to whom

8. For if it did, there would be no need for a regulation to make the Act applicable to the issue of electronic bills.

rights under a bill of lading are transferred when a bill is transferred, as “a person with possession of the bill”. As a matter of English law it is probably not possible to possess something intangible like an electronic bill of lading.⁹ As I mention below, steps are in the course of being taken to deal with that problem.

To return to *Glencore v MSC*, the main conclusions that can be drawn by the author are the following:

First, as one would expect, it shows that, if parties make express provision in their contracts as to the effects of technology, whether by way of *ad hoc* provision or by the incorporation of standard clauses like the BIMCO Electronic Bills of Lading Clause or Electronic Signature Clause, the courts will give effect to them.

Secondly the case demonstrates the court’s willingness, in an appropriate case, to interpret language intended to deal with older technology as applying to more recent innovations. Hence the court was prepared to treat the reference to “document” in COGSA 1992 as including an electronic document sent by e-mail.

D. “The Sounion”

A similar approach was adopted by the Court of Appeal in *The Sounion*¹⁰ in relation to the 1946 version of the NYPE Form.

In that case the court had to decide whether, under that version of the NYPE form, it was the owners or the charterers who were liable to pay for the diesel oil burnt by the vessel in generating electricity for use in domestic purposes such as lighting, heating, cooking, air conditioning, power for televisions and personal electrical equipment. The answer to the question depended on the meaning of clause 20 which provide:

“Fuel used by the vessel while off-hire, also for cooking, condensing water, or for grates and stoves, to be agreed as to quantity and the cost of replacing same to be allowed by Owners.”

9. See *OBG Ltd v. Allan* [2007] UKHL 21, [2008] 1 AC 1, *Your Response Ltd v. Datastream Business Media Ltd* [2014] EWCA Civ 281, [2015] QB 41 at [16]: “Indeed, I do not think that the concept of possession in the hitherto accepted sense has any meaning in relation to intangible property” per Moore-Bick LJ.

10. [1987] 1 Ll. Rep. 230.

The tribunal had held that the phrase “grates and stoves” should be given a broad meaning and taken to cover any fuel burnt for the crew’s domestic purposes.

The Master of the Rolls said:

“The persistence of shipping men, whether owners or charterers, in using terminology which has ceased to have any literal meaning may strike a lawyer as going beyond the bounds of the quaint and approaching those of perversity. Nevertheless, as Mr Justice Devlin said in *The Adamastos*¹¹:

“this court does not exist for the purpose of correcting the exercises of commercial men, but for the purposes of giving effect to their intentions where it can penetrate to them through the very often dubious form of words which they use...”.

The Master of the Rolls recorded that the reference to “grates and stoves” first appeared in the original version of the form produced in 1913 at which time vessels were driven by steam created by the burning of coal and the crew’s accommodation was furnished with open fires or grates on which coal was burnt to warm the accommodation and with closed stoves used for cooking. However by 1987 when the case was decided, grates and stoves were a thing of the past.

He went on to uphold the decision of the tribunal that “grates and stoves” referred to all domestic purposes. It would be perverse if the Owners were required to pay for fuel used for cooking (as it was agreed they were) but not for fuel used for making ice cream in a fridge. Or if they were required to pay for fuel to make the accommodation warmer by use of air conditioning but not if the air conditioning was used to make it colder.

E. Statute

However, as the Court of Appeal in *MSC v Glencore* recognised, there is a limit to what the parties can do by provisions in their contract and what the court can do by way of benevolent interpretation. This has become particularly apparent in the context of electronic Bills of Lading. There are 2 particular areas of note.

The first is in relation to the existence or formation of a contract. It is no good having a clause in an electronic bill of lading providing that it will have the

11. [1957] 2 Q.B. 233 at 249.

same effect as a paper one if the system of law which one is dealing with does not recognise an electronic bill of lading as a contract at all.

The second is the problem I mention above that, as a matter of English common law, it is probably not possible to possess something that is intangible. The terms of an electronic Bill of Lading cannot give it an ability to be possessed that it does not have as a matter of law.

The possession problem has recently been addressed by the Law Commission who, on the 15th March 2022, presented its report on Electronic Trade Documents as well as a draft Bill the intention of which is to give to certain electronic trade documents, including bills of lading, the same effect as the paper documents they replace.

The Bill is intended to be compatible with and to reflect the UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records which, as you will be aware has been adopted (in some cases with modifications) by 7 countries including Singapore and Bahrain¹².

In essence, the Law Commission proposes that if the electronic document possesses 3 features it will be an “*electronic trade document*” for the purposes of the Act and will become possessable in the same way as a paper document is. Those 3 features are:

- (a) That only one person or persons acting jointly can control the document at any one time. There should only be one key to the warehouse;
- (b) That that one person should be completely divested of control once the bill is transferred;
- (c) That a reliable system, be it blockchain or some other system, should be used to ensure that the other 2 criteria are satisfied.

They also recommended a list of factors which may be taken into account when assessing whether a system is reliable. Those are set out in section 2(4) of the draft bill which provides:

“When determining whether a system is reliable for the purposes of subsection (1), the matters that may be taken into account include—

- (a) any rules of the system that apply to its operation;*
- (b) any measures taken to secure the integrity of information held on the system;*

12. Other countries which have adopted it are Belize, Kiribati, Papua New Guinea, Paraguay and Abu Dhabi.

- (c) any measures taken to prevent unauthorised access to and use of the system;*
- (d) the security of the hardware and software used by the system;*
- (e) the regularity of and extent of any audit of the system by an independent body;*
- (f) any assessment of the reliability of the system made by a body with supervisory or regulatory functions;*
- (g) the provisions of any voluntary scheme or industry standard that apply in relation to the system.”*

The Bill proposes the revocation of ss1 (5) and (6) of the Carriage of Goods by Sea Act 1992¹³.

Finally like the Model Law, the draft Bill makes provision for the electronic Bill to be replaced by a paper Bill in case the goods end up in a jurisdiction where electronic bills are not recognised. The presumption is that eventually electronic trade documents will be universally acknowledged and the clause will fall into disuse.

The Bill was included in the Queen’s Speech in May 2022 as one to be considered in the present session of Parliament¹⁴. Unless, which seems unlikely, it meets strong opposition, the expectation is that it will pass into law in the present session.

Whether, some 32 years after the CMI adopted its Rules for Electronic Bills of Lading, the new law will lead to electronic Bills becoming the norm for parties choosing to contract on the terms of Bills of Lading governed by English law, remains to be seen.

13. Section 1(5) is set out above. Section 1(6) contains ancillary provisions as to the content of the regulations and as to how the power to make them may be exercised.

14. It has since been presented to Parliament on the 12th October 2022.

Transparency at IMO and in shipping: rule changes and recent developments

Frederick J Kenney

Director, Legal Affairs and External Relations Division,
International Maritime Organization

1. Introduction - The Historical Perspective - IMO Mirrors the Industry

Shipping suffers from something of an identity crisis. Ask the vast majority of people in the world where their food came from, where the petrol for their car came from, where the television in their family room came from, and they will not say “from a ship”, even though in 90% of cases, it probably did. Shipping is the quiet giant, delivering and supporting the global economy without receiving much credit, and to very little fanfare. And many, many in the business of shipping were perfectly happy with that state of affairs, as frankly, many were not interested in the public knowing the business.

IMO, through its history, has largely mirrored the industry in its approach to the media and public outreach. One long-time delegate to the IMO recently described the IMO of the 1970’s (or IMCO, as it was known then) as truly a “smoke-filled” room” where men (and it was almost invariably men) went in and regulations came out, with little in the way of transparency or public outreach.

The question before the IMO and the industry now is whether staying in the background is sustainable in the future? With the rise of social media, instantaneous global communications and a 24-hour news feed can shipping stay quiet, and is that strategy to our benefit? The answer to those questions appears to be “no”.

2. The Pros and Cons of Transparency

Of course, as any organization or endeavour becomes more transparent, it also accepts more risk of being publicly criticized. However, staying quiet also carries that same risk - maybe more, especially if something bad happens. It is more difficult to get the other side of the story out. The benefit of being transparent is that you build trust among the media, while

also reaching a wider audience that will begin to understand the issues facing the shipping industry.

3. Current Realities

a. The Pandemic and the Crew Change Crisis

The experience of shipping during the pandemic is quite instructive as to the pros and cons of being more transparent. In response to the crew change crisis, where hundreds of thousands of seafarers were stranded on their ships past the expiration of their contracts because of an inability for travel, one of the methods that the IMO and the wider UN tried was a media blitz, in the hopes the decision-makers, in particular health officials, would recognize the importance of shipping and ease restrictions on seafarer travel. And that effort was successful in one way - the global media picked up on the story and ran with it. Every major television new network, such as the BBC, CNN, Al Jazeera and France 24 ran multiple stories on the plight of seafarers. Major newspapers around the world such as the New York Times, the Financial Times, the Wall Street Journal, El Tiempo, etc., ran multi-page stories on the crew change crisis. In that respect, shipping may have received more coverage, over a longer period of time than any other story in a long time. In that respect, the effort served to educate the public on the sacrifices that seafarers make to deliver the world's economy. However, the answer to the question of whether it had the desired effect of easing travel restrictions, it is less certain.

b. M/V EVER GIVEN

The grounding of the container ship M/V EVER GIVEN in the Suez Canal is also instructive. During the time the ship was aground, and through the salvage efforts, the story was one of the biggest in the world. But the focus was primarily on the economic impacts of the closing the canal, when that story could have been flipped to highlight how vital shipping is to the global economy. Some commentators have said that shipping missed a golden opportunity to explain how the system works to the world; instead the story became largely negative. I personally tend to agree with that sentiment.

c. Environmental Issues

The entry into force of the revised regulations for the sulphur limit in ship's fuel oil, or "IMO 2020" as it is known, is another instructive example. Up until December 2019, many in the media were predicting that the imposition of

IMO 2020 was going to cause a global economic meltdown, as there would be insufficient supplies of compliant fuel, which would spill over and effect the price of gasoline and other fuels. The stories were largely negative and ominous. The implementation was another matter entirely. Indeed, the implementation of IMO 2020 went extremely well; the IMO, to this day, has received less than 75 reports of non-compliant fuel, or of the non-availability of compliant fuel. Less than 75 reports, globally. This is a remarkable record and the industry should be quite proud of the implementation effects, for a regulation that is predicted to prolong lives and prevent early deaths for hundreds of thousands of people. That is a very good story for shipping. But that story is not being widely told, and it should be.

Of course, the main topic at IMO today is the reduction of greenhouse gas emissions from ships. And the fact is that IMO has already achieved significant advances in making ships more energy efficient, despite our best communications efforts, is not widely known. If you contrast the efforts of IMO with the efforts of ICAO, it causes one to wonder why the ICAO message regarding making aviation more green has been more effective. My view is that it has largely to do with the fact that the aviation industry, that is, the airlines, already have very sophisticated media and marketing divisions that are very effective at telling their story. By contrast, the only segment of the shipping industry that has a similar set-up is the cruise industry. It is getting better, and some of the major shipping companies have developed very effective messages regarding greener shipping, as have some of the major shipping NGO's such as ICS and BIMCO. But because the shipping industry is so diffuse, these efforts are rather fragmented. There is no global coordinating mechanism for communications in shipping. Could it be the IMO? Not as currently resourced; the IMO's Public Information Services is quite small.

4. Current issues at IMO

Although some in the media criticise IMO for not being a transparent organization, the IMO Council, since 2018, has been making significant changes to policy in order to improve transparency. Many, many more documents are now available to the public through the IMODOCS website as a result of policy changes adopted by the Council. In addition, in March 2021, the IMO Secretariat published an Access to Information Policy, available on the website that is similar to "Freedom of Information" policies in many governments, and follows closely many similar policies at other UN agencies. The Council endorsed this policy in July 2021. Of course, greater transparency must be balanced by the need to protect privacy. In that regard, the issue

of the EU General Data Protection Regulation (GDPR) has been the subject of intense discussion among the EU and the UN, as the EU claims that the GDPR applies to the UN, where the UN claims it is immune. These discussions continue, but in the meantime, all UN agencies are working to enhance their privacy policies.

In addition, in December 2019 the IMO Council amended the terms and conditions for media presence at IMO meetings, significantly enhancing the ability of the media to report on decisions as they are taken, and to report on the discussions taking place, although specific speakers cannot be quoted without their consent. This has led to some issues however, as several commentators have begun posting to social media while meetings are going on, in violation of the media terms and conditions. Part of the issue can be traced to the fact that in most other UN agencies, meetings are public, then can be closed when required, in order to allow for free discussion and exchange of information and ideas by the Member States. However, in IMO, all meetings, except the Assembly, are closed, with the media allowed in, provided they comply with the media terms and conditions. So, it sets up an odd situation. The new media terms and conditions are an improvement and make the situation more clear, but some Member States have raised concerns regarding greater media access to meetings.

5. Where do we go from here?

As mentioned earlier, shipping is very diffuse, making coordinated global communications a real challenge. However, if there are mechanisms to create synergies in messaging, it can be very effective. The Neptune Declaration regarding the crew change crisis is a good example, as are the Poseidon Principles for making shipping greener. These show how the industry can come together on a common message. At IMO we will continue to enhance our messaging and media capabilities, especially regarding social media, where their presence is already strong. Further, we have identified the social media outlets where different segments of the industry tend to gather. For example, seafarers tend to use Facebook and Instagram, where industry executives tend to use LinkedIn and Twitter. Targeting messages to these audiences and platforms is becoming more of a focus for IMO. And I hope that the industry will indeed begin more coordinated communications, to all of our benefit.

Cyber Risks Insurance for Shipowners and Operators - Time for a Far-Reaching Risk Assessment

Barış Soyer

Professor of Commercial and Maritime Law,
Director of International Shipping and Trade Law, Swansea University

I. Introduction

The shipping sector has only recently become aware of the magnitude of the threat that cyber risks pose for the sector in the wake of several high-profile incidents.¹ In fact, there are several reasons why the sector is vulnerable to cyber threats. The number of ships that have onboard internet access has increased dramatically in the last decade.² Connection of the ship networks to the internet creates a serious hazard, as it potentially makes every commercial vessel a target for cyber criminals. Also, ships today are more dependent upon computers and computer software to operate and control various systems on board. For example, in the context of ship operations bridge systems such as Electronic Chart Display and Information System (ECDIS), Automatic Identification Systems (AIS) and GPS are often used. Similarly, main and auxiliary propulsion systems increasingly rely on computer systems to function efficiently. Such systems on board are also connected to other systems owned by a ship owning company; thus, hacking the onboard systems of a vessel could potentially have an impact on many systems and might even lead to a shut-down of a whole host of systems, resulting in a disruption of

-
1. In 2017, A.P. Moller Maersk, one of the largest container shipping companies, became the victim of a cyber attack which used a modified version of the Petya ransomware (NonPetya), bringing down IT systems and operational controls across the board. The attack caused a serious business interruption and the cost to the company was reported to be around \$300 million. In July 2018, COSCO Shipping Lines confirmed that it was hit by a cyber attack impacting its internet connection within its offices in America. The company was successful in isolating its internal networks across its global operations and as a result even in the United States, Canada, and South America cargo handling at its marine terminals was largely unaffected.
 2. For example, whilst in 2008 only 5200 commercial ships had onboard internet access, in 2020 this number was at 58,200 (Data obtained from CyberKeel).

massive scale and significant economic losses.³ Given that any vulnerability in the systems of a commercial ship could potentially expose the ship owning corporation to significant cyber risks, two other factors that might exacerbate the problem need to be mentioned. It is a very widely held view that the crew onboard most commercial vessels are not fully aware of the scale of cyber risks that can affect the systems of the ship, and various surveys indicate that a huge proportion of crew members has received limited or no cyber training from their employers.⁴ Therefore a crew member who uses illegally copied software on his smart phone could easily infect the system of a vessel with the latest virus simply by charging the battery of his phone using the ship's system. Also, firms specialising in building cyber resistance for shipping corporations warn that most organisations are using out-of-date firewalls and antivirus software that is not updated regularly in a systematic manner in many organisations, thus exposing systems to enhanced cyber risks.

When facing such threats, one would expect the owners and operators to adopt various risk mitigation tools, such as purchasing cyber risk insurance. The general view in the insurance sector is that ship operators do not purchase adequate or appropriate types of cyber insurance products, or they mistakenly believe that their existing products would protect them against cyber risks. The main objective of this paper is to demonstrate i) cyber risks could potentially affect different financial interests of shipowners that normally come under the scope of different insurance products; and more fundamentally, ii) each ship owner/operator needs to engage in a comprehensive risk assessment exercise to identify if and which insurance product they need to consider purchasing as an appropriate risk mitigation tool.

To this end, after a brief introduction to the cyber insurance market, in Part III we shall discuss how cyber threats could affect different aspects of a ship owner's business operations, and why purchasing cyber endorsement for hull and machinery insurance policies is vital but not necessarily adequate to provide adequate financial security for ship owning companies.

3. In fact, this was the case when A.P. Moller Maersk faced a cyber attack in July 2017. The company opted to shut down several systems to contain the issue. A similar approach was adopted by COSCO when the company faced a similar cyber-attack in July 2018.

4. <https://safety4sea.com/survey-finds-lack-of-maritime-cyber-security-training-amongst-crews/> (last tested on 31 December 2022).

II. Cyber Insurance Market

In its current state, the US cyber insurance market is much more developed than most of its European counterparts, but it is an undeniable fact that the London cyber insurance market is growing rapidly both in terms of its size and range of products on offer; it has become the premier insurance market providing cyber risks cover for global corporations operating in maritime, aviation and transport sectors.

Cyber-specific products in the London market exist as add-ons to presently existing coverage lines, in the form of endorsements⁵ or drop-down coverage, or they are available as independent, stand-alone coverage products that usually target certain types of cyber losses.⁶ Cyber cover in the London market is offered for a wide range of losses associated with cyber risks, such as property damage, including recovering and repairing data, loss of data, cyber extortion, crisis management costs, network security liability, intellectual property, media breaches, and business interruption. However, unlike other lines of business, such as hull & machinery, freight or cargo insurance, there is no standard form of insurance used in the market for cyber risks.⁷

The insurers in the London market have embraced this new risk. A predicament known as “insurer ambiguity” in law and economics literature, which essentially describes market conditions where a reduced number of policies are made available at less affordable prices by insurers due to hesitancy of insurers to engage in a particular line of business, has not materialised. That said, due to their nature, cyber risks pose serious challenges for insurers in rating these risks accurately and dealing with moral hazard issues that might arise. It is also the case that in recent years, cyber risk insurers are facing an increased volume of claims, and as a result most insurers have adopted very strict screening processes, essentially requesting potential assureds to complete very detailed questionnaires prior to offering insurance cover.

5. See, for example, Marine Cyber Endorsement (LMA5403), which is designed to be incorporated into hull and machinery or war risks policies offered to vessels and other offshore structures.

6. See, for example, HISCOX CYBERCLEAR policy, which provides cover for damage and loss suffered by the assured due to cyber breach, cyber-attack, security failure and illegal threat, but excludes hacking by the director or partner of the assured company, infrastructure failure, losses caused by outdated systems, and any post from a social media account.

7. Most insurance companies have developed their own forms, see for example, HISCOX CYBERCLEAR policy and BEAZLEY BREACH RESPONSE policy.

III. Different Financial Risks Ship Operators Face - One Insurance Product Does Not Solve All Problems

A. Common Misconception - Cyber Write-Backs Solve All Problems

Most conventional hull & machinery policies explicitly attempt to exclude losses caused by cyber risks. To this end, the Institute Cyber Attack Exclusion Clause, commonly known as “CL380”, is incorporated into policies. There are a number of variations to this clause, but in essence it provides:⁸

... in no case shall this insurance cover loss damage liability or expense directly or indirectly caused by or contributed to by or arising from the use or operation, as a means of inflicting harm, of any computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process or any other electronic system.

Although the clause has not yet been subjected to judicial airing, applying general construction rules and principles, one might easily come to the conclusion that the scope of this exclusion is very broad. Several examples will be used to illustrate this point. It is obvious that the use of the causation triggers, such as “directly or indirectly caused by or contributed to” in the clause, expands the scope of this exception considerably. In fact, the case law illustrates that “directly or indirectly caused by or contributed to” is the widest causation trigger that can be employed in the context of an exclusion clause. In *Coxe v. Employers’ Liability Assurance Corp Ltd*⁹ at the beginning of the First World War, an army officer was killed by a train whilst inspecting his troops who were guarding the old South East railway near Folkestone. When he was struck by the train at night he was walking the line at a place where the general public were prohibited, in circumstances where the lights from a nearby signal box had been dimmed in accordance with the Defence of the Realm Act 1914. The officer had taken out a life insurance policy which contained an exception: “The policy does not insure against death... directly or indirectly caused by, arising from, or traceable to... war....”. The court found that the death of the officer was traceable to war and was excluded by the policy. Scrutton, J, put it elegantly:¹⁰

... the words which I find it impossible to escape from are “directly or indirectly.” There does not appear to be any authority in which those

8. The wording of the “Marine Cyber Exclusion” (LMA5402) recently published by the Lloyd’s Market Association is very similar.

9. [1916] 2 KB 629.

10. Ibid. at 634.

words have been considered, and I find it impossible to reconcile them with the maxim causa proxima non remota spectatur. If it were contended that the result of the words is that the proximate cause, whether direct or indirect, is to be looked at, I should reply that that result does not appear to me to be consistent or intelligible. I am unable to understand what is an indirect proximate cause, and in my judgment the only possible effect which can be given to those words is that the maxim causa proxima non remota spectatur is excluded and that a more remote link in the chain of causation is contemplated than the proximate and immediate cause.

Scrutton, J, was convinced that if the officer had been struck by lightning while he happened to be at a military camp, it could not be said that his death was indirectly caused by the war. However, in this case he had been killed by the train while undertaking military duties, and thus his death was indeed indirectly caused by the war. The main message that emerges from the judgment is that the use of the words “indirectly caused by” still requires a genuine causal connection between the loss and event, albeit not an immediate one. It is sufficient that the two are connected by a “*chain of causation*”, however many links apart they may be in that chain.¹¹ In the context of CL380, this means that any causal connection in the chain between the loss and use or operation of any computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process, or any other electronic system for the purpose of inflicting harm would be adequate to trigger the exclusion.

In evaluating the scope of this exclusion clause, the second issue is whether the insurers could still rely on CL380 in a case where the assured is the victim of a collateral damage from a cyber attack aimed at a third party. If, for example, an amateur hacker is circulating malware randomly, which leads the ECDIS of the insured vessel to malfunction resulting in her grounding, would the insurer be able to deny liability assuming that CL380 has been incorporated into the policy? Again, there is no direct judicial guidance on the matter, and some relying on the Supreme Court’s judgment in *Navigators Insurance Co Ltd v. Atlasnavios-Navegacao Lda (The Atlantic B)*¹² might put an argument forward to the effect that a malicious attack can be committed only when some “element of spite, ill-will or the like” is directed towards the “property insured” or at least to other property or persons. However,

11. This has been confirmed in *Spinney’s (1948) Ltd v. Royal Insurance Co Ltd* [1980] 1 Lloyd’s Rep 406 and more recently in *Arc Capital Partners Ltd v. Brit Syndicates Ltd* [2016] EWHC 141; [2016] Lloyd’s Rep IR 253.

12. [2018] UKSC 26; [2018] 2 Lloyd’s Rep. 1

Lord Mance, who delivered the main judgment in the case, was adamant that the clause in question (an exclusion clause in a war and strikes risks cover) should be construed in the context of that policy. That said, guidance can be obtained from other authorities, and in particular the decision of the Court of Appeal in *Tektrol Ltd v. International Insurance Co of Hanover Ltd*.¹³ There, the assured, a manufacturer of energy-saving devices, obtained insurance to protect its assets including key data for its products. During the Christmas period of 2001/02, the insured company lost independent copies of the source code for its most recent energy-saving product, which were stored on a variety of mediums—on desktop and laptop computers, at a remote site operated by a third party, and a paper copy. A virus on an email attachment (purporting to be a Christmas card from a firm of solicitors) deleted the source code held on the laptop and at the remote site. Upon returning after New Year, the assured discovered their business premises had been burgled and the desktop computers holding the source code and the paper copy had been stolen. An indemnity claim by the assured was declined by the insurer, relying on an exclusion clause in the policy that stipulated that loss arising directly or indirectly from “erasure loss distortion or corruption of information on computer systems or other records programmes or software caused deliberately by rioters strikers locked-out workers persons taking part in labour disturbances or civil commotion or malicious persons” is excluded from coverage. The Court of Appeal, reversing the judgment of the trial judge,¹⁴ held that the exclusion only applied where the assured was specifically targeted and as a result the data on computer systems was erased, lost or distorted. Buxton, LJ, stressed that “the clause does not extend to interferences by such people that are not directed at the computer systems, etc, used by the insured at the premises. If the insurer wished to exclude all damage caused however indirectly by a computer hacker he needed to place that exclusion in a separate clause, and not refer to malicious persons in the same terms as rioters or locked-out workers.”¹⁵ The decision acts as

13. [2005] EWCA 845; [2005] 2 Lloyd’s Rep 701.

14. [2004] EWHC 2473 (Comm); [2005] 1 All E.R. (Comm) 132.

15. [2005] EWCA 845; [2005] 2 Lloyd’s Rep. 701, at [12]. With regard to the question of liability regarding the burglary, the insurers sought to rely on the following exclusion clause, excluding loss arising from: “*other erasure loss distortion or corruption of information on computer systems or other records programmes or software unless resulting from a Defined Peril in so far as it is not otherwise excluded.*” It was argued that the physical loss of the data that was stored on the stolen desktop computers and the print out were covered by the above exclusion and, as theft or burglary was not a “Defined Peril” under the policy, that such loss could not be recovered. The majority of the Court of Appeal (Carnwath LJ dissenting) rejected this point as well.

a reminder that exclusion clauses in insurance contracts will be construed against the factual and contractual matrix, and a narrow construction will be adopted in cases where clear language to that effect is used.¹⁶ Here, the language used in the exclusion clause was deemed to have restricted the meaning of “malicious persons” by the placement of these words at the end of a sentence where reference is made to rioters, strikers and persons taking part in labour disturbances and civil commotions. A careful reading of CL380 reveals that the position is rather different. This is a stand-alone exclusion clause that seems to put no restriction on the type of people who could cause loss by using a computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process, or any other electronic system. The only requirement is that the objective of the people causing such losses is to “inflict harm”. It is, therefore, submitted that CL380 is radically different than the exclusion clause that Buxton, LJ, considered in *Tektrol Ltd v. International Insurance Co of Hanover Ltd* and is capable of excluding liability in cases where damage can be linked to the actions of any hacker acting with the intention of “inflicting harm”.

Also, reference to a loss caused by a “malicious code” is significant in this context. A person who authors a malicious code with the intention of inflicting harm to other computer users is not in a position to know where the code will end up and what kind of cyber security systems it might penetrate. Therefore, it can plausibly be argued that the intention of the draftsman was to exclude loss or liability caused by the use of a computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process, or any other electronic system by any person as long as he intended to inflict harm to anyone including but not restricted to the assured.

If this analysis holds true, it is clear that the scope of CL380 is so broad that it could potentially reduce the utility of conventional marine policies if incorporated into the policy. In the example given above (i.e., the ECDIS of the insured vessel malfunctioning as a result of a cyber attack, resulting in her grounding), the assured will not be able to recover even though “perils

It was held that in the context of the whole clause, the word “loss” did not extend to physical loss by theft, but referred only to loss by means of electronic interference. The draftsman’s use of words in this clause was seen as “linguistic overkill” in that a number of words and phrases were used all expressing more or less the same idea. The majority expressed the view that they would have expected the exclusion of such a different type of loss as physical loss to be covered in a separate clause.

16. The point was made authoritatively in *Impact Funding Solutions Ltd v. AIG Europe Insurance Ltd* [2016] UKSC 57. See, also, *Crowden v. QBE* [2017] EWHC 2597 (Comm); [2018] Lloyd’s Rep IR 83.

of the seas” (including grounding) is ordinarily an insured peril in most hull & machinery policies.

For operators who wish to reinstate cover against cyber risks, the insurers are prepared to offer write-backs for additional premium. The function of such a write-back clause is to provide cyber risk cover in hull policies. For example, JS2018-001 published on 10 January 2018 by the LMA’s Joint Specie Committee adds a write-back under cl. 1.3. Accordingly, the assured could recover if the loss is caused by a “targeted cyber-attack”—that is, an attack conducted by the use or operation, as a means of inflicting harm, of any computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process, or any electronic system where the motive is to inflict harm solely on the assured or assured’s property. This is a useful write-back although the assureds must be aware of a potential coverage gap; as there is still no cover for losses caused by an amateur hacker randomly circulating malware.

Conversely, “Marine Cyber Endorsement” (LMA5403) provides cover in circumstances where the computer programme or system is not used to inflict harm. However, cover will not be available under this Endorsement for loss, damage, liability or expense directly or indirectly caused by or arising from the use or operation of the computer programme or system to inflict harm. The clause goes on to confirm that where a policy is effected to provide cover against the risk of war, the exclusion for losses or damage or expense arising from the use or operation of the computer programme or system to inflict harm does not apply to losses might otherwise be covered for computer software that relates to the launch or firing of a weapon.

There is no doubt that if the insured vessel’s navigation systems are interrupted as a result of a targeted cyber-attack and this results in the grounding of the insured vessel, under a traditional hull and machinery policy (Institute Hull Clauses 1983 or International Hull Clauses 2003) that contains LMA5403, the loss will be recoverable from the insurers. However, this might give a false sense of security to ship operators. Such an endorsement deals with one side of their business (e.g., a particular asset in question), but what about potential business interruption as a result of that cyber-attack on that ship, or the other operations of the shipowning company? For example, what if the insured vessel is out of action for a period of time (as the systems are repaired or cleared from viruses) resulting in an off-hire situation under a time charterparty agreement? This is not a risk that traditional hull & machinery policies provide cover for. If they have in place a business interruption policy,

this is the policy that insurers might turn to in this case. But it is also possible that business interruption policies might contain a cyber risk exclusion worded in a similar manner. There is no reason why business interruption insurers will not be content to delete such an exclusion provided that operators are prepared to pay additional premium. However, operators need to be aware of the scope of cover of such business interruption policies and will need to negotiate a cyber write-back.

B. Cyber Insurance Cover That Ship owning Companies Would Need to Acquire

So far so good. However, a shipping company might face several other financial losses as a result of a cyber-attack. Imagine, for example, that a cyber attacker utilising the vessel's network connection with the company's land-based systems manages to hack into the company's other computers, stealing data or even disabling the whole network system that the company relied on. The attack does not need to come through a ship, though. The system of the company might be breached because of an attack directed at one of the agents of the company that is linked to the company's network. Such an attack is likely to have significant impact on various aspects of the ship owning company's business. To protect themselves against such risks, a ship owning company needs to consider purchasing a cyber risk insurance policy that can fill the gaps that conventional insurances leave open in relation to cyber-related perils. Thus, the assured could tailor the cyber insurance policy by taking into account their particular circumstances and needs.¹⁷

A shipowning company should consider cyber coverage for the following type of losses:

- Business interruption. Shipping companies increasingly rely on computers and digital storage of essential data. A cyber-attack which leads to shutting down of the systems as a precaution or cripples companies from performing normal business activities could lead to a significant financial loss. There is no consistency in terms of cover offered, but generally speaking it is required that there is some degradation in

17. However, it is often stated that lack of product standardization in the cyber insurance market continues to pose a challenge for companies, making it difficult to conduct comparisons or to find a product that matches their exposure. See, the paper produced by Cambridge Centre for Risk Studies in collaboration with Risk Management Solutions in 2017, *Managing Cyber Insurance Accumulation Risks* (can be found at: https://www.jbs.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/research/centres/risk/downloads/crs-rms-managing-cyber-insurance-accumulation-risk.pdf (last tested on 31 December 2022)).

network performance caused by i) unauthorised use of or access to the network; ii) denial of service attack or denial of access, including ransomware; iii) receipt or transmission of malicious code, including viruses; and iv) damage, loss or theft of data, including confidential data; and this degradation should be the cause of any interruption to commercial operations. Cyber policies would invariably state that all losses that flow directly from the event will be covered up until the end of a fixed period (known as “maximum indemnity period”), which is usually capped in the policy between 60 to 120 days. The value of “loss of profit” in cyber policies is calculated either by reference to “loss of gross profit” or “net profit plus continuing fixed costs”.

- Cyber extortion. Some policies will also indemnify the assured when a ransom is paid in response to a threat to disable its computer system but before any attack has actually been carried out.
- Crisis management costs. Policies usually indemnify the assured for notification expenses, forensic expenses, public relations costs, and other assistance costs.
- Property damage including recovering and repairing data. Some policies would cover damage to digital assets (data and programmes) and in some cases personal injury.
- Loss of data. This would normally include cover for any liability payments made to third parties whose data has been lost or damaged by the assured as a result of a data breach as long as the quantum of the payment has been the subject of judicial ruling or is the result of a settlement that the insurer has endorsed.
- Regulatory fines, penalties, costs and expenses. Most policies would stipulate that fines and penalties are payable “to the extent allowed under applicable law”.
- The loss of intellectual property (IT) or the reputational impact. It should be noted that some policies extend cover to IT liabilities.

With regard to the scope of the cover, a few observations are in order. First, given that this is a relatively new product, there is not much guidance from courts as to how cyber risk policies, and especially technical terms such as “mechanical/electronic failure” or “malicious code” used in such policies relating to cyber risks, will be construed by courts. This problem is not unique to cyber policies but can arise in the context of any insurance policy providing cover for a new type of risk. Generally speaking, in a case where a word has a technical meaning, it is presumed that it was intended in its technical

meaning.¹⁸ However, there is convincing judicial authority to the effect that the courts will not attribute a technical meaning to the words especially if the ordinary meaning of a word differs from the technical meaning and one party to the contract (in this context, a shipping corporation) cannot be expected to be familiar with the technical meaning.¹⁹ This is likely to be the case in the context of cyber insurance, given that this is a new type of risk that most shipping corporations have not yet come to terms with.

Second, it is not uncommon for cyber risks policies to exclude losses arising from terrorism. This could be very problematic for shipping corporations, as several reports seem to suggest that many cyber-attacks are politically motivated²⁰ and thus could be excluded from cover under an exclusion of that nature.

Last but not least, given that the cyber risks cover is still at its developmental stage, it is possible that the assured might end up purchasing cyber cover for a risk that is already covered by a separate insurance product. Let us imagine that the software that is used to control an automatic crane in a warehouse is corrupted by malicious code. The corruption of software causes the crane to malfunction and as a result one of the employees is injured. It is highly likely that the company's general liability policy would respond to the direct liability associated with injury. A cyber risk policy would also provide cover for this loss unless of course it expressly excludes liability for any claim "arising out of or attributable to personal injury". If both policies respond to the loss, this is a case of double insurance, which would not necessarily provide any monetary advantage to the assured;²¹ but the issue here is that the assured will be possibly paying additional premium under his cyber risk policy for a loss that would have been ordinarily covered under his general liability policy.

18. See, *Kumar v. Life Insurance Corporation of India* [1974] 1 Lloyd's Rep 147, at 149, where Kerr, J, in the context of a life insurance policy held that a "Caesarean delivery" was an "operation" on technical usage.

19. See, *De Maurier (Jewels) Ltd v. Bastion Insurance Co Ltd* [1967] 2 Lloyd's Rep 550 where Donaldson, J, disregarding the technical meaning of the words, held that a car "owned by the insured" included cars held on hire-purchase by the company as a reasonable assured not fully aware of the niceties of law would describe them as "the company cars".

20. See, the regular incident reports published by Carbon Black, see, https://www.carbonblack.com/security_experts/threat-reports/ (last accessed on 31 December 2022).

21. Section 32(2) of the MIA 1906 stipulates: "Where the assured is over-insured by double insurance— (a)The assured, unless the policy otherwise provides, may claim payment from the insurers in such order as he may think fit, provided that he is not entitled to receive any sum in excess of the indemnity allowed by this Act..."

C. How About P & I Cover?

A quick glance at the rule book of most (if not all) P & I clubs would reveal that they do not expressly exclude cyber-related losses. This potentially means that the club cover would be available for a loss connected to a cyber risk if a peril insured against is judged to be at least a proximate cause of the loss.²² In that case, it is often said that there could be silent” or “non-affirmative” cyber cover in club rules. However, this does not always hold true. In a case where a cyber breach or attack contributes to a loss (in the context of P & I cover), it is possible that the incident caused by or contributed to by the cyber breach or attack could trigger the application of one of the exclusions in the club rules. Let us consider an example by borrowing the facts of a recent judgment, *MSC Mediterranean Shipping Co SA v. Glencore International AG*.²³ Here, the cargo was stolen by unauthorised recipients who managed to obtain pin codes sent to the consignee by the carrier for the electronic cargo release system that operated at that port of discharge. When the legitimate holder of the bill of lading showed up and the carrier failed to deliver the cargo, the bill of lading holder sued the carrier for breach of contract, bailment and conversion on the basis that the cargo should have been delivered against bills of lading and delivering the cargo against the presentation of a pin code to an unauthorized third party amounted to breach of the carriage contract. The first instance judge, Andrew Smith, J, gave judgment in favour of the holder of the bill, stressing that delivery under a contract of carriage meant actual delivery, not delivery as a means of access. The judgment was endorsed by the Court of Appeal and the carrier was found liable for breach of the contract, which was effectively the result of a data breach. Generally speaking, P & I cover offers protection to carriers for liability they face to third parties under

22. Under English law, in identifying the proximate cause, one needs to identify the efficient cause of the loss, not the one which is closest in time. In *Leyland Shipping v. Norwich Union* [1918] AC 350, Lord Shaw, said, at 369:

To treat *proxima causa* as the cause which is nearest in time is out of the question. Causes are spoken of as if they were distinct from one another as beads in a row or links in a chain, but - if this metaphysical topic has to be referred to - it is not wholly so. The chain of causation is a handy expression, but the figure is inadequate. Causation is not a chain, but a net. At each point influences, forces, events, precedent and simultaneous, meet; and the radiation from each point extends infinitely. At the point where these various influences meet, it is for the judgment as upon a matter of fact to declare which of the causes, thus, joint at the point of effect was the *proximate* and which was the remote cause... What does “*proximate*” here mean? To treat *proximate* cause as if it was the cause which is *proximate* in time is, as I have said, out of the question. The cause which is truly *proximate* is that which is *proximate* in efficiency.

23. [2015] EWHC 1989 (Comm); aff’d [2017] EWCA Civ 365.

a contract of carriage; but P & I rules invariably exclude liability for delivery without production of bill of lading (mis-delivery).²⁴ Therefore, in this case the carrier would not be able to recover from his liability insurer for the cyber-related breach, as one of the fundamental exceptions to liability for cargo loss or damage is triggered.

This example demonstrates that it would be wrong to assume that ship owners and/or charterers will be able to recover in all circumstances under their P & I policies for losses that emerge from cyber incidents or breaches. Of course, it should be borne in mind that most P & I clubs sell their members a commercial product known in the market as “Insurance Against Cargo Risks” on a fixed premium basis. A shipowner who has such an additional cover would normally be covered against the risk of mis-delivery under bills of lading in addition to liabilities arising for contractual deviations, *ad valorem* bills of lading, and rare and valuable cargo.

IV. Concluding Remarks

Shipowners are gradually beginning to appreciate the extent of the threat that cyber risks pose to different aspects of their businesses. In recent years, we have witnessed the development of various contractual mechanisms, especially in charterparties, intending to allocate risks between charterers and shipowners emerging from cyber incidents.²⁵ Also, in line with the Resolution adopted by the International Maritime Organization (IMO),²⁶ since 1 January 2021 shipowners and managers are required to build cyber risk management into their ship safety initiatives.

These are positive developments which will no doubt assist shipowners; but insurance still remains the main financial risk distribution mechanism, and this paper not only illustrates how cyber risks could have an impact on different financial interests of a ship owning company, but also that such interests can only be adequately protected by different insurance products. The message is clear. It is essential for any ship owning company to review different financial risks that they wish to protect in case of a cyber incident, and they need to proactively engage in a discussion with their insurance brokers as to the best

24. See, for example, Steamship Mutual Rules 2022/23, Rule 25 (https://www.steamshipmutual.com/sites/default/files/medialibrary/files/London_Rules_2022_0_2_1_1.pdf) last tested on 31 December 2022).

25. See, for example, BIMCO Cyber Security Clause 2019.

26. Resolution MSC.428 (98) Maritime Cyber Risk Management in Safety Management Systems and MSC-FAL.1/Circ.3 Guidelines on Maritime Cyber Risk Management issued on 5 July 2017.

way to achieve financial security. As illustrated above, cyber endorsements (and write-backs) are needed not only in hull and machinery insurance policies but in other types of policies (especially in the context of marine business interruption insurance). On the top of that, a tailor-made cyber risk policy might be essential for most shipowners to fill any coverage gaps.

Οι επιπτώσεις των οικονομικών κυρώσεων (sanctions) στις ναυλώσεις πλοίων

Μανόλης Κωνσταντινίδης

Δικηγόρος, LLM, ΔΝ

Η ναυτιλιακή πρακτική έχει επηρεαστεί πολυεπίπεδα από την εφαρμογή των διεθνών οικονομικών κυρώσεων (sanctions) ιδιαίτερα στο πλαίσιο της παρούσας διεθνούς συγκυρίας¹. Σκοπός της παρούσας είναι (α) να παρουσιάσει το αντικείμενο και τη μεθοδολογία των κυρώσεων και (β) να εξετάσει τις ειδικότερες συνέπειές τους στη σύναψη και εκτέλεση ναυλοσυμφώνων. Ιδιαίτερη αναφορά γίνεται στις κυρώσεις που επιβάλλουν η Ευρωπαϊκή Ένωση και οι ΗΠΑ, διότι αυτές φαίνεται ότι έχουν την πιο σημαντική επίδραση στις ναυλώσεις και στη ναυτιλία εν γένει².

1. Εισαγωγή

Ενώ οι κανόνες του ελεύθερου εμπορίου, οι οποίοι κυριαρχούν τουλάχιστον στο δυτικό κόσμο κατά το μάλλον ή το ήττον μετά από το τέλος του δευτέρου παγκοσμίου πολέμου (μείωση προστατευτισμού και δασμολογικών πολιτικών, δημιουργία περιφερειακών ζωνών ή συνασπισμών κρατών με σκοπό την εδραίωση του ελεύθερου εμπορίου, μείωση τελωνειακών ελέγχων, ελευθερία μεταφοράς κεφαλαίων και μείωση συναλλαγματικών περιορισμών, κατ' αρχήν απαγόρευση ή εξορθολογισμός κρατικών ενισχύσεων, κλπ.), φαίνεται να έρχονται σε ευθεία αντίθεση με τη νομοθέτηση και εφαρμογή οιαδήποτε μορφής οικονομικών ή εμπορικών κυρώσεων, αφού οι τελευταίες εξ ορισμού θέτουν περιορισμούς στους όρους διεξα-

1. Λαμβάνεται υπόψη το νομοθετικό πλαίσιο όπως είχε διαμορφωθεί έως την 26 Μαΐου 2022, ήτοι την ημερομηνία παρουσίασης της παρούσας εισήγησης στο 10ο Διεθνές Συνέδριο Ναυτικού Δικαίου. Μεταγενέστερες τροποποιήσεις έχουν ληφθεί υπόψη κατά το δυνατό.

2. Την 17 Ιανουαρίου 2018 ο Robert Scott, υψηλόβαθμο στέλεχος του Υπ. Εσωτερικών των ΗΠΑ, σε σχέση με τις κυρώσεις των ΗΠΑ εναντίον της Β. Κορέας, δήλωσε: «Κυνηγάμε τις χώρες στις οποίες είναι νηολογημένα τα πλοία, ζητώντας να διακόψουν τη βοήθεια που τους προσφέρουν. Κυνηγάμε την ιδιοκτησία και επίσης κυνηγάμε τους ασφαλιστές τους. Περιληπτικά, θέλουμε να τα καταστήσουμε ένα σαφές παράδειγμα, ότι όποια εταιρεία σχετίζεται με αυτό το εμπόριο διατρέχει τον κίνδυνο να χάσει όχι μόνο το φορτίο, αλλά και το ίδιο το πλοίο» [η μετάφραση του γράφοντος].

γωγής του ελεύθερου εμπορίου, εντούτοις οικονομικές κυρώσεις εξακολουθούν να υιοθετούνται και να εφαρμόζονται κυρίως για την επίτευξη πολιτικών στόχων. Ιδίως μετά από τις εκλογές στις ΗΠΑ το έτος 2016 φαίνεται ότι η επιβολή οικονομικών κυρώσεων αποτελεί βασική νομοθετική επιλογή για την επίτευξη πολιτικών εν ευρεία εννοία επιδιώξεων, συμπεριλαμβανομένων ως τέτοιων διπλωματικών σκοπών (πχ. περιορισμός διπλωματικής ή οικονομικής επιρροής ενός εχθρικού κράτους), στόχων στο πλαίσιο διεθνών σχέσεων (πχ. αντικατάσταση μη αρεστού προέδρου κράτους, όπως φαίνεται να είναι η περίπτωση της Βενεζουέλας), και στρατιωτικών επιδιώξεων (πχ. αποτροπή ανάπτυξης πυρηνικών όπλων, στην περίπτωση του Ιράν), κτλ. Η πολυεπίπεδη επιβολή κυρώσεων εναντίον της Ρωσίας εξαιτίας της στρατιωτικής εισβολής της στην Ουκρανία επιβεβαιώνει τα παραπάνω.

Στο πλαίσιο του ΟΗΕ η επιβολή κυρώσεων είναι η εκπνευσμένη εναλλακτική της χρήσης ένοπλης βίας για την υλοποίηση των αποφάσεων του Συμβουλίου Ασφαλείας³. Είναι πάντως προφανές, όπως επιβεβαιώθηκε στην πρόσφατη περίπτωση απόπειρας υιοθέτησης κυρώσεων εναντίον της Ρωσίας λόγω της εισβολής της στην Ουκρανία, ότι επιβολή κυρώσεων εναντίον κράτους, το οποίο είναι μόνιμο μέλος του Συμβουλίου Ασφαλείας του ΟΗΕ, είναι πρακτικά αδύνατη.

Πάντως, οι «παράπλευρες» συνέπειες αυτής της νομοθετικής επιλογής στην εμπορική και δη τη ναυτιλιακή πρακτική δεν είναι αμελητέες. Εάν και κατ' αρχήν παράπλευρες, φαίνεται ωστόσο ότι δεν είναι και πολιτικά μη επιθυμητές, αφού γίνεται αποδεκτό ότι η εν γένει οικονομική εξασθένιση του πολιτικού «στόχου», τον καθιστά περισσότερο ευάλωτο. Στην παρούσα δεν εξετάζονται οι σκοπούμενες άμεσες συνέπειες από την εφαρμογή οικονομικών κυρώσεων, αλλά οι «παράπλευρες» εμπορικές, με έμφαση στο θαλάσσιο εμπόριο και τη ναυτιλία, και δη στα ναυλοσύμφωνα και τις παρακείμενες σε αυτές συμβατικές σχέσεις.

Οι κυριότερες σήμερα οικονομικές κυρώσεις εφαρμόζονται εναντίον της Ρωσίας, του Ιράν, της Βενεζουέλας, της Βόρειας Κορέας, της Κούβας, της Λιβύης, της Συρίας και κάποιων χωρών της Αφρικής. Οι σημαντικότερες χώρες ή διεθνείς οργανισμοί, οι οποίοι έχουν επιβάλει οικονομικές κυρώσεις είναι οι ΗΠΑ, η Ευρωπαϊκή Ένωση και ο Οργανισμός Ηνωμένων Εθνών.

Οι οικονομικές κυρώσεις χαρακτηρίζονται πλέον από ένα «δυναμικό» χαρακτήρα, με την έννοια ότι, ειδικά τα τελευταία χρόνια, διαρκώς τροποποιούνται έτσι ώστε να πετύχουν το σκοπό τους ευκολότερα και γρηγορότερα ή, εάν ο σκοπός τους επιτευχθεί, οι συνέπειές τους να αρχίσουν να αμβλύνονται. Είναι ενδεικτικό ότι το 2018 από τα 30 προγράμματα κυρώσεων των ΗΠΑ τα 22 τροποποιήθηκαν.

3. Σύμφωνα με τις διατάξεις του κεφαλαίου VII του Καταστατικού του ΟΗΕ.

Σε σχέση με την επιχειρηματική και δη τη ναυτιλιακή δραστηριότητα αυτό είναι πολύ σημαντικό, αφενός επειδή η συχνή τροποποίηση των κυρώσεων δεν επιτρέπει να δημιουργηθεί συνεπής «εμπορική πρακτική», αφετέρου διότι η παρακολούθησή τους καθίσταται δυσχερής, ως εκ τούτου, συχνά απαιτείται πολυάριθμο νομικό επιτελείο ώστε να γίνει σωστή, συνεχής και πλήρης αξιολόγηση και εφαρμογή τους.

1.1 Ιστορικά προλεγόμενα

Ιστορικά το αναφερόμενο ως «Μεγαρικό Ψήφισμα» περί το 433/432 π.Χ. αποτελεί την πρώτη περίπτωση εφαρμογής οικονομικών κυρώσεων από μία κρατική οντότητα σε βάρος κάποιας άλλης ή των πολιτών της.

Η Εκκλησία του Δήμου των Αθηναίων, σύμφωνα με πρόταση του δημοκρατικού Περικλή, αποφάσισε την επιβολή καθολικού εμπάργκο στα προϊόντα των Μεγαρέων σε όλη την επικράτεια της Αθηναϊκής Συμμαχίας και την απαγόρευση χρήσης των λιμένων της από τους Μεγαρείς. Η αιτία (για άλλους ιστορικούς, η αφορμή) φαίνεται να ήταν ότι οι Μεγαρείς υπέθαλπαν φυγάδες από την Αθήνα και καλλιεργούσαν ιερά εδάφη στην Ελευσίνα, περιοχή που αποτελούσε ακαθόριστο γεωγραφικό όριο μεταξύ των δύο, αλλά ανήκε στην Αθήνα⁴. Το μέτρο αποτέλεσε μία από τις βασικές αιτίες του Πελοποννησιακού Πολέμου⁵, αφού οι δωρικής καταγωγής Μεγαρείς ήταν παραδοσιακά σύμμαχοι των Σπαρτιατών.

Μέχρι την έναρξη του πρώτου παγκοσμίου πολέμου αναφέρονται άλλα 12 σημαντικά προγράμματα κυρώσεων⁶.

4. Βλ. *Θουκυδίδου*, Ιστορίαι, από 1.139.1 έως και 1.139.2, αποσπάσματα τα οποία έχουν αποδοθεί από τον Ελευθέριο Βενιζέλο ως ακολούθως: «...Αλλά διά μεταγενεστέρων πρεσβειών απήτησαν από τους Αθηναίους και την πολιορκίαν της Ποτειδαίας να λύσουν, και της Αιγίνης την ελευθερίαν ν' αποκαταστήσουν, περισσότερον όμως από κάθε άλλο, και με γλώσσαν απολύτως εμφαντικήν, εδήλωσαν ότι ο πόλεμος θ' αποσοβηθή μόνον, εάν ανακληθή το περί Μεγαρέων Ψήφισμα, διά του οποίου απηγορεύετο εις αυτούς η χρήσις της Αττικής αγοράς και των λιμένων της Αθηναϊκής ηγεμονίας. Αλλ' οι Αθηναίοι ούτε τας άλλας των απαιτήσεις ήθελαν να εισακούσουν, ούτε το ψήφισμα ν' ανακαλέσουν, κατηγορούντες τους Μεγαρείς ότι επεξέτειναν την καλλιέργειάν των καταχρηστικώς επί της ιεράς γης, καθώς και επί της λόγω αμφισβήτησεως μη οροθετημένης, και ότι εδέχοντο τους δραπετεύοντας δούλους των...».

5. Εάν και ο Θουκυδίδης μάλλον το αντιμετώπισε ως δευτερεύουσα αιτία, ίσως για να μην στιγματίσει την εικόνα του Περικλή, τον οποίο βέβαια θαύμαζε.

6. Ως εξής: American colonies vs. Britain (1765), American colonies vs. Britain (1767-1770), Britain and France vs. France and Britain (1793-1815), United States vs. Britain (1812-1814), Britain and France vs. Russia (1853-1856), U.S. North vs. Confederate States (1861-1865), France vs. Germany (1870-1871), France vs. China (1883-1885), United States vs. Spain (1898), Britain vs. Dutch South Africa (1899-1902), Russia vs. Japan

Μετά από το τέλος του πρώτου παγκοσμίου πολέμου και στο πλαίσιο της Κοινωνίας των Εθνών η επιβολή κυρώσεων αποτέλεσε κεντρική επιλογή αντί της χρήσης ένοπλης βίας (η οποία μάλλον ήταν πρακτικά αδύνατη για διάφορους λόγους) για την επιβολή των αποφάσεών της. Χαρακτηριστικές είναι οι περιπτώσεις εναντίον της Γιουγκοσλαβίας (1921, για τη συνοριακή διαφορά με την Αλβανία), της Ελλάδας (1925, για τη συνοριακή διαφορά με τη Βουλγαρία), της Παραγουάης και της Βολιβίας (1932, για τη μεταξύ τους συνοριακή διαφορά) και της Ιταλίας (1935, για την κατάληψη της Αβησσυνίας)⁷.

Μετά από το δεύτερο παγκόσμιο πόλεμο, και συγκεκριμένα μετά από το 1966, το Συμβούλιο Ασφαλείας του ΟΗΕ έχει υιοθετήσει 30 προγράμματα κυρώσεων, τα κυριότερα εκ των οποίων ήταν εναντίον της Ροδεσίας, της Νότιας Αφρικής, της πρώην Γιουγκοσλαβίας (2 προγράμματα), του Ιράκ (2 προγράμματα), της Αγκόλα, της Σομαλίας, της Λιβερίας (3 προγράμματα), του Ιράν, της Λιβύης (2 προγράμματα), κτλ.⁸. Στόχος των κυρώσεων δεν είναι μόνο κράτη ή κρατικές οντότητες, αλλά και άλλες οργανώσεις, κυρίως με τρομοκρατικό προσανατολισμό, όπως η Αλ Κάϊντα και οι Τανιμπάλ. Σήμερα είναι σε ισχύ 14 προγράμματα κυρώσεων του ΟΗΕ τα πιο σημαντικά εκ των οποίων είναι εναντίον της Βόρειας Κορέας, της Βενεζουέλας και του Ιράν.

Η Ευρωπαϊκή Ένωση έχει υιοθετήσει από το παρελθόν έως και σήμερα 47 προγράμματα κυρώσεων, τα πιο σημαντικά από τα οποία είναι εναντίον της Ρωσίας, του Ιράν, της Κίνας, αρκετών κρατών της Αφρικής, αλλά και, ίσως παραδόξως, των ΗΠΑ⁹! Η ΕΕ αφενός εφαρμόζει τα προγράμματα κυρώσεων του ΟΗΕ, αφετέρου υιοθετεί αυτόνομα προγράμματα για να εξυπηρετήσει τις δικές της πολιτικές ή διπλωματικές επιδιώξεις.

Οι ΗΠΑ ιστορικά υιοθετούν κυρώσεις εναντίον κρατών, οργανώσεων, προσώπων και «δραστηριοτήτων»¹⁰, προκειμένου να εκπληρώσουν τους πολιτικούς, οικονομικούς και διπλωματικούς σκοπούς τους. Σήμερα εφαρμόζονται 39 προγράμματα κυρώσεων, τα σημαντικότερα από τα οποία είναι εναντίον

(1904-1905), and Italy vs. Turkey (1911-1912), βλ. Gary Clyde Hufbauer, Jeffery J. Schott και Kimberly Ann Elliot, *"Economic Sanctions Reconsidered: History and Current Policy"*, 2nd ed. (Washington, D.C.: Institute of International Economics, 1990), σελ. 28 επ..

7. E. Benes, *The League of Nations: Successes and Failures*, Foreign Affairs, 2004, σελ. 70 επ. και Gary Clyde Hufbauer, Jeffery J. Schott και Kimberly Ann Elliot, ό.π., σελ. 16.

8. βλ. <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/information> (τελευταία επίσκεψη την 30/9/2022).

9. <https://www.sanctionsmap.eu/#/main?search=%7B%22value%22:%22%22,%22searchType%22:%7B%7D%7D> (τελευταία επίσκεψη την 30/9/2022) σε σχέση με την αποτροπή εξωεδαφικής εφαρμογής κάποιων κυρώσεων των ΗΠΑ, ζήτημα για το οποίο βλ. και παρακάτω.

10. Πχ. εναντίον της τρομοκρατίας και εναντίον της διεθνούς διακίνησης ναρκωτικών.

της Ρωσίας, του Ιράν, της Βενεζουέλας, της Κίνας, του Χονγκ Κονγκ, της Λευκορωσίας, της Βόρειας Κορέας, της τρομοκρατίας, διεθνών εγκληματικών οργανώσεων, κλπ.¹¹.

1.2 Σημασιολογικές επισημάνσεις

Αντικείμενο της παρούσας είναι τα διεθνώς αναφερόμενα ως «sanctions». Στην Ελλάδα έχουν γίνει αρκετές προτάσεις για να αποδοθεί αυτός ο όρος: «εμπορικές» ή «οικονομικές κυρώσεις» (commercial or economic sanctions), «οικονομικά αντίμετρα» (counter-measures)¹², «περιοριστικά μέτρα» (restrictive measures), «καθολικό εμπάργκο» (global or comprehensive sanctions), «διακοπή οικονομικών σχέσεων», κα.. Εδώ προτιμήθηκε η χρήση του γενικού όρου «κυρώσεις», διότι αυτός ανταποκρίνεται περισσότερο στον χαρακτήρα και το αντικείμενο των «sanctions», όπως σήμερα προβλέπονται και εφαρμόζονται, ενώ οι μέχρι σήμερα προταθείσες εναλλακτικές περιορίζουν ή παραγνωρίζουν την ευρύτητα, αλλά και την πολιτική σκοποθεσία αυτού του μέτρου.

Οι κυρώσεις καθολικού χαρακτήρα εναντίον ενός «στόχου», με την έννοια ότι απαγορεύονται όλες ανεξαιρέτως (ή με ελάχιστες εξαιρέσεις κυρίως ανθρωπιστικού χαρακτήρα¹³) οι σχέσεις με τον στόχο, ενώ χρησιμοποιούνται στο παρελθόν, έχουν πλέον ατονήσει - εκτός από την περίπτωση στην οποία οι «θεματικές» κυρώσεις εξελιχθούν σε κυρώσεις καθολικού χαρακτήρα¹⁴, διότι θεωρήθηκε ότι επιπτώσεις τους σε τρίτα πρόσωπα, και ειδικά σε ευπαθείς και αδύναμες ομάδες, ήταν δυσανάλογα δριμυείς.

1.3 Οριοθέτηση

Η μελέτη των προγραμμάτων κυρώσεων μαρτυρά ότι πλέον προτιμώνται: (α) «ατομικές» κυρώσεις, ήτοι κυρώσεις που έχουν ως βάση εφαρμογής την ταυτότητα ή/ και τη δραστηριότητα ενός συγκεκριμένου (φυσικού ή νομικού) προσώπου (π.χ. φυσικά ή νομικά πρόσωπα που συνεργάζονται και στηρίζουν ένα καθεστώς). Εναντίον αυτού του προσώπου οι κυρώσεις συνήθως είναι καθολικές, με την έννοια ότι απαγορεύεται στον αποδέκτη/ υποκείμενο των κυρώσεων οποιαδήποτε συναλλακτική επαφή με αυτό το πρόσωπο,

11. Βλ. <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information> (τελευταία επίσκεψη την 30/9/2022).

12. Βλ. άρθρο 41 Καταστατικού Χάρτη ΟΗΕ.

13. Π.χ. πωλήσεις φαρμάκων, μετακινήσεις προσωπικού Ερυθρού Σταυρού, κτλ..

14. Βλ. προς αυτή την κατεύθυνση την τελευταία διεύρυνση των κυρώσεων των ΗΠΑ εναντίον του Ιράν.

(β) «θεματικές» κυρώσεις, με την έννοια ότι συγκεκριμένες συναλλαγές ή δραστηριότητες, οι οποίες προσδιορίζονται κυρίως καθ' ύλη, «απαγορεύονται», ή καλύτερα, «στοχοποιούνται», καθ' ολοκληρία και ανεξαρτήτως του δραστηριοποιούμενου προσώπου, π.χ. στοχοποιείται η εισαγωγή «ελαφρού» πετρελαίου στη Βενεζουέλα ανεξαρτήτως του προσώπου που το μεταφέρει, το ασφαλίζει, το εκφορτώνει κλπ., και

(γ) συνδυασμός των ανωτέρω (α) και (β)¹⁵, με σκοπό την επαρκέστερη περιγραφή της απαγόρευσης και την αποφυγή δημιουργίας αδίκων ή δυσανάλογων καταστάσεων.

2. Το περιεχόμενο και οι συνέπειες των κυρώσεων

Το κάθε πρόγραμμα κυρώσεων ορίζει το πεδίο εφαρμογής του *rationae personae* ή/ και *rationae materiae* ή/ και με ειδικότερες αναφορές αναλόγως ποιος είναι ο στόχος κάθε φορά. Η αναγκαστικά γενική περιγραφή στο παρόν του πεδίου εφαρμογής των κυρώσεων θα πρέπει να επαληθεύεται με τη μελέτη των συγκεκριμένων διατάξεων του κάθε προγράμματος, καθώς αυτά ενδέχεται να διαφέρουν σημαντικά.

2.1 Υποκείμενο των κυρώσεων (ποιος υποχρεούται να τις εφαρμόσει)

Κατά συνέπεια το κάθε πρόγραμμα κυρώσεων καλείται να εφαρμοστεί από διαφορετικά (φυσικά ή νομικά) πρόσωπα.

Οι κυρώσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης συνήθως εφαρμόζονται¹⁶:

(α) εντός της επικράτειας της ΕΕ. Σε αυτή περιλαμβάνεται και το πλοίο, το οποίο φέρει σημαία κράτους μέλους ή το οποίο υπόκειται στη δικαιοδοσία κράτους μέλους,

(β) σε φυσικά πρόσωπα που έχουν την εθνικότητα¹⁷ κράτους-μέλους (ανεξαρτήτως της μόνιμης κατοικίας τους, ειδικώς δε εάν αυτή είναι εκτός της επικράτειας της ΕΕ),

(γ) σε νομικά πρόσωπα τα οποία έχουν την καταστατική τους έδρα σε κράτος-μέλος, και

15. Βλ. πχ. το άρθρο 2, παρ.7 και το Παράρτημα IV του Κανονισμού (ΕΕ) 833/2014 του Συμβουλίου της 31ης Ιουλίου 2014, όπως έχει τροποποιηθεί, σχετικά με περιοριστικά μέτρα λόγω ενεργειών της Ρωσίας που αποσταθεροποιούν την κατάσταση στην Ουκρανία.

16. Βλ. πχ. το άρθρο 13 του ανωτέρω Κανονισμού.

17. Η αναφορά στην περίπτωση γ) του ανωτέρω άρθρου σε «υπηκόους» κράτους μέλους θα πρέπει να θεωρείται ανεπιτυχής ως παρωχημένη.

(δ) σε νομικά πρόσωπα, τα οποία, εάν δεν έχουν την καταστατική τους έδρα σε κράτος-μέλος, δραστηριοποιούνται, εν όλω ή εν μέρει, εντός της επικράτειας της ΕΕ.

Από τα παραπάνω προκύπτουν 2 κρίσιμα συμπεράσματα σε σχέση με τη λειτουργία και την εκτέλεση της σύμβασης ναύλωσης:

i. Αναφορικά με τη σχέση ναυλωτή-εκναυλωτή, ακόμη και εάν το ένα συμβαλλόμενο μέρος (πχ. ο εκναυλωτής) δεν παραβιάζει τις κυρώσεις, ενδεχομένως να επηρεαστεί από την εφαρμογή τους, όταν το δεύτερο αντισυμβαλλόμενο μέρος τις παραβιάζει πρωτογενώς.

Επί παραδείγματι, εάν ο ναυλωτής, ως εταιρεία με καταστατική έδρα σε κράτος μέλος της ΕΕ, παραβιάσει κυρώσεις, πληρωμή ναύλου προς τον εκναυλωτή μπορεί να γίνει αντικείμενο κατάσχεσης, ή άλλης μορφής δέσμευσης, από την αρμόδια αρχή κράτους μέλους της ΕΕ. Εάν η κατάσχεση λάβει χώρα πριν από την ολοκλήρωση της πληρωμής, ο ναυλωτής θα παραβιάζει τις διατάξεις του ναυλοσυμφώνου περί εμπρόθεσμης καταβολής του ναύλου.

ii. Αναφορικά με τη σχέση του εκναυλωτή με τρίτα σε σχέση με τη σύμβαση ναύλωσης πρόσωπα (πχ. με τον ασφαλιστή αστικής ευθύνης του πλοίου, τα γνωστά P&I Clubs), αυτή επίσης μπορεί να επηρεαστεί ακόμη και εάν κανένα από τα συμβαλλόμενα στη σύμβαση ναύλωσης μέρη δεν παραβιάζουν κάποια διάταξη περί κυρώσεων, σε περίπτωση που τρίτο μέρος εμπίπτει στις ρυθμίσεις και επιπτώσεις των κυρώσεων αυτοτελώς.

Έστω ότι (α) εκναυλωτής και ναυλωτής δεν περιορίζονται από το περιεχόμενο των κυρώσεων πρωτογενώς (β) το ναυλωμένο πλοίο λαμβάνει οδηγία από τον ναυλωτή να μεταφέρει επιτρεπόμενο φορτίο στο Ιράν χωρίς ούτε αυτή η οδηγία και η συμμόρφωση σε αυτήν να παραβιάζουν κυρώσεις πρωτογενώς και (γ) ο ασφαλιστής ευθύνης του πλοίου, ο οποίος είναι εταιρεία με καταστατική έδρα στην ΕΕ, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των κυρώσεων πρωτογενώς. Μετά το πέρας της εκφόρτωσης οι παραλήπτες του φορτίου εγείρουν αξίωση αποζημίωσης εναντίον του μεταφορέα (πχ. εναντίον του εκναυλωτή) λόγω παράδοσης μικρότερης ποσότητας φορτίου από την αναφερόμενη στις φορτωτικές και κατάσχουν συντηρητικά (arrest) το πλοίο. Η συνηθισμένη σε τέτοιες περιπτώσεις λύση, ήτοι η απελευθέρωση του πλοίου με την ανάληψη ευθύνης αποζημίωσης εκ μέρους του ασφαλιστή ευθύνης προς τους παραλήπτες του φορτίου (με τη μορφή του letter of indemnity) δε μπορεί να υλοποιηθεί διότι, λόγω των κυρώσεων, ο ασφαλιστής ευθύνης, δε δικαιούται να αναλάβει αυτή την υποχρέωση.

Τυχόν καθυστέρηση απόπλου του πλοίου ενεργοποιεί τις διατάξεις περί off-hire του ναυλοσυμφώνου 18 σε βάρος του εκναυλωτή.

Οι κυρώσεις των ΗΠΑ¹⁹ συνήθως εφαρμόζονται:

i. σε US persons²⁰ («κύριες κυρώσεις²¹»), φράση η οποία συνήθως περιλαμβάνει:

(α) τα φυσικά πρόσωπα με ιθαγένεια ΗΠΑ ανεξαρτήτως του τόπου μόνιμης διαμονής ή εργασίας τους,

(β) τα φυσικά πρόσωπα, τα οποία δεν έχουν ιθαγένεια ΗΠΑ, αλλά έχουν τόπο μόνιμης διαμονής ή εργασίας στις ΗΠΑ,

(γ) τις εταιρείες με έδρα τις ΗΠΑ, αλλά και τις θυγατρικές ή τα υποκαταστήματά τους εκτός ΗΠΑ²², και

ii. σε non US persons («δευτερεύουσες κυρώσεις²³»), σε περιπτώσεις που

(α) αυτά τα φυσικά ή νομικά πρόσωπα δραστηριοποιούνται με οποιοδήποτε τρόπο εντός των ΗΠΑ,

Επί παραδείγματι, ασφαλιστής αστικής ευθύνης, ο οποίος δεν είναι US person, εμπίπτει στις δευτερεύουσες κυρώσεις, όταν ανασφαλιστής του είναι εταιρεία με έδρα τις ΗΠΑ, η οποία είναι US person.

(β) ή προκαλούν ένα US person σε δραστηριότητα που παραβιάζει τις κυρώσεις.

18. Για τις οποίες, βλ. ενδεικτικά, Α. Αντάπαση-Λ. Αθανασίου, Ναυτικό Δίκαιο, 2020, σελ. 520 επ..

19. Ενδεικτικό παράδειγμα είναι ο Iran Sanctions Act του 1996 και η εκτενής νομοθεσία, η οποία εκδόθηκε κατ' εφαρμογή των προβλεπόμενων εξουσιοδοτήσεων.

20. Ποιο (φυσικό ή νομικό) πρόσωπο αποτελεί US person για τους σκοπούς του κάθε νομοθετήματος, το οποίο επιβάλλει κυρώσεις ορίζεται από το ίδιο το νομοθέτημα, βλ. πχ. το άρθρο 21 του Iran Sanctions Act του 1996.

21. Στη διεθνή βιβλιογραφία και πρακτική αναφέρονται ως «primary sanctions».

22. Νομικό πρόσωπο το οποίο δεν έχει καταστατική ή πραγματική έδρα τις ΗΠΑ, συνήθως θεωρείται US person όταν ο πλειοψηφών μέτοχός του είναι φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο χαρακτηρίζεται ως US person, ή όταν ελέγχεται από φυσικό ή νομικό πρόσωπο, το οποίο χαρακτηρίζεται ως US person, βλ. πχ. το άρθρο 21(B) του Iran Sanctions Act του 1996.

23. Στη διεθνή βιβλιογραφία και πρακτική αναφέρονται ως «secondary sanctions». Το πρωτεύον κριτήριο, το οποίο προτείνεται για τον προσδιορισμό των κυρώσεων ως «primary» ή «secondary» είναι ο δικαιοδοτικός δεσμός («nexus») του προσώπου που καλείται να εφαρμόσει τις κυρώσεις με το κράτος το οποίο τις επιβάλλει, βλ. *Naimeh Masumy and Niyati Ahuja*, Sanctions vis-à-vis Blocking Measures and the Dilemma Faced by Arbitral Tribunals: Lessons Drawn From EU Blocking Regulation and US Extraterritorial Sanctions, Kluwer Arbitration Blog, 7 November 2019.

Επί παραδείγματι, πρόσωπο, το οποίο κατ' αρχήν δεν είναι US person, παραγγέλλει μέσω τραπεζής, η οποία είναι US person, πληρωμή σε Δολάριο ΗΠΑ, η οποία υπόκειται σε sanctions (πχ. λόγω του προσώπου του δικαιούχου της). Ο πληρωτής καθίσταται US person και, σύμφωνα με το δίκαιο των ΗΠΑ, υπόκειται σε κυρώσεις δευτερογενώς.

2.2 Αντικείμενο των κυρώσεων («στοχοποιημένα» πρόσωπα-«απαγορευμένες» δραστηριότητες)

Αναλόγως του πολιτικού στόχου που έχει τεθεί, κατά τα ανωτέρω, είτε συγκεκριμένα πρόσωπα, είτε συγκεκριμένες δραστηριότητες «στοχοποιούνται», ως παράνομες. Ειδικότερα:

(α) Οποιαδήποτε συναλλαγή απαγορεύεται με συγκεκριμένα πρόσωπα. Συνήθως σε αυτήν την απαγόρευση εμπίπτουν πρόσωπα (φυσικά ή νομικά), τα οποία προσφέρουν σημαντική θεσμική ή οικονομική ή άλλη βοήθεια στον «στόχο» των κυρώσεων, όπως είναι πχ. ο πρωθυπουργός, υπουργοί και βουλευτές, η κεντρική τράπεζα και οι θυγατρικές της, οι εμπορικές τράπεζες, «ολιγάρχες», αξιωματικοί και άλλα στελέχη της πολεμικής βιομηχανίας, κλπ.. Η λίστα στην οποία κατονομάζονται αυτά τα πρόσωπα ονομάζεται συνήθως SDN²⁴ list. Πολύ συχνά αυτή η λίστα δεν στοχοποιεί μόνο συγκεκριμένα πρόσωπα, αλλά και μέλη της οικογένειάς τους ή και τις εταιρείες στις οποίες αυτά μετέχουν ως πλειοψηφούντες, συνήθως, μέτοχοι ή τις οποίες ελέγχουν με οποιοδήποτε τρόπο²⁵. Σε αυτή τη λίστα συχνά περιλαμβάνονται και πλοία²⁶.

Σε σχέση με τη σύμβαση ναύλωσης είναι αυταπόδεικτο ότι, προκειμένου για την απρόσκοπτη, αλλά και «νόμιμη» εκτέλεση της σύμβασης, δεν αρκεί να μη συμπεριλαμβάνονται σε αυτή μόνο τα κύρια συμβαλλόμενα μέρη (εκναυλωτής και ναυλωτής), αλλά και κάθε άλλο πρόσωπο που συνδέεται σημαντικά με αυτή, όπως, πχ. ο φορτωτής και ο παραλήπτης του φορτίου, οι δι-

24. «Specially Designated Nationals» στο πλαίσιο των κυρώσεων των ΗΠΑ και «Designated Persons» στο πλαίσιο των κυρώσεων της ΕΕ. Συνήθως στις ιστοσελίδες των αρμόδιων Αρχών στο διαδίκτυο επιτρέπεται ο έλεγχος ως προς το εάν ένα πρόσωπο περιέχεται σε αυτές τις λίστες.

25. Επί παραδείγματι στις 25 Σεπτεμβρίου 2019 η αρμόδια αρχή των ΗΠΑ (OFAC) “στοχοποίησε” δύο πετρελαϊκές εταιρείες εντός του ομίλου εταιρειών της Cosco. Καθορίστηκε ότι παρομοίως στοχοποιήθηκαν οι εταιρικοί τους μέτοχοι με ποσοστό συμμετοχής 50% και οι εταιρείες, όπως και τα joint ventures, στις οποίες αυτές συμμετείχαν ως μέτοχοι με ποσοστό συμμετοχής 50%.

26. Την 14/1/2020 388 πλοία περιλαμβάνονταν στην SDN λίστα των ΗΠΑ.

άφοροι προμηθευτές του πλοίου (πχ. ο προμηθευτής πετρελαίου κίνησης), ο πράκτορας του πλοίου στους λιμένες κατάπλου, κλπ.

(β) Η περιουσία των παραπάνω προσώπων «δεσμεύεται», εάν βρίσκεται εντός της επικράτειας του κράτους το οποίο επιβάλλει τις κυρώσεις, και τυχόν άδεια παραμονής ή/και εργασίας ανακαλείται.

Σε σχέση με την εκτέλεση σύμβασης ναύλωσης συχνές ήταν οι περιπτώσεις στο παρελθόν στις οποίες κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης ο ναυλωτής κατέστη «στοχοποιημένο» πρόσωπο, με συνέπεια να «δεσμευτούν» τα περιουσιακά του στοιχεία και με περαιτέρω συνέπεια να μη δύναται να εκπληρώσει τις εκ του ναυλοσυμφώνου υποχρεώσεις, όπως, κυρίως, την καταβολή ναύλου. Η μη πληρωμή ναύλου συνιστά αθέτηση της κυριότερης υποχρέωσης του ναυλωτή έναντι του εκναυλωτή και συνεπάγεται περαιτέρω συνέπειες, η κυριότερη εκ των οποίων είναι η γέννηση του δικαιώματος του εκναυλωτή να καταγγείλει τη ναύλωση²⁷.

(γ) Συγκεκριμένες δραστηριότητες απαγορεύονται ανεξαρτήτως της ταυτότητας του συναλλασσόμενου προσώπου.

Δηλαδή πρόσωπο το οποίο μετέρχεται κάποιες από τις απαγορευμένες (sanctionable ή restricted) δραστηριότητες παραβιάζει τις κυρώσεις ακόμη και εάν δεν περιλαμβάνεται στις SDN λίστες. *Ενδεικτικά*, τέτοιες δραστηριότητες συνήθως είναι:

(i) Σε σχέση με τις κυρώσεις των ΗΠΑ αναφορικά με το Ιράν, απαγορεύεται οποιαδήποτε παροχή υλικών, υπηρεσιών, τεχνολογίας και υποστήριξης που θα μπορούσε άμεσα και σημαντικά να βοηθήσει στη διατήρηση ή την εδραίωση της παραγωγής πετρελαιοειδών από το Ιράν²⁸. Επίσης απαγορεύεται η μεταφορά αργού πετρελαίου από το Ιράν σε άλλη χώρα²⁹.

(ii) Σε σχέση με τις κυρώσεις των ΗΠΑ αναφορικά με τη Βενεζουέλα, έχει προβλεφθεί παρόμοιος περιορισμός, όπως επίσης και μέγιστη διακριτική ευχέρεια στο Υπουργείο Οικονομικών να εισάγει οποιαδήποτε νομοθετική απαγόρευση σε οποιονδήποτε οικονομικό κλάδο, ο οποίος με αθέμιτα μέσα βοηθά το καθεστώς Μαδούρο να παραμείνει στην εξουσία³⁰.

(iii) Σε σχέση με τις κυρώσεις της ΕΕ αναφορικά με τη Ρωσία, απαγορεύεται, μεταξύ άλλων, η χρήση λιμένων της (κατεχόμενης από τη Ρωσία) Κρι-

27. Βλ. Α. Αντάπαση-Α. Αθανασίου, ό.π., σελ.494 επ..

28. Βλ. ως άνω Iran Sanctions Act, άρθρο 6(β).

29. Βλ. ό.π., άρθρο 7(Α).

30. Βλ. Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society Act of 2014, άρθρο 5, καθώς και τη νομοθεσία που εκδόθηκε κατ' εφαρμογή των διατάξεών του.

μαϊκής Χερσονήσου, όπως επίσης και συγκεκριμένες εμπορικές δραστηριότητες (πχ. εισαγωγή στην ΕΕ αγαθών ή προϊόντων από τη Ρωσία ή τα οποία παράχθηκαν ή κατασκευάστηκαν στη Ρωσία, προσφορά οικονομικών, χρηματοδοτικών ή ασφαλιστικών υπηρεσιών για την εισαγωγή αγαθών από τη Ρωσία, προσφορά υπηρεσίας που θα μπορούσε να βοηθήσει την πολεμική βιομηχανία της Ρωσίας, οποιαδήποτε επένδυση στον ενεργειακό κλάδο της Ρωσίας, κλπ.).

Σε σχέση συγκεκριμένα με τα πλοία, η παραπάνω απαγόρευση εφαρμόζεται σε όλα τα πλοία που είναι νηολογημένα σε νηολόγιο κράτους μέλους της ΕΕ, όπως επίσης στα πλοία τα οποία ανήκουν κατά κυριότητα ή έλεγχο σε εταιρεία με έδρα κράτος μέλος της ΕΕ ή των οποίων τη διαχείριση ασκεί εταιρεία με έδρα ή εγκατάσταση σε κράτος μέλος της ΕΕ.

(iv) Σε σχέση με τις κυρώσεις των ΗΠΑ αναφορικά με τη Ρωσία, «στοχοποιείται», μεταξύ άλλων, κάθε πρόσωπο, το οποίο μετέχει «σε σημαντική συναλλαγή» με πρόσωπο που εκπροσωπεί την Κυβέρνηση της Ρωσίας, ή δρα για λογαριασμό της, σχετικά με ζητήματα εθνικής άμυνας ή κατασκοπίας, και απαγορεύεται κάθε συναλλαγή μαζί του.

Οι ακόλουθες επισημάνσεις είναι σκόπιμο να γίνουν σε σχέση με τα ανωτέρω:

- (α) Ενώ οι διάφοροι καθ' ύλην περιορισμοί συχνά ομοιάζουν μεταξύ τους και μάλλον εμπίπτουν στην ίδια απαγόρευση κατά γένος (πχ. γενική κατ' αρχήν απαγόρευση μεταφοράς πετρελαίου από και προς το Ιράν, από και προς τη Βενεζουέλα, απαγόρευση παροχής οποιασδήποτε βοήθειας που θα μπορούσε να ενδυναμώσει την πολεμική μηχανή της Ρωσίας, κλπ.), η μελέτη των ειδικών διατάξεων μαρτυρά ότι η κάθε περίπτωση είναι διαφορετική και οι λεπτομέρειες, τελικά, μπορούν να οδηγήσουν σε διαφορετικά ερμηνευτικά αποτελέσματα. Επί παραδείγματι, σε σχέση με τις κυρώσεις εναντίον της Βενεζουέλας, η εισαγωγή ελαφρού πετρελαίου απαγορευόταν, αφού αυτό φαίνεται να χρειαζόταν η εγχώρια παραγωγή, ώστε να καταστεί εφικτή η διύλιση του υπάρχοντος αργού πετρελαίου. Επίσης, ενώ η μεταφορά άνθρακα από τη Ρωσία προς την ΕΕ κατ' αρχήν (αφού εισάγονται και εξαιρέσεις) απαγορεύεται, η μεταφορά άνθρακα προς τρίτες χώρες εκτός ΕΕ φαίνεται ότι τελικά επιτρέπεται.
- (β) Γίνεται ευχερώς αντιληπτό ότι αυτές οι απαγορεύσεις συνήθως εκφέρονται με γενικό τρόπο (πχ. «... θα μπορούσε άμεσα και σημαντικά να βοηθήσει...», «σημαντική συναλλαγή») και είναι επιδεκτικές σε διαφορετικές ερμηνείες. Με αυτό τον τρόπο η εθνική αρχή που ελέγχει την εφαρμογή των κυρώσεων κατ' αποτέλεσμα αποκτά μεγάλη διακριτική ευχέρεια σε σχέση με τη διαμόρφωση του συμπεράσματός της εάν πράγματι παραβιάστηκαν οι διατάξεις περί κυρώσεων. Είναι σαφές ότι αυτή η γενική και ασαφής

διατύπωση είναι συνειδητή νομοθετική επιλογή, ειδικά σε σχέση με τη νομοθεσία των ΗΠΑ, έτσι ώστε η ελεγκτική αρχή να αποκτά μεγάλη διακριτική ευχέρεια στον έλεγχο και τελικά στην εφαρμογή των κυρώσεων.

- (γ) Φαίνεται ότι δεν αρκεί μία εμπορική δραστηριότητα να φαίνεται ότι δεν είναι απαγορευμένη, αλλά κάθε εμπλεκόμενο μέρος οφείλει να διενεργεί δέοντα έλεγχο (due diligence) και κατόπιν αυτού να καταλήγει με σχετική βεβαιότητα ότι η δραστηριότητα δεν είναι απαγορευμένη. Το πρόβλημα εδώ είναι και αποδεικτικό, αφού γεννάται το ερώτημα μέχρι ποιου σημείου πρέπει να φτάνει αυτός ο έλεγχος. Επιπλέον, δεν είναι σαφές ποιες είναι οι συνέπειες όταν συγκεκριμένο πρόσωπο στηρίζεται σε διαβεβαιώσεις και αποδεικτικά μέσα, τα οποία τελικά αποδεικνύονται λανθασμένα, ψεύτικα, αποτελούν προϊόν απάτης, κλπ.

Εάν πχ. το πλοίο φορτώνει φορτίο, το οποίο κατά την επιβεβαίωση των ναυλωτών δεν προέρχεται από το Ιράν, και τελικά αποδειχθεί ότι η επιβεβαίωση των ναυλωτών ήταν λανθασμένη, έχει ευθύνη το πλοίο ή/ και ο κύριός του; Παρομοίως, εάν ο ναυλωτής ή ο φορτωτής προσκομίσει πιστοποιητικό προέλευσης (certificate of origin) για να ξεκινήσει η φόρτωση, και τελικά αποδειχθεί ότι αυτό το πιστοποιητικό είναι προϊόν απάτης, έχει ευθύνη το πλοίο ή ο κύριός του;

- (δ) Φαίνεται ότι σε όλα τα προγράμματα κυρώσεων εισάγονται εξαιρέσεις είτε καθ' ύλην για ανθρωπιστικούς λόγους (πχ. η εισαγωγή από το «στοχοποιημένο» κράτος φαρμακευτικού υλικού ή τροφίμων) είτε κατά περίπτωση για κάποια ειδική αιτία, οι οποίες αναφορικά με τις κυρώσεις των ΗΠΑ αναφέρονται ως «General Licenses», κατά τη διακριτική ευχέρεια της αρχής που επιβάλλει τις κυρώσεις. Αναφορικά με τα προγράμματα κυρώσεων των ΗΠΑ, η μελέτη αυτών των ειδικών εξαιρέσεων μαρτυρά ευχερώς ότι στις κυριότερες εξαιρέσεις εμπίπτουν και US persons (όπως πχ. μεγάλες πετρελαϊκές εταιρείες με έδρα και δραστηριότητα στις ΗΠΑ).

Στη πρακτική σύναψης ναυλοσυμφώνων ειδικά με ισχυρούς ναυλωτές (πχ. με τους «oil majors») ο κύριος του πλοίου και εκναυλωτής, όταν καταστεί σαφές ότι η υπό διαπραγμάτευση ναύλωση ενδεχομένως να οδηγεί σε παράβαση των κυρώσεων, συνήθως ζητά από το ναυλωτή απόδειξη ότι εμπίπτει σε κάποια από τις παραπάνω εξαιρέσεις.

2.3 Συνέπειες από την εφαρμογή των κυρώσεων στις συμβάσεις ναύλωσης

Καθίσταται σαφές από τα παραπάνω ότι οι επιβαλλόμενες κυρώσεις, όπως περιγράφονται παραπάνω, έχουν, μεταξύ άλλων, δριμυείς συνέπειες τόσο

στη σύναψη όσο και στην εκτέλεση της σύμβασης ναύλωσης. Παρακάτω περιγράφονται οι σημαντικότερες αυτών.

2.3.1 Συνέπειες σε σχέση με απαγορευμένα πρόσωπα

Κατά τη διενέργεια του due diligence, το οποίο προαναφέρθηκε, τα συμβαλλόμενα στη ναύλωση μέρη συνήθως ελέγχουν την ταυτότητα του αντισυμβαλλομένου τους ώστε να βεβαιωθούν ότι αυτό δεν περιέχεται στις λίστες των «απαγορευμένων» προσώπων, συνήθως με τη βοήθεια εξειδικευμένων δικηγόρων. Αυτό, ωστόσο, δεν αρκεί, διότι η σύναψη και η εκτέλεση του ναυλοσυμφώνου ενδέχεται να καταστούν παράνομες ή περιορισμένες δραστηριότητες (ευθέως ή κατ' εφαρμογή των «δευτερογενών» κυρώσεων) και από την εμπλοκή τρίτων προσώπων, περίπτωση στην οποία καθίσταται σημαντική η διακρίβωση της ταυτότητας και ο έλεγχος εάν περιέχονται στις λίστες των κυρώσεων κατεχοχίν των κάτωθι προσώπων: τυχόν υποναυλωτές, φορτωτής και παραλήπτης του φορτίου, λιμενικές αρχές κατάπλου του πλοίου, πράκτορας του πλοίου, προμηθευτής τροφεοφοδίων και πετρελαίου κίνησης, κλπ. Σε περίπτωση που η ταυτότητα του προσώπου δεν είναι εκ των προτέρων προσδιορισμένη (πχ. ως προς το πρόσωπο του παραλήπτη του φορτίου σε περίπτωση έκδοσης φορτωτικής «σε διαταγή») ο προαναφερθείς έλεγχος καθίσταται δυσχερής εάν όχι και πρακτικά αδύνατος.

2.3.2 Συνέπειες σε σχέση με απαγορευμένες δραστηριότητες

Σε σχέση με τις απαγορευμένες δραστηριότητες ο έλεγχος σχετίζεται κυρίως με το είδος του φορτίου και την προέλευσή του. Σε αυτό το πλαίσιο αποκτούν σημασία τα συνοδευτικά του φορτίου έγγραφα και άλλα αποδεικτικά μέσα, τα οποία θα προσκομίσουν τα εμπλεκόμενα μέρη (πχ. ο φορτωτής του φορτίου), για να αποδείξουν ότι η σκοπούμενη δραστηριότητα δεν εμπίπτει στις απαγορευμένες.

Σε αυτό το πλαίσιο των ελέγχων πριν από τη σύναψη αλλά και κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης ναύλωσης και σε περίπτωση κατά την οποία ο έλεγχος δεν αποφέρει βέβαιο αποτέλεσμα, οι συνέπειες και πάλι ενδέχεται να είναι δριμύεις, ακόμη και εάν τα συμβαλλόμενα στη ναύλωση μέρη αποφασίσουν να συνάψουν τη σύμβαση. Η πρακτική αποδεικνύει ότι σε αυτές τις περιπτώσεις ο ασφαλιστής αστικής ευθύνης του πλοίου, δηλ. τις περισσότερες φορές τα γνωστά P&I Clubs, αποφεύγει να ασφαλίσει το επίμαχο ταξίδι³¹ υπό

31. Κατά κυριολεξία αναστέλλουν την ισχύ της ασφαλιστικής σύμβασης. Σε περίπτωση που εμπορική πράξη παραβιάζει κυρώσεις, αίρεται η εισδοχή του μέλους στο P&I Club. Βλ., επί παραδείγματι, τον κανόνα 38(h) των Κανόνων του North of England P&I Club 2019-

το φόβο τυχόν εφαρμογής κύρωσης σε βάρος του. Στις περιπτώσεις δε που η ασφαλιστική κάλυψη εξακολουθεί να ισχύει για κάποια δραστηριότητα, η οποία κρίνεται σύννομη, και πάλι συχνά δημιουργούνται πρακτικά προβλήματα (πχ. αδυναμία διατραπεζικής πληρωμής αξιώσεων από τον παραλήπτη φορτίου λόγω ζημίας σε αυτό κατά τη θαλάσσια μεταφορά, αδυναμία προσφοράς Letter Of Undertaking ή έκδοσης τραπεζικής εγγύησης, αδυναμία διατραπεζικής πληρωμής τεχνικού σύμβουλου, κτλ.), τα οποία ενδέχεται να έχουν περαιτέρω νομικές συνέπειες (πχ. σε περίπτωση αδυναμίας απελευθέρωσης του πλοίου λόγω αδυναμίας προσφοράς LOU ή τραπεζικής εγγύησης, το πλοίο θα κηρυχθεί off-hire από τον ναυλωτή και η υποχρέωση καταβολής ναύλου θα ανασταλεί).

Σημειωτέο, επιπλέον, ότι, σύμφωνα με όρο, ο οποίος συμφωνείται συχνότατα στις συμβάσεις ναύλωσης, σε περίπτωση που η ασφάλιση του πλοίου διακοπεί ή ανασταλεί για οποιοδήποτε λόγο, ο ναυλωτής δικαιούται να καταγγείλει τη σύμβαση ναύλωσης και να αναζητήσει τυχόν ζημία του.

2.3.3. Ρήτρα περί κυρώσεων στα ναυλοσύμφωνα

Προκειμένου να αντιμετωπιστούν τα ανωτέρω προβλήματα λόγω εφαρμογής των κυρώσεων στις ναυλώσεις και ενόψει της γενικότητας, πλέον, εφαρμογής κυρώσεων, η BIMCO περί τα τέλη του 2019 εξέδωσε τις νέες «BIMCO Sanctions Clauses 2020»³² και συνέστησε στα μέλη της να τις ενσωματώνουν στα ναυλοσύμφωνα στα οποία συμβάλλονται. Σε σχέση με τις προηγούμενες σχετικές ρήτρες της BIMCO³³, αλλά και με άλλες συναφείς συμβατικές

2020, σύμφωνα με τον οποίο διακόπτεται η είσοδος του μέλους στο Club εάν το πλοίο του μέλους δραστηριοποιείται σε θαλάσσια μεταφορά ή ταξίδι, ή η παροχή ασφαλιστικής κάλυψης με αυτά, με οποιοδήποτε τρόπο θα εξέθετε το Club στον κίνδυνο να γίνει το ίδιο αντικείμενο οποιωνδήποτε κυρώσεων οποιασδήποτε μορφής από οποιοδήποτε κράτος ή διεθνή οργανισμό. Επιπλέον, ο όρος 19(c) προβλέπει ότι δεν θα υπάρξει πληρωμή της ασφαλιστικής αποζημίωσης σε περίπτωση που η παροχή ασφαλιστικής κάλυψης, η πληρωμή οποιασδήποτε απαίτησης ή η προσφορά οποιουδήποτε οφέλους θα εξέθετε το Club στον κίνδυνο επιβολής σε βάρος του κυρώσεων οιασδήποτε μορφής από οποιοδήποτε κράτος ή διεθνή οργανισμό. Στο ίδιο πλαίσιο, ο όρος 43(3) προβλέπει ότι το P&I Club δεν υποχρεούται να καταβάλει ασφαλιστική αποζημίωση ή μέρος της στο μέλος του, εάν δεν καταβάλλεται αντασφαλιστική αποζημίωση ή μέρος της από τους αντασφαλιστές του λόγω των κυρώσεων. Αυτός είναι πολύ σημαντικός (και επικίνδυνος για τους ασφαλισμένους) κανόνας, αφού πολύ σπάνια κάποιος αντασφαλιστής δεν θα είναι US person. Παρόμοιοι όροι διατυπώνονται στους Κανόνες όλων των P&I Clubs.

32. Μία προς χρήση στα ναυλοσύμφωνα κατά χρόνο και μία προς χρήση στα ναυλοσύμφωνα κατά ταξίδι, οι οποίες αναπαράγονται στο τέλος του παρόντος.

33. «Sanctions Clause for Time Charter Parties 2010» και «Designated Entities Clause for Charter Parties 2013».

ρήτρες, οι οποίες χρησιμοποιούνται στην καθημερινή πρακτική, σημειωτέα τα εξής:

Στις εκατέρωθεν υποσχέσεις των μερών πλέον περιέχονται υποσχέσεις και ως προς τρίτα πρόσωπα, πχ. ο εκναυλωτής υπόσχεται ότι ο φορτωτής ή ο παραλήπτης του φορτίου δεν είναι «στοχοποιημένο» πρόσωπο, δεν περιέχεται δηλαδή σε κάποια από τις λίστες περί «απαγορευμένων» προσώπων³⁴. Αυτή η αλλαγή οφείλεται στην παρατήρηση ότι συχνά ναυλωτής και εκναυλωτής οφείλουν να εγγυηθούν ότι τρίτα πρόσωπα, τα οποία σχετίζονται με κάποιο τρόπο με τη συναλλαγή, δεν είναι «απαγορευμένα» πρόσωπα ώστε να ολοκληρωθεί η σύναψη, αλλά και η εκτέλεση της σύμβασης ναύλωσης.

Το ζήτημα εάν οι οδηγίες του ναυλωτή παραβιάζουν κυρώσεις δεν εξαρτάται από την υποκειμενική κρίση του εκναυλωτή, όπως προηγουμένως, αλλά στον αντικειμενικό έλεγχο εάν αυτές εμπίπτουν ή όχι σε κάποιο πρόγραμμα κυρώσεων. Αυτή η τροποποίηση πραγματοποιήθηκε με σκοπό να υπάρχει μεγαλύτερη βεβαιότητα ως προς τις συμβατικές υποχρεώσεις των μερών και να θεραπευτεί η ασάφεια, την οποία υποθάλπει η παραπομπή στην «υποκειμενική κρίση» του εκναυλωτή.

Ως προς το πρώτο εκ των ανωτέρω σημείων και καθώς, όπως ήδη εκτέθηκε, η «απαγόρευση» μίας συναλλαγής εξαρτάται τελικά και από την προϋπόθεση εάν τρίτα πρόσωπα, τα οποία σχετίζονται με αυτή, είναι «απαγορευμένα», εάν και αυτή η τροποποίηση φαίνεται εμπειρικά απολύτως δικαιολογημένη, ενδεχομένως να καθιστά τη ρήτρα αλυσιτελή, αφού, εάν τελικά εμπλέκονται στη συναλλαγή «απαγορευμένα πρόσωπα», τα συμβαλλόμενα μέρη θα παραβιάζουν τις κυρώσεις και απλώς για το «αθώο» μέρος θα θεμελιώνεται αξίωση αποζημίωσης εναντίον του υπεύθυνου προσώπου. Δεν είναι βέβαιο, πάντως, ότι αυτό αρκεί, αφού οι προϋποθέσεις ευδοκίμησης της αξίωσης αποζημίωσης εξαρτώνται κάθε φορά από το εφαρμοστέο δίκαιο και η αποζημίωση για αποθετική ζημία ή/ και διαφυγόν κέρδος (τα οποία εν προκειμένω συντρέχουν) είναι γενικώς περιορισμένη.

Ως προς το δεύτερο, ενώ και αυτό φαίνεται εμπορικά δικαιολογημένο, η σκοποθεσία του αντικρούει στην αρχική (και σκοπούμενη) γενικότητα των προγραμμάτων κυρώσεων: είναι αντικειμενικά δύσκολο να απαντηθεί το ερώτημα εάν μία δραστηριότητα απαγορεύεται, όταν οι προϋποθέσεις της παρανομίας εκφέρονται εξ αρχής και ηθελημένα με ασάφεια.

Οι συνέπειες σε περίπτωση που υπάρχει παράβαση αυτών των ρητρών, εκτός από το δικαίωμα αποζημίωσης για κάθε ζημία του «αθώου» μέρος εναντίον

34. Βλ. παραπάνω στην ενότητα 2.2.

του μέρους που τις παραβίασε, εξαρτάται από το σημείο εκτέλεσης της σύμβασης, όταν εντοπίζεται η παράβαση: στην περίπτωση που το «ένοχο» μέρος είναι ο ναυλωτής, που είναι εμπειρικά και η συνηθέστερη περίπτωση, (i) εάν η φόρτωση δεν έχει ξεκινήσει, ο εκναυλωτής δικαιούται να καταγγείλει τη σύμβαση, ή (ii) εάν το ταξίδι ή η φόρτωση έχουν ξεκινήσει, ο εκναυλωτής δικαιούται να μην προχωρήσει σύμφωνα με τις οδηγίες των ναυλωτών και να εκφορτώσει το φορτίο σε ασφαλή προορισμό, το οποίο θα θεωρείται πλήρης εκτέλεση της σύμβασης ναύλωσης. Σε περίπτωση έγερσης αξίωσης από τα συμφέροντα του φορτίου (πχ. τους κομιστές της φορτωτικής) εναντίον του εκναυλωτή ως μεταφορέα, ο ναυλωτής υπόσχεται την πλήρη αποζημίωση του εκναυλωτή για τυχόν ζημία του.

3. EU Blocking Regulation

Στο πλαίσιο εξέτασης των κυρώσεων που επιβάλουν οι ΗΠΑ, παρατηρήθηκε ότι αυτές διεκδικούν εφαρμογή και από μη US persons³⁵. Αυτό δημιουργεί την εγγενή αντίφαση, σε περίπτωση υιοθέτησης μη συμβατών προγραμμάτων κυρώσεων, όπως πράγματι συνέβη στην περίπτωση αναφορικά με τις κυρώσεις εναντίον του Ιράν, μεταξύ ΗΠΑ και ΕΕ, μία δραστηριότητα ή ένα πρόσωπο να τίθεται σε απαγόρευση από το πρόγραμμα των ΗΠΑ και να μην τίθεται σε απαγόρευση από το πρόγραμμα της ΕΕ. Επειδή όμως οι κυρώσεις των ΗΠΑ διεκδικούν εξωεδαφική εφαρμογή, τα πρόσωπα της ΕΕ διατρέχουν τον κίνδυνο να κατηγορηθούν, από τις ΗΠΑ, για παραβίαση των κυρώσεων των ΗΠΑ, για δραστηριότητες που είναι απολύτως σύννομες κατά το δίκαιο της ΕΕ. Αυτό το πρόβλημα κλήθηκε να επιλύσει ο Κανονισμός (ΕΚ) αριθ. 2271/96 του Συμβουλίου της 22ας Νοεμβρίου 1996 «για την προστασία από τις συνέπειες της εξωεδαφικής εφαρμογής ορισμένων νόμων που θεσπίστηκαν από μια τρίτη χώρα, και των μέτρων που βασίζονται σ' αυτούς ή απορρέουν από αυτούς»³⁶.

Στο προοίμιο του ανωτέρω Κανονισμού αναφέρονται τα εξής σημαντικά:

«... ότι μια τρίτη χώρα έχει θεσπίσει ορισμένους νόμους, κανονισμούς και άλλες νομοθετικές πράξεις που σκοπό έχουν να ρυθμίσουν τις δραστηριότητες φυσικών και νομικών προσώπων που υπόκεινται στη δικαιοδοσία των κρατών μελών

ότι η εξωεδαφική εφαρμογή των εν λόγω νόμων, κανονισμών και άλλων νομοθετικών πράξεων παραβιάζει το διεθνές δίκαιο και εμποδίζει την επίτευξη των προαναφερόμενων στόχων

35. Βλ. παραπάνω στην ενότητα 2.2.

36. Αναφέρεται ότι το Μεξικό και ο Καναδάς έχουν υιοθετήσει παρόμοια νομοθετήματα, βλ. *Naimeh Masumy and Niyati Ahuja*, ό.π.

ότι οι εν λόγω νόμοι, κανονισμοί και άλλες νομοθετικές πράξεις, και τα μέτρα που βασίζονται σε αυτούς ή απορρέουν από αυτούς, θίγουν ή δύνανται να θίγουν την κατεστημένη έννομη τάξη και να βλάψουν τα συμφέροντα της Κοινότητας και τα συμφέροντα των φυσικών και νομικών προσώπων που ασκούν τα δικαιώματά τους δυνάμει της συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας

ότι, δεδομένων αυτών των εξαιρετικών περιστάσεων, είναι ανάγκη να αναληφθεί δράση σε κοινοτικό επίπεδο ώστε να προστατευθούν η έννομη τάξη και τα συμφέροντα της Κοινότητας και των εν λόγω φυσικών ή νομικών προσώπων, ιδίως με εξάλειψη, εξουδετέρωση, παρεμπόδιση ή άλλη αντιμετώπιση των αρνητικών συνεπειών της προκειμένης αλλοδαπής νομοθεσίας ...»

Βασικοί σκοποί λοιπόν του ανωτέρω Κανονισμού, όπως μαρτυρούν και οι ειδικότερες διατάξεις του, είναι:

- (α) τα πρόσωπα στα οποία εφαρμόζεται³⁷ να υποχρεούνται να μην τηρούν τις κυρώσεις που προβλέπουν τα αναφερόμενα στο Παράρτημα του Κανονισμού, όπως έχει τροποποιηθεί, αλλοδαπά νομοθετικά κείμενα³⁸. Εν προκειμένω, ως τέτοια αναφέρονται τα νομοθετικά κείμενα των ΗΠΑ τα οποία υιοθετούν τα προγράμματα κυρώσεων εναντίον, μεταξύ άλλων, του Ιράν,
- (β) τα πρόσωπα στα οποία εφαρμόζεται να μη δικαιούνται να επικαλεστούν τις διατάξεις των ανωτέρω νομοθετημάτων για τη μη εκπλήρωση συμβατικών υποχρεώσεών τους³⁹,
- (γ) δικαστικές ή διοικητικές αποφάσεις οι οποίες εκδίδονται κατ' εφαρμογή αυτών των νομοθετημάτων δεν παράγουν έννομα αποτελέσματα, δεν αναγνωρίζονται ούτε εκτελούνται εντός της ΕΕ⁴⁰, και

37. Σύμφωνα με το άρθρο 11 του Κανονισμού, αυτός εφαρμόζεται, μεταξύ άλλων: (α) σε κάθε φυσικό πρόσωπο που έχει την κατοικία του εντός της ΕΕ και έχει την ιθαγένεια κράτους μέλους, (β) σε κάθε φυσικό πρόσωπο που βρίσκεται στην επικράτεια της ΕΕ (και σε αυτή περιλαμβάνονται τα χωρικά ύδατα και ο εναέριος χώρος της καθώς και οποιοδήποτε αεροσκάφος ή σκάφος που υπόκειται στη δικαιοδοσία ή τον έλεγχο κράτους μέλους) εφόσον ενεργεί με την επαγγελματική του ιδιότητα, και (γ) σε κάθε νομικό πρόσωπο που έχει συσταθεί εντός της ΕΕ.

38. Βλ. παρ.1, άρθ. 5 του Κανονισμού.

39. Συνέπεια που απορρέει από την παρ.1, άρθ.5 και το άρθ.6 του Κανονισμού.

40. Βλ. άρθ. 4 του Κανονισμού.

- (δ) τα πρόσωπα στα οποία εφαρμόζεται δικαιούνται να αξιώσουν αποζημίωση λόγω εφαρμογής των κυρώσεων που αναφέρονται στα ανωτέρω νομοθετήματα⁴¹.

Καθίσταται απολύτως σαφές από τα παραπάνω ότι τα πρόσωπα στα οποία εφαρμόζεται αυτός ο Κανονισμός βρίσκονται μπροστά σε συμπληγάδες: εάν συμμορφωθούν στη νομοθεσία περί κυρώσεων των ΗΠΑ παραβιάζουν τη νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Εάν συμμορφωθούν στη νομοθεσία περί κυρώσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενδεχομένως να παραβιάζουν τη νομοθεσία των ΗΠΑ.

Σε επίπεδο Δικαστηρίων της ΕΕ δεν υπάρχει δημοσιευθείσα νομολογία σε σχέση με την εφαρμογή αυτού του Κανονισμού. Γνωστές, ωστόσο, έχουν γίνει οι ακόλουθες υποθέσεις σε επίπεδο Δικαστηρίων των κρατών μελών:

- (i) Το 2007 τα αρμόδια όργανα στην Αυστρία ξεκίνησαν έρευνα εναντίον του τραπεζικού ιδρύματος BAWAG, όταν αυτό αποφάσισε να κλείσει τους τραπεζικούς λογαριασμούς 100 Κουβανών πολιτών για να συμμορφωθεί στο πρόγραμμα κυρώσεων των ΗΠΑ εναντίον της Κούβας. Η αιτία αυτής της πράξης του BAWAG ήταν ότι Αμερικανικό fund, το Cerberus Capital, επιθυμούσε να εξαγοράσει το BAWAG και δε μπορούσε -χωρίς να παραβιάζει τις κυρώσεις των ΗΠΑ- να το κάνει αυτό όσο το BAWAG διατηρούσε τους τραπεζικούς λογαριασμούς των Κουβανών κατά παραβίαση των κυρώσεων των ΗΠΑ. Βάση της έρευνας στην Αυστρία ήταν οι διατάξεις του εδώ αναλυόμενου Ευρωπαϊκού Κανονισμού και η νομοθεσία της Αυστρίας που εκδόθηκε κατ' εκτέλεσή του. Όταν το ζήτημα απέκτησε δημοσιότητα, μάλλον αρνητική για τις ΗΠΑ, οι ΗΠΑ έδωσαν άδεια - δηλαδή εξαίρεση από τις κυρώσεις - στο BAWAG να συστήσει εκ νέου τους τραπεζικούς λογαριασμούς των Κουβανών⁴².
- (ii) Η δεύτερη δημοσιευμένη Δικαστική απόφαση, η οποία ασχολείται με την εφαρμογή αυτού του Κανονισμού, είναι η *Mamancochet Mining Ltd. v. Aegis Managing Agency Ltd* του Αγγλικού Πρωτοδικείου⁴³. Η ενάγουσα (ασφαλισμένη) εταιρεία ενήγαγε 11 ασφαλιστές (εκ των οποίων 9 ήταν εταιρείες με έδρα τις ΗΠΑ και 2 με έδρα την ΕΕ) επί τη βάσει ασφαλιστι-

41. Βλ. άρθ. 6 του Κανονισμού.

42. Για το περιεχόμενο αυτής της παραγράφου, βλ. το από 6 Ιουνίου 2018 ενημερωτικό του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου με θέμα «*Updating the Blocking Regulation*» (σελ. 6 της εκτύπωσης) και το από 27 Ιουλίου 2007 δημοσίευμα του Reuters με θέμα «*Austria charges bank after Cuban accounts cancelled*» (προσβάσιμο στην ιστοσελίδα: <https://www.reuters.com/article/austria-bawag/austria-charges-bank-after-cuban-accounts-cancelled-idUSL2711446820070427>)

43. [2018] 2 Lloyd's Law Reports 441.

κής σύμβασης, η οποία ασφάλιζε τον κίνδυνο κλοπής, αλλά περιείχε «ρήτρα κυρώσεων». Σε σχέση με το περιεχόμενο της ανά χείρας ανάλυσης, ο ουσιώδης ισχυρισμός των εναγομένων ήταν ότι οι κυρώσεις των ΗΠΑ (και δευτερευόντως της ΕΕ) δεν τους επέτρεπαν να καταβάλουν την ασφαλιστική αποζημίωση στην ασφαλισμένη ενάγουσα κατά το κρίσιμο χρονικό διάστημα. Η κρίσιμη αντένσταση της ενάγουσας ήταν ότι, ακόμη και εάν εφαρμόζονταν σε αυτή την περίπτωση οι κυρώσεις των ΗΠΑ και της ΕΕ, ο εν λόγω Κανονισμός δεν επέτρεπε στις εναγόμενες (ή τουλάχιστον στις Ευρωπαϊκές εξ αυτών) να συμμορφωθούν με αυτές τις κυρώσεις. Το Δικαστήριο αποφάσισε ότι ο ισχυρισμός των εναγομένων ήταν αβάσιμος λόγω του χρονικού πεδίου εφαρμογής των κυρώσεων. Ως προς την τυχόν εφαρμογή του Κανονισμού, ζήτημα το οποίο τελικά δεν προέκυπτε λόγω της πρωτεύουσας απόφασής του, το Δικαστήριο είπε, ως *obiter dictum*, ότι τυχόν εφαρμογή συμβατικής ρήτρας περί κυρώσεων, η οποία δεν επιτρέπει σε ασφαλιστή να καταβάλει ασφαλιστική αποζημίωση σε περίπτωση παράβασης των κυρώσεων, δεν ενεργοποιεί τον Κανονισμό, αφού ο ασφαλιστής δεν εφαρμόζει την «απαγόρευση» κάποιας τρίτης χώρας (πράξη η οποία θα ενεργοποιούσε τον Κανονισμό), αλλά μόνο την ασφαλιστική σύμβαση. Με όλο το θάρρος, αυτή η αιτιολογία θα πρέπει να αξιολογηθεί με προσοχή, αφού το πραγματικό της κρίσιμης διάταξης του Κανονισμού πληρούται ανεξαρτήτως εάν την ίδια στιγμή πληρούται και το πραγματικό της συμβατικής ρήτρας. Η εν λόγω μη πειστική αιτιολογία μαρτυρά και το εγγενώς δισεπίλυτο ζήτημα που προκύπτει λόγω της συν-εφαρμογής διατάξεων ευθέως αντιφατικών: η εφαρμογή της μίας οδηγεί σε παράβαση της άλλης και αντιστρόφως.

Οι λόγοι εξαιτίας των οποίων οι διατάξεις του εν λόγω Κανονισμού στην πράξη αποδεικνύονται αλυσιτελείς, περιγράφονται συνοπτικά ως εξής:

- (α) ευρωπαϊκές εταιρείες, οι οποίες θέλουν να συνεχίσουν τις εμπορικές τους δραστηριότητες με το Ιράν, ενδεχομένως κατά παράβαση των κυρώσεων των ΗΠΑ, θα πρέπει να διακόψουν τις τραπεζικές συναλλαγές τους σε Δολάριο ΗΠΑ (αφού αυτές εκκαθαρίζονται στις ΗΠΑ, συνεπώς θα μπορούσαν, κατά το χρόνο «παραμονής» τους στις ΗΠΑ, να δεσμευτούν από την αρμόδια αρχή των ΗΠΑ), το οποίο χρησιμοποιείται σε αυτές τις συναλλαγές με εξαιρετικά μεγάλη συχνότητα. Αυτό αναμφίβολα θα έχει δυσμενείς εμπορικές επιπτώσεις, εάν κατ' αρχάς μπορούσε να θεωρηθεί εμπορικά εφικτό,
- (β) Αυτό θα ήταν πρακτικά αδύνατο για τις Ευρωπαϊκές τραπεζικές και ασφαλιστικές εταιρείες (τόσο σε επίπεδο εμπορικό, όσο και σε επίπεδο μετοχι-

κό ή, για τις ασφαλιστικές εταιρείες, σε επίπεδο αντασφάλισης), αφού θα είχε ως συνέπεια την αδυναμία εκτέλεσης συναλλαγών σε Δολάριο ΗΠΑ.

- (γ) Ο Κανονισμός δεν προστατεύει τις ευρωπαϊκές εταιρείες (και τις διοικήσεις τους) από τις κυρώσεις, οι οποίες υλοποιούνται χωρικά στις ΗΠΑ (δεσμεύσεις περιουσιακών στοιχείων, ποινικές κυρώσεις, κλπ.),
- (δ) Η προστασία και εν γένει κατάσταση των δι-ιθαγενών ή πολύ-ιθαγενών πολιτών της ΕΕ (όταν η μία τους ιθαγένεια είναι αυτή των ΗΠΑ) είναι μετέωρη,
- (ε) Πολλές ευρωπαϊκές εταιρείες, προκειμένου να αποφύγουν τις ανωτέρω αναφερόμενες συμπληγάδες, θα πρέπει να αποφασίσουν εάν θα συνεχίσουν να δραστηριοποιούνται εμπορικά στο Ιράν ή στις ΗΠΑ. Δεδομένων της μεγάλης σημασίας και του μεγέθους των ΗΠΑ στο παγκόσμιο εμπόριο η απόφαση, με εξαίρεση ενδεχομένως κάποιες εξειδικευμένες περιπτώσεις μικρομεσαίων εταιρειών χωρίς συμφέροντα στις ΗΠΑ, φαίνεται προφανής⁴⁴.

4. Επίλογος

Στην παρούσα εξετάστηκε η διεθνής πρακτική των σύγχρονων διεθνών οικονομικών κυρώσεων εναντίον, κυρίως, κρατών, και, αφού αναλύθηκε η σκοποθεσία και το περιεχόμενό τους, εξετάστηκαν οι ιδιαίτερες συνέπειές τους στη σύναψη και εκτέλεση ναυλοσυμφώνων, με ειδική μνεία στις σύγχρονες ρήτρες περί κυρώσεων που έχει εκδώσει η BIMCO. Ιδιαίτερη αναφορά έγινε στις κυρώσεις που επιβάλουν η Ευρωπαϊκή Ένωση και οι ΗΠΑ, διότι αυτές φαίνεται ότι έχουν την πιο σημαντική επίδραση στις ναυλώσεις, στα ναυλοσύμφωνα και στη ναυτιλία εν γένει. Αναλύθηκε και η ιδιαίτερη συσχέτιση μεταξύ των κυρώσεων των ΗΠΑ, οι οποίες διεκδικούν εξωεδαφική εφαρμογή, και ο EU Blocking Regulation, σκοπός του οποίου είναι ακριβώς η αποτροπή των συνεπειών αυτής της εξωεδαφικής εφαρμογής.

Είναι εκτός θεματικών ορίων της παρούσης τυχόν απάντηση στο ερώτημα εάν οι οικονομικές κυρώσεις επιτυγχάνουν τελικά το σκοπό τους, ο οποίος είναι κατεξοχήν πολιτικός και διπλωματικός. Αποδείχθηκε παραπάνω ότι η επιβολή και η εφαρμογή τους επηρεάζουν πολυεπίπεδα τη σύναψη και την εκτέλεση ναυλοσυμφώνων. Η τήρηση των κυρώσεων αποδεικνύεται μία πραγματικά δύσκολη και νομικά δυσχερής διαδικασία και οι συνέπειες λόγω τυχόν παραβίασής τους είναι δριμύειες για τα συμβαλλόμενα στη σύμβαση ναύλωσης μέρη.

44. Περαιτέρω για αυτό το ζήτημα βλ. *Naimeh Masumy and Niyati Ahuja*, ό.π.

BIMCO Sanctions Clause for Voyage Charter Parties 2020*

(a) For the purposes of this Clause:

“Sanctioned Activity” means any activity, service, carriage, trade or voyage subject to sanctions imposed by a Sanctioning Authority.

“Sanctioning Authority” means the United Nations, European Union, United Kingdom, United States of America or any other applicable competent authority or government.

“Sanctioned Party” means any persons, entities, bodies, or vessels designated by a Sanctioning Authority.

(b) Owners warrant that at the date of this Charter Party and throughout its duration they, the registered owners, bareboat charterers, intermediate disponent owners, managers, the Vessel and any substitute are not a Sanctioned Party.

(c) Charterers warrant that at the date of this Charter Party and throughout its duration they and any subcharterers, shippers, receivers and cargo interests are not a Sanctioned Party.

(d) If at any time either party is in breach of subclause (b) or (c) above then the party not in breach may terminate and/or claim damages resulting from the breach.

(e) If performance of this Charter Party involves a Sanctioned Party or a Sanctioned Activity, without prejudice to any other rights that may be available in subclause (d) above:

(i) if loading has not commenced, Owners may cancel this Charter Party;
or

(ii) if the voyage or the loading has commenced, Owners may refuse to proceed and discharge any cargo already loaded at any safe port or place of their choice (including the port or place of loading) in complete fulfilment of this Charter Party,

provided always that if this Charter Party provides that loading and/or discharging is to take place within a range of ports or places that do not involve a Sanctioned Party or a Sanctioned Activity, Owners must first request Charterers to nominate an alternative port or place and may cancel the Charter Party or refuse to proceed on the voyage only if such nomination is not made within forty-eight (48) hours after the request.

(f) If in compliance with subclause (e) above anything is done or not done, such shall not be deemed a deviation, but shall be considered due fulfilment of this Charter Party.

(g) Charterers shall indemnify Owners against any and all claims brought by the owners of the cargo and/or the holders of bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage and/or subcharterers against Owners by reason of Owners' compliance with such alternative voyage orders or delivery of the cargo in accordance with subclause (e) above.

(h) Charterers shall procure that this Clause shall be incorporated into all sub-charters and bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage issued pursuant to this Charter Party.

* This clause is not suitable for use in the container trades

BIMCO Sanctions Clause for Time Charter Parties 2020*

(a) For the purposes of this Clause:

“Sanctioned Activity” means any activity, service, carriage, trade or voyage subject to sanctions imposed by a Sanctioning Authority.

“Sanctioning Authority” means the United Nations, European Union, United Kingdom, United States of America or any other applicable competent authority or government.

“Sanctioned Party” means any persons, entities, bodies, or vessels designated by a Sanctioning Authority.

(b) Owners warrant that at the date of this Charter Party and throughout its duration they, the registered owners, bareboat charterers, intermediate disponent owners, managers, the Vessel and any substitute are not a Sanctioned Party.

(c) Charterers warrant that at the date of this Charter Party and throughout its duration they and any subcharterers, shippers, receivers and cargo interests are not a Sanctioned Party.

(d) If at any time either party is in breach of subclause (b) or (c) above then the party not in breach may terminate and/or claim damages resulting from the breach.

(e) Charterers shall not give any orders for the employment of the Vessel which involves a Sanctioned Party or a Sanctioned Activity.

(f) If the Vessel is already performing an employment which involves a Sanctioned Party or is a Sanctioned Activity, without prejudice to any other rights that may be available in subclause (d) above, Owners shall have the right to refuse to proceed with the employment and Charterers shall be obliged to issue alternative voyage orders within forty-eight (48) hours of receipt of Owners' notification of their refusal to proceed. If Charterers do not issue such alternative voyage orders Owners may discharge any cargo already loaded at any safe port or place (including the port or place of loading). The Vessel shall remain on hire throughout and Charterers shall be responsible for all additional costs and expenses.

(g) If in compliance with subclause (f) above anything is done or not done, such shall not be deemed a deviation, but shall be considered due fulfilment of this Charter Party.

(h) Charterers shall indemnify Owners against any and all claims brought by the owners of the cargo and/or the holders of bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage and/or subcharterers against

Owners by reason of Owners' compliance with such alternative voyage orders or discharge of the cargo in accordance with subclause (f) above.

(i) Charterers shall procure that this Clause shall be incorporated into all sub-charters and bills of lading, waybills or other documents evidencing contracts of carriage issued pursuant to this Charter Party.

* This clause is not suitable for use in the container trades.

Alternative Financing Instruments in Shipping Business: An Economic Approach

Theodoros Syriopoulos

Professor of Shipping Finance
Chair, Ports Management and Shipping Dpt.
School of Economics and Political Sciences
Visit. Professor, LLM Maritime Law,
National and Kapodistrian University of Athens

Introduction

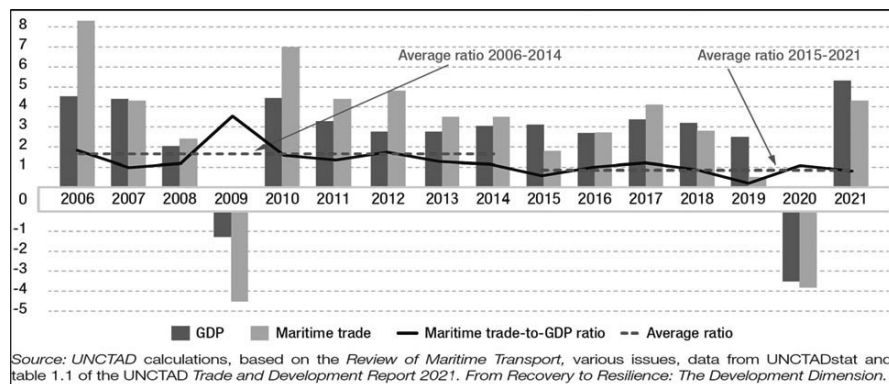
This paper is the output of original updated empirical research on the dynamic and challenging topic of global shipping finance from an economic perspective. Emphasis is placed on different alternative financing instruments incorporated by shipping companies worldwide to raise funding for investments and growth. An initial version was presented in the 10th International Conference of Maritime Law (26-28 May 2022, Piraeus, Greece).

The paper develops along three core sections. Section one overviews the global economic conditions as a critical input to better understand recent developments in the shipping finance front. Section two discusses major dynamic shifts in shipping financing decisions and critically analyses alternative funding instruments, complementary to traditional ones. Finally, section three concludes with a summary of intriguing challenges ahead for shipping finance in response to global economic developments and disruptions.

Section 1: Global Economic Conditions

1.1 World GDP Growth and Maritime Trade

To better understand the prevailing trends that shape global maritime business and shipping finance, a starting point is the assessment of gross domestic product (GDP) shifts and trends in key driving economies, such as the Eurozone, US and China. The underlying shifts in GDP growth rates interrelate and shape also the prospects of maritime trade, and, eventually, the financial performance of shipping companies worldwide.

Figure 1. International Maritime Trade - GDP Growth

In recent years, dramatic global disruptions, such as the 2008 financial crisis and, more recently, the widespread Covid-19 health pandemic have adversely hit GDP growth and maritime trade (Figure 1; source: UNCTAD, 2020, 2021). Despite the deep decline during the evolution of these events, dynamic recovery returned relatively fast, proving maritime trade and shipping business resilient to external shocks and crises.

1.2 Lower GDP Growth Projections

The ongoing Russian-Ukrainian crisis (triggered on February 24, 2022) has put the global economy, trade flows, and maritime business into flames. The earlier projections (by ECB, World Bank, IMF) on advanced, emerging and developing economies' growth have been revised downwards to more conservative levels. Global GDP growth rate forecasts have declined to 3.6% for 2022 and 2023 (against 6.1% in 2021) with a further average decline to 3.3% in the medium term (Figure 2, Table 1; source: IMF, 2022).

Figure 2. GDP Growth Projections: Advanced, Emerging and Developing Economies

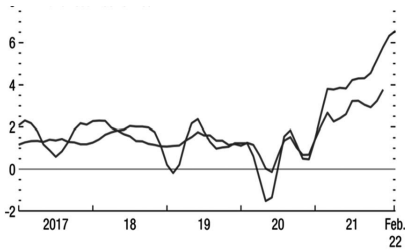
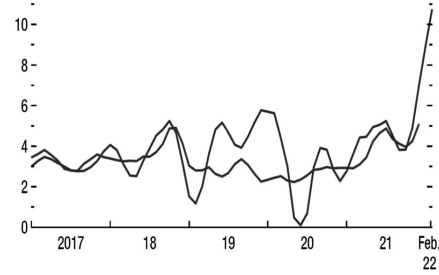


Table 1. GDP Growth Projections by Major Economies

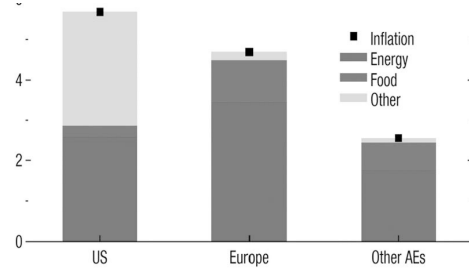
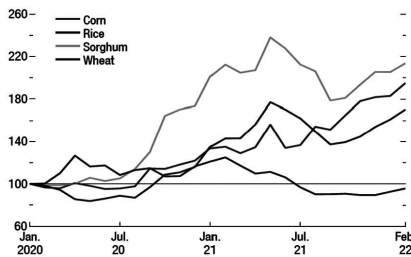
(real GDP, annual percent change)	PROJECTIONS		
	2021	2022	2023
World Output	6.1	3.6	3.6
Advanced Economies	5.2	3.3	2.4
United States	5.7	3.7	2.3
Euro Area	5.3	2.8	2.3
Germany	2.8	2.1	2.7
France	7.0	2.9	1.4
Italy	6.6	2.3	1.7
Spain	5.1	4.8	3.3
Japan	1.6	2.4	2.3
United Kingdom	7.4	3.7	1.2
Canada	4.6	3.9	2.8
Other Advanced Economies	5.0	3.1	3.0

1.3 Upward Inflationary Price Pressures

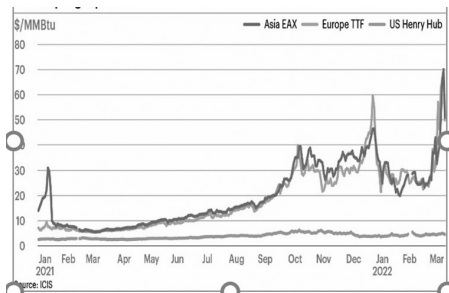
The accumulated implications from the earlier crises, predominantly the Ukrainian war, have inflated vital commodity prices (energy, grains, metals, fertilizers, industrial raw materials etc.) and have provoked an upward spiral of persisting inflationary pressures worldwide for the medium term (Figures 3a, b, c, d, e; source: IMF projections, 2022).

Figure 3a. Inflation Trends (3-m moving average; annualized % change)**Advanced Economies****Emerging and Developing Economies**

— Consumer price index — Core consumer price index

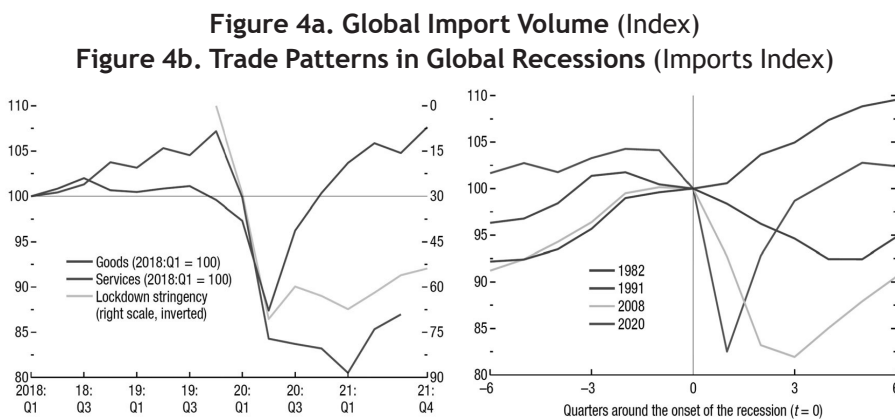
**Figure 3b. International Cereal Prices (USD index, Jan. 2020: 100),
Figure 3c. Key Inflation Drivers (%)****Figure 3d. Oil Prices: Highest Since 2008 (USD per barrel),
Figure 3e. Global Spot Gas Prices (USD)**

..... — WTI — Brent Crude



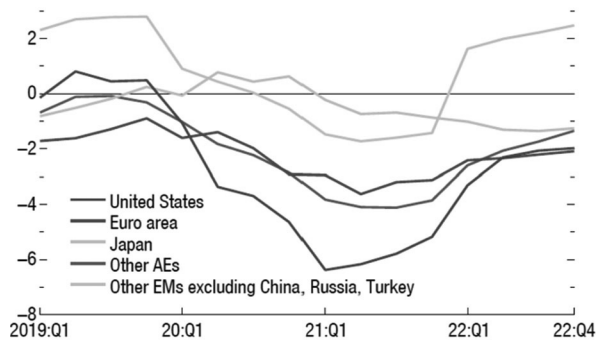
1.4 Disrupted Global Trade Flows

In an intensively volatile economic environment, global trade has been inevitably disrupted by the prevailing adverse circumstances. However, over time as seen in previous crises, goods trade has recovered quite rapidly, especially in the recent Covid-19 pandemic (Figures 4a, b; source: CPB World Trade Monitor; IMF calculations, 2022). The performance of the Chinese economy remains a critical factor exerting a significant impact on economic growth and trade flows; in case China slips into a recessionary slowdown, it will spillover widespread implications.



1.5 Interest Rates Increases

The global recessionary conditions provoke GDP growth slowdowns, trade import declines, inflationary pressures driven by commodity price increases and widespread geopolitical tensions, shaping a complex and uncertain economic environment. This, in turn, has led major Central Banks (ECB, US Federal Reserve Bank, and Bank of England, inter alia) to introduce tighter monetary policies, i.e., increases in interest rate levels (Figure 5; source: IMF calculations, 2022). To deal with these diverse crisis factors and alleviate their citizens, most Governments have introduced fiscal and other economic measures, pushing, nevertheless, public debt into record levels. The interest rate increases intensify potential debt distress risks, especially for the weaker emerging and developing economies that remain more vulnerable. The trend in medium term interest rate levels remains a critical issue.

Figure 5. Real Policy Rates (%)

1.6 Volatile Freight Rate Shifts

The impact of different events, crises, and disruptions on shipping business can be vividly depicted on the behavior of freight rates, a core revenue source for shipping companies. The Baltic Dry Index (BDI), for instance, is a convenient proxy index of shipping and trade, reflecting freight rate shifts in the dry bulk markets, issued daily by the London-based Baltic Exchange (Figure 6a; source: Macro-hive). The weighted BDI composition integrates freight rates in Capesize (40%), Panamax (30%), Supramax (30%) time-charter average levels across 20 ocean routes, depicting the prevailing freight transportation costs of key raw materials (coal, steel, grains etc.). The demand for shipping capacity against the available supply of dry bulk carriers indicates potential (dis)equilibrium dry bulk market conditions. In a broader context, BDI is a widely referenced shipping index among investors and market practitioners to indicate the impact of freight shipping markets on the global economy. Similar shipping indices depict freight rate movements in (dirty and clean) tankers, LNGs, and container shipping markets. Typically, in crises, cargo volumes and shipping revenue decline abruptly (Figure 6b; source: UNCTAD, 2020, 2021).

Figure 6a. BDI Volatility in Crises

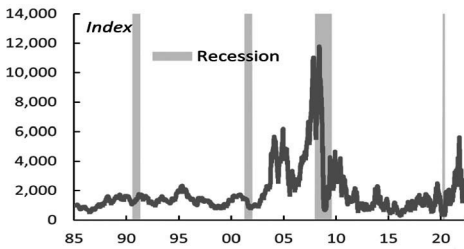
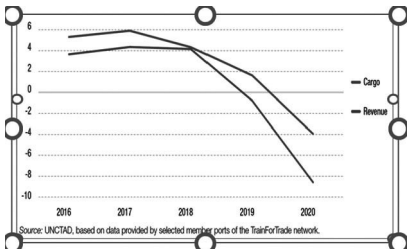


Figure 6b. Cargo and Revenue in Crises

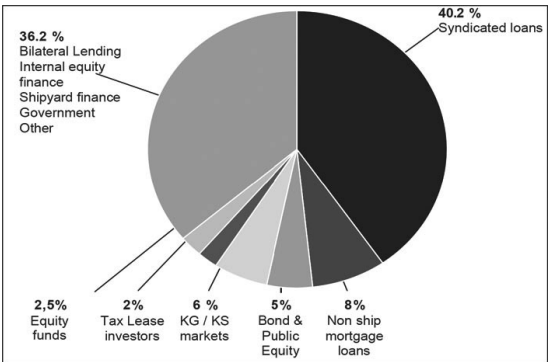


Section 2: Shipping Finance Developments

2.1 Ship Funding Sources

Global shipping remains a highly capital-intensive business, as the core productive infrastructure consists of real assets (ships) of high value. Investing in ships, whether newbuildings or second-hand ones, typically requires extensive funding. Over the past fifty years, the shipping finance instruments are seen to have been prioritized along the respective market conditions. Bank lending has been the dominant capital source in shipping business. Other fund sources, popular across different business sectors, such as equity markets or bond issues, have remained of limited contribution to ship funding (Figure 7; source: AMB AMRO).

Figure 7. Ship Finance Sources

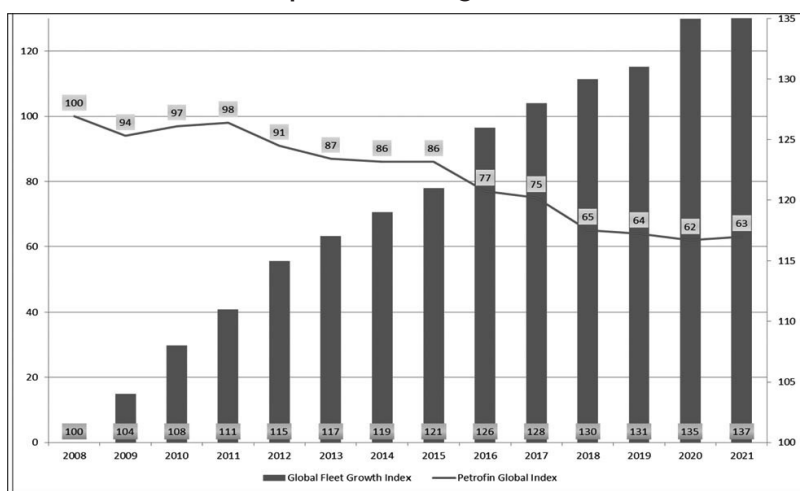


In the aftermath of the 2008 global financial crisis, major international banks were caught into a painful storm, resulting to bankruptcies, restructurings, mergers, and acquisitions. As a result, global banking is recording its lowest contribution of last 14 years in channeling fresh capital to shipping business

worldwide. Based on updated research, ship lending of top 40 Banks has declined by -2.55% in 2020 (2020: USD 287 bln. vs. 2019: USD 294 bln.), partly due to DVB and Nord LB exit from ship lending, with the German loan portfolio declining by USD 15 bln. In 2021, ship lending moved slightly higher at USD 290.2 bln. (Figure 8; source: Petrofin, 2022).

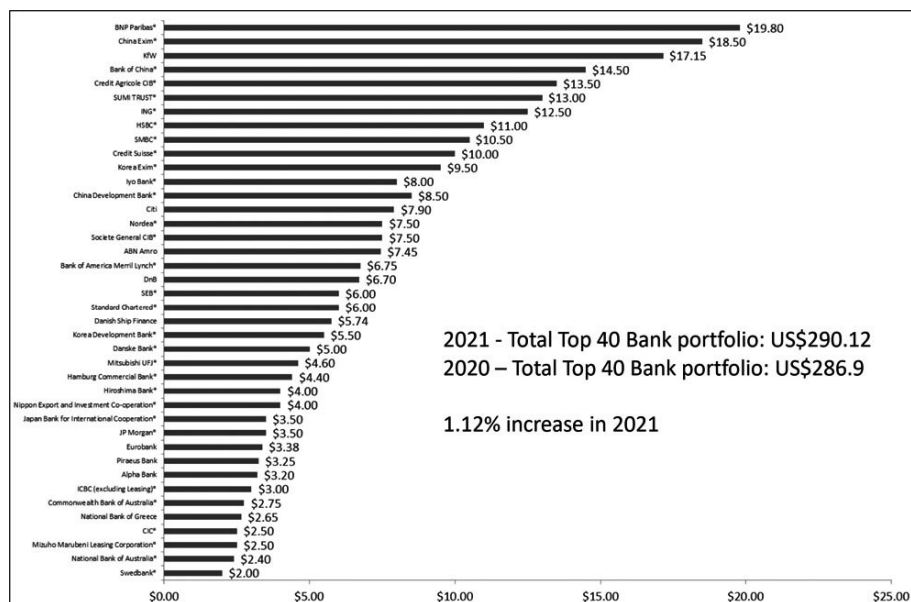
The shipping loan portfolio of European banks is seen to have declined by 2% (2020: USD 167.blm. vs 2019: USD 178 bln.). The bank lending share in global ship finance is estimated at 58.3% in 2020 down from 60.3% in 2019. Few European banks managed to expand their contribution in ship lending, such as BNP Paribas (increase: by 3.5 bln.), as troubled competitors exited the market. Asian ship banks, on the other hand, are seen to have taken advantage of ship bank restructurings and have managed to increase their share contribution by 3.5% (2020: USD 100.85 bln. vs 2019: USD 97.5 bln.). Chinese leasing, in particular, exhibits robust growth by 12.3% (2020: USD 66.5 bln. vs 2019: USD 59.2 bln.).

Figure 8. Petrofin Global Ship Bank Lending Index vs Global Fleet Growth (%)



Since ship bank lending is seen to follow a declining trend, the growth of the global fleet then continues to be funded primarily by non-banking sources, such as leasing, alternative lending, private equity funds, public markets, and investors.

Of the top 40 banks, BNP Paribas remains the leading ship lender in 2021 with a loan portfolio at USD 19.8 bln. (2020: USD 21.50 bln.). In the top 40 sample, the Greek banks cover a market share of 4.3% (USD 12.5 bln.) (Figure 9, 2021; source: Petrofin, 2022).

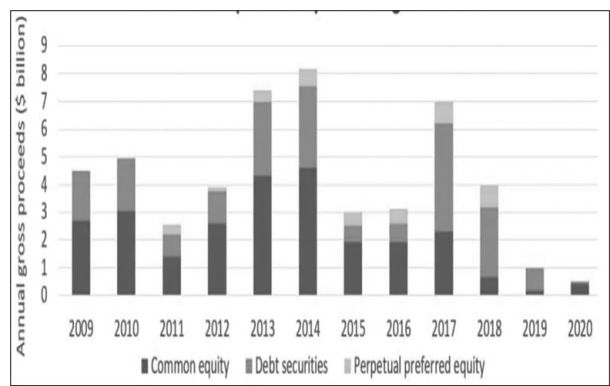
Figure 9. Global Ship Finance: Top 40 Banks (USD bln.)

2.2 Shipping in Capital Markets

International capital markets have only played a minor role in ship funding over the years and their contribution has remained relatively thin. This was partly due to investors' sentiment, perceiving commercial shipping as a highly risky and extremely volatile business, cyclical, capital-intensive, sensitive to external shocks and crises, and exposed to diverse risk factors (including managerial, financial, economic, technical, legal ones, inter alia).

Shipping initial public offerings (IPOs) have shown record-low proceeds in 2020. According to the American Shipper, the US-listed commercial shipowners raised only USD 501 mln., a lowest annual total amount (from USD 1 bln. in 2019 and USD 8.2 bln. in 2014). On the other hand, shipping follow-ons and bond issues have exhibited a revitalized activity. Shipping follow-ons were at USD 10.7 bln. in 2020 from USD 2.7 bln. in 2019 (+267%), whereas shipping bond new issues were at USD 24.8 bln. in 2020 from USD 6.9 bln. in 2019 (+260%) (Figure 10; source: American Shipper).

Figure 10. US-Listed Shipping Capital Funding (USD bln.)



2.3 A Shipping IPO Case

Following several quiet years, the first recent successful shipping IPO took place in January 2021. ZIM Integrated Shipping Services Ltd, an Israeli containership liner company, proceeded to get listed on New York Stock Exchange (NYSE); in a volatile environment, its IPO price was set at USD 15 per share but closed lower at USD 11.52, a price decline by 23% (Figure 11, April 15, 2022; source: Y-Charts). The previous shipping IPO was Gener8 Maritime in 2015, a shipping company later acquired by Euronav (in 2018).

Figure 11. A Shipping IPO Case: ZIM Integrates Shipping Services (USD)



2.4 Volatile Global Capital Markets

Global capital markets remain highly volatile, as the global economy is slipping into recession, many commodity prices rise fast, and geopolitical

tensions remain disruptive. Investors' sentiment remains weak in search of safe value shelters, avoiding risky exposures to uncertain investment options. The recent major crises (Covid-19 and Ukraine war) have inflated capital market volatility (as depicted, for instance, by the capital market US Volatility Index, VIX; Figures 12a, b; source: McKinsey, Bloomberg, 24.2.2022). To that end, shipping companies remain skeptical of and distant from capital market funding.

Figure 12a. Capital Markets US Volatility Index (VIX)

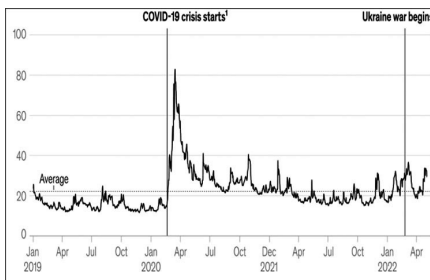
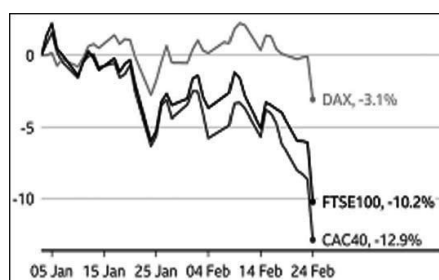
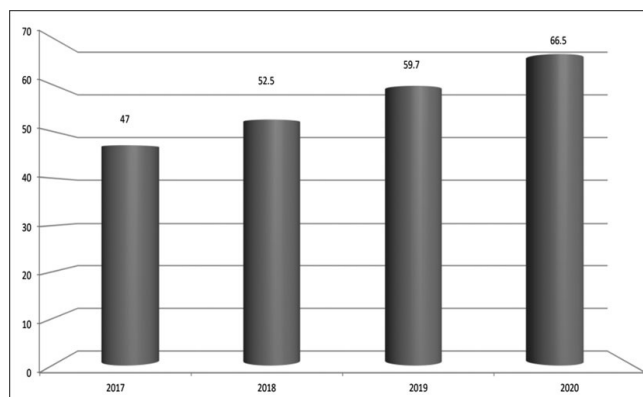


Figure 12b. European Stock Market Declines



2.5 Chinese Leasing

As several international banks have exited ship lending or have reduced their available capital facilities allocated to the sector, Asian financial institutions (mainly Chinese but also Korean and Japanese ones) are gradually filling in the funding gap in shipping. Ship finance is then seen to shift further towards Asia. The significant expansion of Chinese leasing is worth noting (Figure 13, 2020; source: Smarine; Petrofin, 2022). In a leasing arrangement, one party (lessee) obtains full operational use and control of a fixed asset (ship). For that, (s)he must pay a series of rentals to the shipowner (lessor) for an agreed period. In a financial lease, the residual risk (ship) is transferred to the lessee at the end of the lease period. In an operating lease, the residual risk (ship) stays with the lessor at the end of the lease period. In a sale-and-leaseback arrangement, the ship owning company sells the vessel to another company; and it then leases it back from them. The original ship owner becomes a lessee and the new buyer a lessor.

Figure 13. Chinese Leasing Portfolios to Shipping (USD bln., 2020)

2.6 Alternative Ship Finance Instruments

As mentioned, the funding gap in ship finance, due to bank lending contraction, is gradually covered by alternative financial institutions and sources of capital. Apart from Asian financiers, alternative ship funding sources include, indicatively, Japanese operating leases with call option (JOLCO), private equity (PEs) funds, Export Credit Agencies (ECAs), and, recently, green finance options, particularly green bonds, inter alia.

Japanese Operating Leases with Call Option (JOLCOs)

JOLCOs have been a popular funding option initially in aviation investments and has been recently incorporated in shipping investment funding as well. Through investments, customers can level out their periodic profits, and the leases are useful for long-term corporate and tax planning. In addition, it is possible for customers to make capital gains by selling their leased assets after the lease term ends. JOLCOs are usually funded by a combination of Japanese investor equity and senior debt by financial institutions into a Special Purpose Vehicle (SPV) that finances, subsequently, vessel acquisitions.

Private Equity (PEs) Funds

PE funds are typically structured under a joint venture or partnership form with capital contributions by interested shipowners. PE funding usually takes the form of equity capital by investment funds and private investors. PEs target low price vessel acquisitions to gain positive returns at market recovery phases. PEs prefer small to medium-sized shipping firms to also lend them directly. However, PEs charge a higher capital cost compared with traditional ship bank lending.

Export Credit Agencies (ECAs)

ECAs offer trade finance support, including loans, loan guarantees, insurance etc., to facilitate international exports of domestic companies. ECA finance can be contributed via direct lending or co-financing schemes or can provide guarantees and insurance policies.

Green Finance

‘Green finance’ refers to a set of structured financing instruments targeting to promote ‘green’ investment projects. In shipping, environmentally friendly ships, and lower sulphur alternative fuels, inter alia, are critical investment priorities towards climate and environmental protection. This comes in line with a broader shipping management shift from the conventional doctrine of ‘shareholders’ value’ (economic perspective) to a broader and more balanced doctrine of ‘stakeholders’ value’ (economic - environmental - social perspectives).

In a broader context, the ‘green finance’ umbrella includes a wide range of relevant areas, such as renewable energy and energy efficiency, pollution prevention and control, biodiversity conservation, circular economy initiatives, sustainable natural resource and land uses, and clean transportation, inter alia.

Green Bonds in Shipping

‘Green bonds’ are debt capital instruments like conventional bonds but are associated to a set of conditions committed to promote green investment options. Hence, green bonds offer higher transparency as to the use of the funds raised, dedicated to promoting climate protection and other environmentally friendly priorities.

In the context of shipping, a green bond issuer (shipping company) must demonstrate specific environmental commitments, such as the expected ‘carbon-equivalent intensity’ of the ship(s) to be funded, so to justify that the vessel meets decarbonization standards (‘emissions intensity threshold’), developing a relevant plan sustaining that the ship(s) will reach net zero emissions by 2050.

The ‘Climate Awareness Bond’ was the first green bond issued by the European Investment Bank (EIB) in 2007. Major sovereign green bond issuers include the US (USD 51.3 bln.), China (USD 31.3 bln.) and France (USD 30.1 bln.), whereas the aggregate figure of green (sustainable) bond funds is estimated to surpass USD 30.7 trln. in 2019 (34% vs 2016) (Figures 14a, b; source: IBRD).

Figure 14a. Sustainable Bond Issues 2013-2020 (USD bln.)

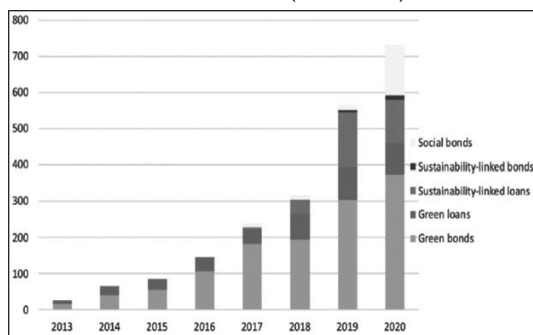
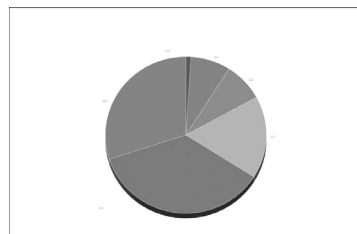


Figure 14b. Green Bond Share Distribution (2019)



2.7 Green Initiatives in Shipping

The IMO 2020 initiative limits the sulphur content in the fuel oil used on board ships operating outside designated emission control areas to 0.50% m/m (mass by mass), a significant reduction from the previous limit of 3.5%. Within specific designated emission control areas, the limits were already stricter (0.10%). This new limit was made compulsory following an amendment to Annex VI of the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL). The IMO initiative targets to improve air quality, preserve the environment, and protect human health.

Poseidon Principles

The intensified promotion of green shipping and the blue economy has activated a set of parallel initiatives. In the context of green shipping finance, major ship banks and other active lenders, lessors, financial guarantors, and export credit agencies have put forward the 'Poseidon Principles'. These integrate global funding eligibility with climate and environmental priorities, and cover, bilateral loans, syndicated loans, club deals and guarantees, secured by vessel mortgages or finance leases, secured by title over vessel and in every case where a vessel is subject to the IMO's Data Collection System (DCS).

The initiative was initially signed by eleven major international credit financial institutions, the Signatories, to promote collaboration of global shipping banks and leading shipping players towards a common framework of responsible environmental treatment (June 18, 2019). This framework integrates climate considerations into ship bank lending decisions to promote international ship decarbonization, associates bank credit finance to the IMO 2020 initiative to greenhouse gas emission reduction and improves the quality of the maritime

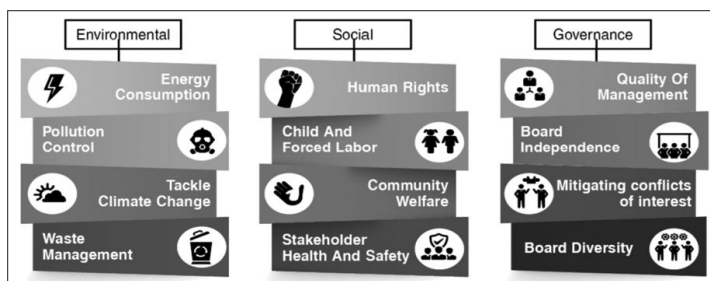
value chain. Within a year since the launch of Poseidon Principles, seven more financiers joined the association. As of mid-2022, 29 financial institutions in total have joined as Signatories the Poseidon Principles, representing a combined bank ship loan portfolio of approximately USD 185 bln., that corresponds to over 50% of the aggregate global ship loan portfolio (Poseidon Principles, 2020; Syriopoulos et al., 2021, 2022). The Poseidon Principles establish transparency requirements for Signatories and are supported by a robust and industry-appropriate climate alignment assessment methodology and carefully considered accountability and enforcement requirements that support practical and robust data collection and analysis practices.

Recently, other business stakeholders, such as the association of bulk cargo ship charterers, have introduced the ‘Sea Cargo Charter’ to provide a global framework for aligning chartering activities with responsible environmental behavior, promoting international shipping decarbonization practices, consistent with the relevant IMO policies.

ESG in Shipping

The concept of ESG in shipping and ports receives increasing attention by shipping and port companies, international investors, regulators, employees, and other stakeholders. Instead of focusing on corporate economic priorities alone, ESG, acronym for ‘Environmental - Social - Governance’, initiatives require the proactive managerial commitment to business strategies and practices that promote environmental protection, social sensitivities, and accountable, transparent, and efficient governance decisions (Figure 15).

Figure 15. A Broad ESG Framework



Section 3: Conclusion: Intriguing Challenges Ahead

This study contributes a concise updated economic analysis of alternative funding options in shipping business. This discussion evolves at a time of global unrest, economic recessionary indications, inflationary price

pressures and broader geopolitical tensions. In such a complex and highly risky environment, ship funding turns scarcer, and capital providers remain skeptical. Traditional banks remain cautious on ship lending, and alternative sources and instruments come into play, including Asian lease, PE funds, ECAs, green bonds and other green-related options.

A set of intriguing challenges ahead remains for global shipping and financing decisions, including, inter alia:

- ✓ **IMO 2020 initiative:** already under play, it imposes strict environmental regulations for shipping companies as to emissions' compliance, targeting to reduce total annual 'greenhouse gas emissions' by at least 50% by 2050 (vs 2008 levels). The relevant financial costs to the technical solutions on vessels, better fuel choice, and related issues remain unclear yet but high capital expenditures for conventional vessels are certainly required. This in turn may trigger consolidation decisions between the weaker companies unable to bear these costs. It is, furthermore, unclear as to what part of these additional costs will be borne by owners, charterers, and consumers.
- ✓ **Ship investments:** this new landscape in the broader maritime business requires intensive funding. However, this remains a problematic issue particularly for small and medium-sized firms, with limited access to bank lending and capital markets.
- ✓ **Ship finance:** as bank ship finance has contracted over time, there are still opportunities for a variety of traditional and alternative capital sources, such as:
 - **bank lending:** it remains the cheapest capital source
 - **Chinese leasing:** it exhibits upward trend but is more selective and is directed preferably towards modern vessels
 - **capital markets:** they can still offer convenient debt and equity funding options
 - **green finance:** it expands consistently to further support environmentally friendly ship projects
 - **ESG funding:** it reflects strong upward trends (ESG-lending)
 - **ESG principles:** they gain critical attention to shipping company evaluation.

To conclude, the topic of shipping finance remains strategically critical in the context of growth promotion and upgrading of shipping companies. The ageing fleet modernization, however, requires substantial capital flows and a key question remains as to the most convenient funding sources at reasonable

cost. Since shipping finance decisions adjust to the broader economic conditions, the topic remains open, steaming, and challenging.

References

International Monetary Fund (2022). Gloomy and more uncertain. World Economic Outlook Update Report. www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2022/07/26/world-economic-outlook-update-july-2022 (July).

Petrofin Research (2022). Key developments and growth in global ship finance. Research Report. www.petrofin.gr (September 5).

Poseidon Principles (2020). A global framework for responsible ship finance. Policy Paper. www.poseidonprinciples.org.

Syriopoulos T., Karamperidis S., Tsatsaronis M., and Boura G. (2022). ESG rating and reporting. Conference Paper. IAME Annual Conference, Busan, Korea (September).

Syriopoulos, T., Tsatsaronis, M., Boura, G., and Gavalas, D. (2021). ‘Poseidon Principles’: The impact on shipping finance. Conference Paper. IAME International Conference, Rotterdam (November).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2020, 2021). Review of Maritime Transport. Secretariat Report. United Nations Conference on Trade and Development. Geneva.

Modern Forms of Ship Finance: Legal Implications

Stephen Girvin*

MPA Professor of Maritime Law, Director of the Centre for Maritime Law,
Faculty of Law, National University of Singapore

1 Introduction

At the beginning of June 2022, the world commercial fleet comprised 102,899 ships, with a combined tonnage of approximately 2.2 billion dwt.¹ Save for ships wholly financed by large public companies or wealthy private individuals,² it is still the case that a large proportion of the commercial fleet is financed by banks and, increasingly, other forms of lending. The ship remains the preferred form of security, albeit somewhat risky security as ships have a fluctuating and ultimately depreciating capital value, cannot automatically generate income, and incur heavy and inescapable running costs, whether operating or idle.³

Ship finance has undergone profound changes during the past decade as the influence of traditional ship finance banks has gradually been worn down by exposure to toxic debt generated during the Global Financial

* This is an updated and expanded version of an invited paper originally presented at the 10th International Conference of Maritime Law, Athens, on 27 May 2022, and is based on an earlier attempt to map the subject-matter: see 'Aspects of Ship Finance: The Market, Ship Mortgages and their Enforcement' NUS Centre for Maritime Law Working Paper 19/05 (downloadable from <https://law.nus.edu.sg/cml/publications/>). I am grateful to Professor Lia Athanassiou and the Piraeus Bar Association for the opportunity.

1. UNCTADstat, 'Merchant fleet by flag of registration and by type of ship': <https://unctadstat.unctad.org/>.
2. Shipping still resonates with substantial empires built on the initiative of shipping magnates: see, eg, John Angelicoussis (Angelicoussis Shipping Group); Gianluigi Aponte (MSC); Angeliki Frangou (Navios Maritime Holdings); John Frederiksen (Frederiksen Group); Rodolphe Saadé (CMA CGM); Diego Aponte (MSC); Eyal Ofer (Zodiac Maritime); George Propokiou (Dynacom/ Dynagas); Henning Oldendorff (Oldendorff Carriers); Andreas Sohmen-Pao (BW Group); Thomas Wilhelmsen (Wilhelmsen Group). See *Lloyd's List One Hundred* (12th edn, 2021) <https://lloydlist.maritimeintelligence.informa.com/one-hundred-edition-twelve>.
3. Alison Clarke, 'Ship Mortgages' in Norman Palmer and Ewan McKendrick (eds), *Interests in Goods* (2nd edn, LLP 1998) 663, 665.

Crisis (GFC).⁴ The problems have been especially acute for the smaller entities that still constitute the sizeable majority of shipping companies.

The first part of this paper sets out some of the primary mechanisms by which ship finance is arranged. Such issues are rarely, if ever, considered in the standard legal texts.⁵ The second part considers the role of leasing and chartering, an increasingly popular method of finance, particularly in the Chinese market. The third part considers the impact of green finance and the role this plays in today's ship finance market.

2 Ship financing by banks

2.1 The background

Over forty years ago, on 11 February 1975, the Liberian-flagged *Panglobal Friendship*, a tanker, sank while on the course of a voyage from Curaçao to Trinidad. In the court proceedings that followed, Roskill LJ summarised the then-typical mechanism for securing finance over ships:⁶

For at least a quarter of a century, if not more, the method of obtaining finance for building ships was widely adopted on both sides of the Atlantic. It may be summarised in these words. The bank advances to one or more owning companies a large sum of money. It of course requires security. It will take a mortgage on the ship for that security. It may take other mortgages on other ships for the same security. If the ship, as often happens, is about to be time chartered, then the bank will take an assignment of the time charter in order that the bank as assignee can benefit from the time charter in order to reduce the mortgage debt. In addition it will almost invariably in my experience take an assignment of insurance policies and P&I Club cover in order that in the event of total

4. This phrase typically refers to the period in global financial markets and banking systems between mid-2007 and early 2009. See, generally, *Andrew Farlow, Crash and Beyond: Causes and Consequences of the Global Financial Crisis* (Oxford University Press 2013) Ch. 4.

5. But cf *Julie Clegg and Jonathan Ward* (eds), *Shipping Finance: A Practical Handbook* (4th edn, Globe Law and Business Ltd 2018); *Orestis Schinas, Carsten Grau and Max Johns* (eds), *HSBA Handbook on Ship Finance* (Springer 2015); *Martin Stopford, Maritime Economics* (3rd edn, Routledge 2009) Ch. 7; *Manolis G Kavussanos and Ilias D Visvikis, The International Handbook of Shipping Finance* (Palgrave Macmillan 2016).

6. The *Panglobal Friendship* was insured on the London market for S\$1.5m, the question for the Court of Appeal being whether the bank, which had lent money on this and several other ships, was entitled to this money and whether the time charterers should be permitted to intervene in the proceedings.

or partial loss of the ship the bank as the lender may be suitably secured. As a result, over the last quarter of a century when many ships similarly built and financed have been totally lost banks have found themselves completely protected in the events which have happened. The effect of all this is to ensure that the lending bank is completely secured against the insolvency of the borrower who intends that the bank shall obtain complete priority over the claims of other creditors against the borrower.⁷

Although much of this is not untrue now, ship financing today is a world away from what it was in the 1970s.⁸ During the ship lending boom between 1967 and 1973,⁹ mortgage-backed bank loans were the norm for the financing of newly-built ships, covering 70 to 75 per cent of the total capital invested; the norm today, after the GFC, is for bank debt to be around 50 to 60 per cent.¹⁰ In such circumstances, a prominent feature of ship finance during the past decade has been the development of new financial structures and new sources of finance because bank finance has become increasingly sparse, for the reasons elaborated in the next part of this paper. However, the availability of bank finance was not, by any means, the sole outcome of the GFC. There was also a significant oversupply of tonnage, significantly exacerbated by orders to shipyards which were ready for delivery and flooded an already oversupplied market.¹¹

2.2 Nature and scope

For the longest time, bank finance has been the principal source of finance for new ships,¹² with the ship as collateral, once delivered from the shipyard,¹³ or bought and sold second-hand in the sale and purchase market, ‘the bread

7. *Citibank NA v. Hobbs Savill & Co Ltd (The Panglobal Friendship)* [1978] 1 Lloyd’s Rep 368, 371.

8. See *Clarke* (n 3) 665 fn 17.

9. See *Peter Stokes*, *Ship Finance: Credit Expansion and the Boom-Bust Cycle* (2nd edn, LLP 1997) Ch. 2; *Liana Miliotis*, ‘All change ahead’ (2018) 32(1) MRI 16.

10. *F. Giannakoulis*, ‘Overview of ship finance’ in *Kavussanos and Visvikis* (n 5) Ch. 3; *Peter Illingworth*, ‘Ship finance - the banker’s perspective’ in *Clegg and Ward* (n 5) 33.

11. See *Richard Eglinton*, ‘Turbulent waters for ship finance market’ (2012) 26 MRI 10.

12. See *George Paleokrassas*, ‘Debt financing in shipping’ in *Kavussanos and Visvikis* (n 5), Ch. 5.

13. Financing prior to delivery cannot be mortgaged, there being no ship over which the mortgage can attach: see *Charles R Cushing*, ‘Shipbuilding finance’, in *Kavussanos and Visvikis*, *ibid*, 95; *Giannakoulis* (n 10) 80; *Stopford* (n 5) 29. For detailed consideration, see *Jonathan Ward and Danaë Hosek-Ugolini*, ‘The financing of newbuildings’ in *Schinas et al.* (n 5) 51.

and butter of a ship financier's business'.¹⁴ As individual banks typically only advance a proportion of the required finance, loans are commonly syndicated among a group of banks. In better times,¹⁵ the loan tenor was between five and ten years¹⁶ with repayments in semi-annual or quarterly instalments, with a balloon payment¹⁷ on maturity.¹⁸ Ships may also be financed by more than one such loan provided by a different lender or group of lenders.¹⁹ The proposed financing terms are usually set out in a term sheet,²⁰ such as BIMCO's SHIPTERM, developed in 2017 and intended for bilateral transactions between a single lender and one or more borrowers.²¹

Ship finance used to be a significant source of business for banks, and during the shipping boom in the noughties²² bank institutions lending to shipping had significant loan portfolios; the estimated global shipping portfolio in 2010 was around US\$450 billion, but this fell to US\$355.14 billion in 2016 and under US\$300 billion by the end of the decade to US\$294.40 billion in 2019.²³ In 2020, this had reduced to US\$286.9 billion, but in 2021 this increased slightly to US\$290.12 billion.²⁴ While still viewed by some banks as a favourable sector to do business, shipping is a volatile and cyclical business. The downturn in

14. *Dora Mace-Kokta and Danaö Hosek-Ugolini*, 'The financing of second-hand vessels' in *Clegg and Ward* (n 5) 81.

15. See *Julian McQueen*, 'Syndicated loan market is dead' *Lloyd's List* (21 June 2011). But cf *Anastassios Adamapolous*, 'Hafnia gets \$374m sustainability-linked loan' *Lloyd's List* (24 March 2021).

16. In 2012, the latter period was described as like 'winning the lottery': see *David Osler*, 'Landing a 10-year ship loan is "like winning the lottery"' *Lloyd's List* (London, 15 November 2012).

17. I.e. a contractual payment of a specified amount added, usually, to the final instalment.

18. For detailed terms, see *Giannakoulis* (n 10) 78; *Kyriakos Spoullos*, 'Key clauses of a shipping loan agreement' in *Kavussanos and Visvikis* (n 5) 213.

19. Depending on the place of registration of the mortgage. Under English law (and Singapore law), priority of the mortgagees is determined by the order in which the mortgages are registered: see, eg, Merchant Shipping Act 1995, c 21, Sch. 1, para 8(1).

20. See *Illingworth* (n 10) 11.

21. See <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/shipterm>.

22. See particularly *Jan-Henrik Hübner*, 'Shipping Markets and their Economic Drivers' in *Kavussanos and Visvikis* (n 5) 1, 13 for an overview of the different shipping market sectors and their performance.

23. See Key Developments and Growth in Global Ship Finance (Petrofin Global Bank Research, September 2022) 5.

24. *Ibid.* See *Ted Petropolous*, 'Banks make a cautious comeback in ship finance', *Lloyd's List* (26 August 2022).

shipping exposed European banks,²⁵ the traditional banks heavily invested in shipping, to a toxic debt burden. In 2022, the Russian invasion of Ukraine, high energy prices, sanctions, high interest rates, the slowdown in global growth and the likelihood of a worldwide recession are all expected to combine to disrupt bank lending further.²⁶

Many European banks²⁷ have reduced their exposure or, in several cases, disposed entirely of their shipping loan portfolios.²⁸ Royal Bank of Scotland was a prime example of the latter in the UK.²⁹ In the former, another UK-based bank, Lloyds Banking Group in 2012,³⁰ disposed of US\$750 million from its US\$8 billion book to Oaktree Capital Management,³¹ a private equity firm.³²

In mainland Europe, German banks were particularly hard hit.³³ This was because of the 'KG'³⁴ market,³⁵ which proved the undoing of many market-leading banks.³⁶ In 2012, Commerzbank, formerly the world's number two

-
25. In 2008, European banks held 90% of this risk, with German banks in the lead, with 45%, Scandinavian banks 20%, and British banks 11%: Giannakoulis (n 10) 75; Illingworth (n 10) 20.
 26. See Key Developments (n 23) 2.
 27. Not that difficulties have not been felt elsewhere: see *David Osler*, 'Shipping downturn "has cost Asian banks hundreds of millions of dollars"' *Lloyd's List* (10 September 2013).
 28. *Lambros Papaeconomou*, 'Inglorious end to a celebrated era by Royal Bank of Scotland', *Lloyd's List* (21 September 2016). See also *Natwest Markets Plc (formerly known as the Royal Bank of Scotland plc) v. Stallion Eight Shipping Co SA (The MV Alkyon)* [2020] 1 Lloyd's Rep Plus 27.
 29. *Lambros Papaeconomou*, 'Shipping commercial banks run for the door' *Lloyd's List* (20 June 2017).
 30. Société Générale (SocGen) did this in 2011: see *David Osler*, 'Citibank takes \$2bn tranche of SocGen shipping book' *Lloyd's List* (18 June 2012).
 31. See <https://www.oaktreecapital.com/>.
 32. *David Osler*, 'Other banks could follow Lloyds half-price ship loan sale' *Lloyd's List* (1 October 2012). A further sale, to Davidson Kempner, took place in 2013: see *David Osler*, 'Davidson Kempner named buyer of Lloyds Bank shipping portfolio' *Lloyd's List* (12 December 2013). Cf also *Nigel Lowry*, 'Piraeus Bank sells bad shipping loans to US fund' *Lloyd's List* (11 June 2019).
 33. See *B. Barnard*, 'Ship Finance on Life Support' *Journal of Commerce* (New York, 28 March 2013).
 34. Kommanditgesellschaft (Limited Liability Partnership).
 35. See *Illingworth* (n 10) 22; *Stopford* (n 5) 306. For detailed consideration, see *Max Johns and Christoph Sturm*, 'The German KG System' in *Schinas et al.* (n 5), Ch. 4.
 36. See, eg, *Patrick Hagen*, 'KG model in crisis as ship values crash' *Lloyd's List* (24 March 2009).

ship finance bank, decided to exit shipping altogether,³⁷ and by 2018 this had largely been achieved.³⁸ Nord/LB, another market leading bank, reduced its shipping portfolio in 2016 and aimed at further reductions, from €19 billion to €14 billion, in 2018,³⁹ but these intentions were realised sooner, with a reduction to €12.1 billion by early 2018. The bank also shifted focus from commercial shipping to ferries and cruises.⁴⁰ By the end of the first quarter of 2019, it had reduced this loan book to US\$5.5 billion after a portfolio sale to the private equity investor Cerberus Capital Management.⁴¹ HSH Nordbank was particularly severely affected;⁴² in early 2018, it was eventually privatised by a sale to US-based equity firms Cerberus and JC Flowers, later approved by the European Commission⁴³ and now known as Hamburg Commercial Bank.⁴⁴ The meltdown continued with other banks, including Deutsche Bank⁴⁵ and DZ Bank, also experiencing difficulties.⁴⁶

37. Patrick Hagen, 'Commerzbank to exit ship financing' *Lloyd's List* (27 June 2012); David Osler, 'Commerzbank accelerates its withdrawal from shipping' *Lloyd's List* (13 February 2014); 'Commerzbank shipping book down to \$12.7bn as pullout continues' *Lloyd's List* (12 March 2015).

38. It confirmed in 2018 that the run-down had reached the point where its shipping book was down to 90% on its peak (\$1.2bn): James Baker, 'Commerzbank shipping book shrinks to €1bn' *Lloyd's List* (7 August 2018).

39. 'Nord/LB losses climb to \$2bn' *Lloyd's List* (6 April 2017).

40. Anastassios Adamopoulos, 'Nord/LB cuts shipping portfolio by \$5.8bn' *Lloyd's List* (17 April 2018).

41. See <https://www.cerberus.com>. David Osler, 'NordLB to exit ship finance after "painful" losses' *Lloyd's List* (4 April 2019); Anastassios Adamopoulos, 'NORD/LB sells \$2.9bn shipping loan portfolio' *Lloyd's List* (10 April 2019).

42. David Osler, 'HSH Nordbank to offload billions of dollars of toxic shipping debt' *Lloyd's List* (20 October 2015); 'HSH Nordbank offloads \$5.6bn of bad shipping debt on taxpayers' *Lloyd's List* (1 July 2016); 'HSH Nordbank writes off \$900m of shipping debt' *Lloyd's List* (3 November 2016); 'HSH Nordbank to offload \$5bn toxic shipping debt at 60% discount' *Lloyd's List* (1 May 2018).

43. See Anastassios Adamopoulos, 'HSH Nordbank sale gets EU approval' *Lloyd's List* (26 November 2018). See also 'State aid: Commission approves aid-free privatisation of German HSH Nordbank', European Commission, IP/18/6561.

44. See David Osler, 'Hamburg Commercial Bank still seeking industry deals, head of shipping insists' *Lloyd's List* (21 May 2019) and <https://www.hcob-bank.de/en/expertise/shipping/shipping>.

45. See 'Deutsche Bank sells \$1bn ship loan portfolio' *Lloyd's List* (18 June 2018); David Osler, 'Deutsche Bank makes further progress on 'derisking' shipping portfolio' *Lloyd's List* (25 July 2018).

46. Anastassios Adamopoulos, 'DZ Bank "considering all options" for DVB' *Lloyd's List* (27 February 2018).

The hiatus in the availability of finance from European-based banks, represented by a reduction in the European share of the global shipping book from 83 per cent to 62 per cent in the period between 2010 and 2015, has presented an opportunity for Asian-based banks, which have picked up some of the slack⁴⁷ and shown some growth,⁴⁸ particularly in Singapore.⁴⁹ At the same time, only some European banks have left shipping altogether while newer banks, such as Cyprus-based Hellenic Bank,⁵⁰ have entered the market.⁵¹ The Chinese market has proved particularly significant and is considered further below.⁵²

Notwithstanding the difficult conditions in the shipping sector and the marked deceleration in the availability of bank debt finance, many continue to expect that bank debt will remain an essential primary funding source for the industry,⁵³ albeit one which now competes with other financing options. The latter is significant for shipowners with 12 vessels or fewer who 'are far less likely to have bankers return their calls than they did two decades ago'.⁵⁴

3 Other financing mechanisms

3.1 Corporate loans

Apart from mortgage-backed loans, an aspect of bank finance available to large established companies is the corporate loan. Such loans are typically unsecured and open to publicly listed companies, such as (most) liner shipping companies, and giving the company a source of capital that is flexible.⁵⁵

47. See David Osler, 'Asian shipping banks move up top lenders league table' *Lloyd's List* (2 December 2015).

48. See *Key Developments* (n 23) 8.

49. See Megawati Wijaya, 'Singapore sees shipping banks rebound' *Lloyd's List* (5 August 2022).

50. See <https://www.hellenicbank.com>.

51. See Nigel Lowry, 'Hellenic Bank grows ship finance book with largest loan' *Lloyd's List* (10 August 2018).

52. See below, 4.3.

53. Thus, 23% of responders thought so in a survey produced by the law firm, Norton Rose Fulbright in 2017: see *The Way Ahead: Transport Survey 2017*, downloadable from <https://www.nortonrosefulbright.com/en-sg/knowledge/publications>.

54. See David Osler, 'Fintech aims to reboot lending to shipowners' *Lloyd's List* (25 August 2022).

55. See Giannakoulis (n 10) 82; Stopford (n 5) 291.

3.2 Capital markets

Although capital markets are an accessible and attractive form of ship finance,⁵⁶ this is available only to larger shipping companies. It takes two main forms, *public offers of shares*⁵⁷ and issues of *bonds*. Each of these is now considered.

A *listing or offer of shares* (equity) by a public company is not unique to shipping and can occur in any market sector. However, the difficulty is that most shipping companies are too small to consider listing. That said, many public shipping companies have listed their shares on the world's major stock exchanges, including Copenhagen,⁵⁸ Hong Kong,⁵⁹ New York,⁶⁰ Oslo,⁶¹ Singapore,⁶² Taipei,⁶³ and Tokyo.⁶⁴ Others, like the London Stock Exchange, have also sought to enter this market.⁶⁵ Listing gives access to a wider pool of finance, possibly also enhancing the company's public image, and, for existing shareholders, increasing the marketability of their shares. But flotation is demanding, involving legal, regulatory, financial and marketing aspects with specialist professional advisors and, usually, services provided by an investment bank.⁶⁶ An IPO⁶⁷ is a costly exercise and nor can success be guaranteed.⁶⁸ Having achieved listing, the corporate structures required by the markets can also slow decision-making and make the company subject

56. See *Theodore C Syriopoulos*, 'Shipping finance and international capital markets' in *Costas Th. Grammenos* (ed), *The Handbook of Maritime Economics and Business* (2nd edn, Lloyd's List 2010) Ch. 28.

57. *Jeffrey Pribor and Cecilie Skajem Lind*, 'Public and Private Equity Markets' in *Kavussanos and Visvikis* (n 5) 169, 170; *Stopford* (n 5) 297.

58. AP Møller-Maersk A/S (Maersk) is the leading example.

59. Stock Exchange of Hong Kong (SEHK): see, eg, China Cosco Holdings Co Ltd (China Cosco) and Orient Overseas (International) Ltd (OOIL) as prime examples.

60. New York Stock Exchange (NYSE) and NASDAQ: see, eg, Costamare Inc., Diana Shipping Inc., Frontline Ltd, Navios Maritime Holdings, Teekay Shipping Corp, Tidewater Inc.

61. The Oslo Børs (OB): see, eg, Odfjell SE.

62. The Singapore Exchange (SGX): see, eg, Cosco International Singapore Co Ltd.

63. Eg Hapag-Lloyd AG.

64. The Tokyo Stock Exchange (TSE): see, eg, Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (K Line), Mitsui OSK Lines, Nippon Yusen (NYK) Line.

65. See, eg, *Richard Meade*, 'London Stock Exchange kicks off shipping charm offensive' *Lloyd's List* (30 October 2012); *David Osler*, 'London calling: IPO heralds move to kick-start UK return of listed shipping' *Lloyd's List* (29 April 2021).

66. *Pribor and Lind* (n 57) 173.

67. I.e. an 'Initial Public Offering' of shares.

68. See, eg, *Nigel Lowry*, 'Why shipping is finding it tough to break IPO drought' *Lloyd's List* (14 September 2018).

to much greater scrutiny from shareholders looking for a return on their investment.⁶⁹

Another avenue for investment from public funds is the *bond* market,⁷⁰ involving unsecured debentures offered by an issuer, a shipping company, to bondholders, and financial institutions, for an agreed term,⁷¹ with the payment of interest, the 'coupon'.⁷² Such bonds may be characterised as investment grade, sub-investment grade, or convertible bonds (convertible into stock). In shipping, the bonds are 'high-yield', rated below investment grade,⁷³ and typically, for this reason, involving a relatively high coupon,⁷⁴ which may also be floating. At the end of the term, the capital is repaid to the bondholder. There are advantages and disadvantages with this type of financing. An important advantage is that bonds are unsecured, with minimal covenants and no repayments during the life of the bond. The cashflow of shipping companies who enter this market is also protected as there is no need to make continuing payments to a bank. On the other hand, instead of a bilateral relationship between a single institution and the shipping company, albeit over a relatively short term, this type of security means that the shipping company is exposed to a debt which extends over a longer term, with the principal amount not repayable until the bond matures⁷⁵ rather than being gradually amortized. Although, in practice, there might be an expectation that the bond will eventually be refinanced, there may be the risk of default on coupon payments, as occurred when some companies were forced into Chapter 11 proceedings⁷⁶ when they were unable to refinance their maturing bonds.⁷⁷

69. *Stopford* (n 5) 299.

70. *Ibid*, 300. For detailed treatment, see *Basil M Karatzas*, 'Public Debt Markets for Shipping' in *Kavussanos and Visvikis* (n 11) Ch. 6.

71. Typically, 10 years, but potentially longer (up to 15 years): *ibid*, 301.

72. See, eg, *Michelle Wiese Bockmann*, 'High-yield bond market set for record boom' *Lloyd's List* (26 January 2010); *Janet Porter*, 'CMA CGM raises \$741m through note offering' *Lloyd's List* (9 July 2017); *Abdul Hadhi*, 'More shipping companies tapping bond market as available funds decline, Drewry says' *Lloyd's List* (1 November 2017).

73. These are usually rated below 'BBB-' by the major external credit rating agencies, namely, Standard & Poor's Financial Services LLC (S&P), Moody's Corp, and Fitch Ratings Inc., and are also known as speculative or junk bonds.

74. See, eg, *Giannakoulis* (n 10) 85.

75. *Stopford* (n 5) 301.

76. See, eg, 'Aegean Marine Petroleum files for Chapter 11 restructuring' *Lloyd's List* (6 November 2018)

77. See, eg, *Inderpreet Walisa*, 'Eagle Bulk completes \$256m refinancing' *Lloyd's List* (12 December 2017).

3.3 Mezzanine financing

Falling somewhere between traditional debt finance from banks and financing from equity, mezzanine financing⁷⁸ is a type of hybrid financing between debt and equity. Typically, this gives a lender the right to convert to an equity interest in the company in case of default but may also kick in⁷⁹ on maturity of the loan. Although hitherto not widely used,⁸⁰ there is some evidence of the availability of such financing from traditional shipping banks, private equity funds, or hedge firms,⁸¹ particularly for smaller or medium-sized companies.⁸² A second mortgage may secure the debt, but secured and unsecured loans, stock, junk bonds, subordinated loans, or preference shares are also standard.⁸³ For shipping companies, the principal advantages are the availability of funding not otherwise available, the provision of a more flexible repayment term, and the spreading of the dependence on debt financing across more than one source.⁸⁴ However, the main disadvantage for the shipowner is cost, which is higher than traditional secured debt.

3.4 Private equity

Another source of modern ship finance, mainly since the GFC, is private equity firms,⁸⁵ investment management companies that have more usually provided financial backing for startups or operating companies. Such investors were attracted to shipping by ships trading at historically low levels⁸⁶ and prominent examples of involvement in shipping have included acquisitions from asset sales by banks.⁸⁷ In some instances, joint ventures where both parties have contributed capital⁸⁸ have proved successful, but doubts have

78. *Giannakoulis* (n 10) 81.

79. A so-called 'equity kicker'.

80. See *Stopford* (n 5) 296. Cf, eg, *Lambros Papaeconomou*, 'Shipping notes from Wall Street' *Lloyd's List* (21 January 2018); 'International Seaways ready for \$100m in mezzanine debt' *Lloyd's List* (23 April 2018).

81. *Giannakoulis* (n 10) 82.

82. *Miliotis* (n 9) 17.

83. See *Cushing* (n 13) 106; *Paleokrassas* (n 12) 139.

84. *Ibid.*

85. See, eg, *Steve Matthews*, 'Shipping still attractive to private equity funds' *Lloyd's List* (24 February 2011); 'Owners must weigh up pros and cons of private equity' *Lloyd's List* (10 March 2011).

86. See, eg, *Giannakoulis* (n 10) 92; *Pribor and Lind* (n 57) 184.

87. See above, 2.2. See also *James Baker*, 'Gods of carnage' *Lloyd's List* (22 November 2012).

88. See, eg, *Nicolaus Ascherfeld and Max Landshut*, 'Joint ventures between private equity funds and shipping companies – current structures and exit scenarios' (2015)

also been expressed as to whether shipping will attract significant investment from this sector.⁸⁹ Nevertheless, there is a degree of optimism that private equity will be an important source of funding for shipping.⁹⁰

3.5 Export credit agencies (ECAs)

Before the GFC, financing from export credit agencies in traditional shipbuilding countries was limited to around 10 per cent for shipping and off-shore financing.⁹¹ This was because finance was widely available from banks. The post-GFC funding gap has, to some extent, been filled by other financing mechanisms; nevertheless, for newbuilds in particular, ECAs provide a significant part of the required funding, either by extending direct funding to the shipowners or by issuing ECA guarantees/policies assigned to commercial banks.⁹² Such funding is usually underpinned by the OECD's Sector Understanding on Export Credits for Ships (SSU) 2008,⁹³ providing a set of non-binding guidelines for government-supported export credits for ships. ECA financing is available in countries⁹⁴ as diverse as China,⁹⁵ South Korea,⁹⁶ Germany,⁹⁷ Norway,⁹⁸

October/November *Marine Money* 14; *Pribor and Lind* (n 57) 185.

89. See, eg, *Liz McCarthy*, 'Private equity cannot fill shortfall in ship finance' *Lloyd's List* (28 September 2012); *Nigel Lowry*, 'Private equity steps back from shipping' *Lloyd's List* (21 October 2014).
90. Thus, 15% of responders thought so in a survey produced by Norton Rose Fulbright in 2017: see *The Way Ahead: Transport Survey 2017*, <https://www.nortonrosefulbright.com/en-sg/knowledge/publications>. See also *Nigel Lowry*, 'Private equity "is here to stay"' *Lloyd's List* (13 October 2016).
91. By 2016 this had increased to more than 33%: see 'Shipping industry financing difficulties and alternative financing' (KPMG, 6 June 2016) <https://home.kpmg/gr/en/home/insights/2016/06/funding-shipping-industry-obstacles-alternatives.html>.
92. See *Alexopoulos and Stratis* (n 106) 193.
93. <https://legalinstruments.oaed.org/public/doc/355/355.en.pdf>. The participants are Australia, the EU, Japan, Korea, New Zealand, and Norway.
94. See, generally, *Ward and Hosek-Ugolini* (n 13) 65.
95. The Export-Import Bank of China (CEXIM) <http://english.eximbank.gov.cn/>; China Export & Credit Insurance Corp (Sinasure) <http://www.sinasure.com.cn/en/>.
96. The Export-Import Bank of Korea (Korea Eximbank) <https://www.koreaexim.go.kr/he/index>.
97. Euler Hermes Deutschland AG (Hermes), now Allianz Trade https://www.allianz-trade.com/en_global.html; KfW Bankengruppe <https://www.kfw.de/kfw.de-2.html>.
98. Norwegian Export Credit Guarantee Agency (GIEK) <https://www.eksfin.no/en/>.

Italy,⁹⁹ Finland,¹⁰⁰ and France,¹⁰¹ but there has been a marked escalation in the availability of export credit finance in China,¹⁰² as a result of China's Belt and Road Initiative.¹⁰³ This type of finance has proved attractive when commercial financing is hard to come by. However, the loan tenor is generally longer than that provided by banks, and the LTV amount can be 70 or 80 per cent of the value.¹⁰⁴

4 Leasing and chartering

4.1 Leasing

It is only sometimes attractive or practical to seek finance from capital funds or private equity. Two other possibilities which have come to the fore are *operating leases* or *capital (financial) leases*.¹⁰⁵ Such leases are attractive because they enable the shipping company, the lessee, to operate the ship without having ownership, which remains with the lessor. In the case of an *operating lease*, the ship is recorded only on the lessor's balance sheet.

For a *capital lease*, the lessee has to record the leased asset in its books at the lower of the fair value of the asset or the present value of the minimum lease payments. Whether the lease is a capital lease essentially hinges on whether substantially all the risks and rewards of ownership have been transferred from the lessor to the lessee. In addition: (i) the agreement must contain a bargain purchase option price, which is at a significant discount to the reasonably expected price level; (ii) the fixed lease term should be equal to 75 per cent or more of the expected economic life of the asset; and (iii) the present value of the minimum lease payments must be equal to or greater than 90 per cent of the fair value of the asset.¹⁰⁶

99. Istituto per I Servizi Assicurativi del Credito all'Esportazione (SACE); SIMEST <https://www.sace.it/en>.

100. Finnvera <https://www.finnvera.fi/eng>.

101. Compagnie Française d'Assurance pour le Commerce Extérieur (COFACE) <https://www.coface.com/>.

102. See *Cichen Shen*, 'Cexim becomes world's largest shipping lender' *Lloyd's List* (19 June 2018).

103. *Miliotis* (n 9) 17.

104. See, eg, *Kevin Oates*, 'Ship Finance in Asia'.

105. *Philip Clausius*, 'Ship Leasing' in *Schinas et al.* (n 5) Ch. 14; *Giannakoulis* (n 10) 82; *Stopford* (n 5) 307.

106. *Ioannis Alexopoulos and Nikos Stratis*, 'Structured Finance in Shipping' in *Kavussanos and Visvikis* (n 5) 191, 203.

The structuring of a financial lease usually involves the creation of a so-called Special Purpose Company (SPC) by the lessor, which arranges the building of the ship on a shipyard's standard terms, with financing provided by a bank, secured by a mortgage over the ship. The SPC leases the ship to the shipowner and provides a performance guarantee for all obligations. During the lease, it makes payments under the relevant terms specified in the lease contract. Such leases are typically for much of (or all) the operating life of the ship, unlike typical bank debt which is for a substantially shorter period.

For this reason, the lessor must be satisfied that the lessee can meet its obligations under the lease.¹⁰⁷

Such leases may also take the form of a sale and leaseback arrangement,¹⁰⁸ usually on a long-term bareboat charter basis, with an option (or obligation) to buy back the ship at the end of the lease.¹⁰⁹ With this type of arrangement, a ship owned by the shipowner is sold to the leasing company, and then chartered back. In recognition of the increasing importance of such arrangements, BIMCO adopted SHIPLEASE, a term sheet intended for use in sale and leaseback transactions involving second-hand ships, although also adapted to newbuildings.¹¹⁰

4.2 Chartering

Another possibility is to structure the lease as a long-term time charterparty, paying a fixed amount of hire to the SPC, which charters the ship at a discounted rate to the spot market. The disadvantage, however, with a time charterparty, particularly one linked to the spot market, is that such markets are highly volatile and may make for a disproportionate burden to the lessee once spot freight rates drop below the level required to cover the lease payments and the cost of operating the ship.¹¹¹

Although initially focused on container ships, such leasing arrangements have become increasingly attractive because of the reduced availability of

107. For further consideration of the benefits and drawbacks, see *ibid.*

108. For examples, see *Anastassios Adamopoulos*, 'Vitol in 11-tanker sale and leaseback deal with ICB' *Lloyd's List* (7 August 2018); 'Scorpio Bulkers announces sale and leaseback deal' *Lloyd's List* (16 April 2019).

109. Such an option is also available under the leading bareboat charterparty standard form, Barecon 2017 (and under the earlier Barecon 2001 and Barecon 89 forms).

110. See 'Sale and leaseback transactions on rise' (2020) 34(9) *MRI* 4; David Osler, 'Take BIMCO sale and leaseback template as roadmap, experts argue' *Lloyd's List* (29 October 2020).

111. See, eg, *Giannakoulis* (n 10) 83.

traditional bank finance and there has been an increase in the numbers and types of leases, covering all types of ships.¹¹²

4.3 The Chinese market

A particularly important market for leasing arrangements became available in China in the last ten years. Chinese banks now offer finance to shipowners and others outside China and it is notable that among the top 40 banks for ship finance at the end of 2021, several Chinese banks, including the Export-Import Bank of China (China Exim),¹¹³ Bank of China,¹¹⁴ and China Development Bank,¹¹⁵ now have a secure place.¹¹⁶ Apart from the role that Chinese banks play in direct financing, leasing entities associated with those banks play a prominent role in ship financing.¹¹⁷ These include AVIC International Leasing Co Ltd,¹¹⁸ Bank of Communications Financial Leasing (BoComm Leasing),¹¹⁹ CMB Leasing,¹²⁰ China Development Bank Leasing (CDB),¹²¹ and ICBC Financial Leasing.¹²² It is argued that these entities also play an important role in financing those vessels falling short of environmental standards and that have become less attractive to traditional lenders.¹²³ While there are concerns of corruption in certain leasing companies,¹²⁴ this may turn out to be a correction in a domain which has seen rampant growth in the past decade.

112. See, eg, *Lambros Papaeconomou*, 'Five things to watch: ship finance' *Lloyd's List* (19 April 2018).

113. <http://english.eximbank.gov.cn/>.

114. <https://www.bankofchina.com/en/index.html>.

115. <http://www.cdb.com.cn/English/>.

116. See *Key Developments* (n 23) 4.

117. See, eg, 'Asian players move into ship leasing' *Lloyd's List* (29 October 2012).

118. <https://www.chinaleasing.net/>.

119. <https://bocommleasing.com/ywb/index.html>.

120. <https://www.cmb-leasing.com/#/frame/home>. See, eg, *Cichen Shen*, 'China leasing giants linked to CMA CGM megaship orders' *Lloyd's List* (6 March 2019).

121. <http://www.cdb.com.cn/English>. See, eg, *Cichen Shen*, 'CDB Leasing orders 10 MR tankers worth \$384m' *Lloyd's List* (17 June 2021).

122. <https://www.icbkasing.com/#/home>. With a fleet of more than 300 vessels and offshore projects, ICBC Leasing 'is often dubbed the world's largest shipowner': *Cichen Shen*, 'Leasing maestros or loose cannons?' *Lloyd's List* (11 December 2015).

123. See, eg, *Nidaa Bakhsh*, 'Shipowners see growing benefits of Chinese leasing' *Lloyd's List* (23 November 2021).

124. See, eg, *Cichen Shen*, 'Chinese ship leasing struggles to weather anti-graft storm' *Lloyd's List* (22 August 2022); 'Will regulatory correction end the golden age of Chinese leasing?' *Lloyd's List* (9 September 2022).

5 Fintech and ship finance

5.1 Background

There is considerable interest in fintech, the use of technology to deliver financial services and products to consumers.¹²⁵ The possibilities of blockchain, the ‘distributed ledger technology’ that enables information and transactions to be managed collectively across an entire network using a chain of blocks of data, were initially deployed behind the popular cryptocurrency Bitcoin, blockchain, as a secured, decentralised, and encrypted public ledger. This is now being explored by various industries as a means of revolutionising the way trades, transactions, and payments are performed.¹²⁶ Although it is arguable that the arrival of such start-ups should be approached with some caution,¹²⁷ such measures enable small investors to buy into the business of ship finance, with shipowners benefitting from greater liquidity, better price transparency, lower costs, and more secure transactions.

5.2 Specific examples

Although already utilised in other domains, the availability of fintech in ship finance started out with Alpha Assets, a Singapore-based entity, which has since disappeared.¹²⁸ In 2018, a more promising start was made with eShipfinance.comTM, set up in Athens by a leading shipping banker, Dagfinn Lunde, to ‘simplify, streamline and optimise traditional processes for both shipowners and investors’.¹²⁹ This web platform is aimed at both borrowers and lenders and claims that pre-approval is available in as little as 20 minutes for loans from US\$3 million upwards and with 5-year loan terms with interest

125. See, eg, *Jelena Madir* (ed), *Fintech: Law and Regulation* (Edward Elgar 2019), para 1.01. It is argued that shipping should be more open to the advantages of technology: see, eg, *Stuart Ostrow*, ‘Digital advancements must progress into payments’ (2017) 31(10) *MRI* 22; *Jasel Chauhan*, ‘Fintech disrupters will fill ship finance gap - you can bank on it’ *TradeWinds* (16 January 2020).

126. For the bill of lading context, see *Stephen Girvin & Elson Ong*, ‘Electronic bills of lading, blockchain and distributed ledger technology (DLT)’ in *Stephen Girvin & Vibe Ulfbeck* (eds), *Maritime Organisation, Management and Liability: A Legal Analysis of New Challenges in the Maritime Industry* (Hart 2021) Ch. 9. See also *Wang Feng*, ‘Blockchain bills of lading and their future regulation’ [2021] *LMCLQ* 504.

127. See, eg, *Max Tingyao Lin*, ‘Cryptos can succeed in shipping, but investors need to be careful’ *Lloyd’s List* (London, 26 February 2018).

128. See *Francis X Nolan III*, ‘The last half century of financing vessels’ (2017) 91 *Tulane LR* 927, 960.

129. See <https://eshipfinance.com/>. See *David Osler*, ‘Fintech aims to reboot lending to shipowners’ *Lloyd’s List* (25 August 2022).

rates starting from as low as 5 per cent per annum.¹³⁰ From 2022, eShipfinance version 2 has given access to multiple vessel deals for the first time and scrapped the previous cap of 50 per cent loan-to-value.¹³¹ It is reported that this platform has completed financing arrangements of more than US\$70 million and advisory work of US\$90 million, while there is also a pipeline of S\$200 million of business.¹³²

Another ship finance platform, Oceanis,¹³³ was set up in 2019 in Hamburg, led by joint managing directors, Maximilian Otto and Erlend Sommerfelt Hauge. The setup has a base of more than 50 lenders, including traditional shipping banks, Asian leasing houses, and alternative debt providers and claims to have successfully completed more than one hundred projects and ‘received indicative terms’ amounting to US\$2.5 billion.¹³⁴ The platform’s webpages include access to Pythia, a loan oracle, which provides an estimate of the likelihood of attracting debt finance for single or multiple-vessel projects.¹³⁵

6 Green financing

6.1 The green agenda and shipping

Pressure to decarbonise the shipping industry have advanced rapidly; indeed, it is clear that the maritime transport sector must reduce emissions – ‘knocks and socks’¹³⁶ – by becoming green.¹³⁷ The primary locus of regulatory activity in shipping has taken place within the IMO,¹³⁸ which in 2018 set an Initial Strategy on the Reduction of Green House Gas (GHG) Emissions from Ships, including cutting annual GHG emissions from international shipping by half by 2050, compared with 2008, and working to phase out GHG emissions ‘as soon as possible’.¹³⁹ More than half of the 174 IMO member countries have

130. See <https://eshipfinance.com/borrow/>.

131. See Gary Dixon, ‘Lunde launches new version of digital finance shop for multiple vessels’ *TradeWinds* (30 June 2022).

132. See Nigel Lowry, ‘Maritime fintech platform expands with new version’ *Lloyd’s List* (12 July 2022).

133. See <https://oceanis.io/>.

134. *Ibid.*

135. See <https://oceanis.io/loan-oracle>.

136. I.e., NOx, SOx, nitrogen and sulphur oxides.

137. See, eg, Fiona Cain, ‘Slowly going green’ (2018) 32(2) *MRI* 12.

138. For further consideration see *Michael Tsimplis*, *Environmental Norms in Maritime Law* (Edward Elgar, 2021) Ch. 6.

139. See Resolution MEPC.304(72), 13 April 2018. It has recently been argued that the shipping industry is not, in fact, on target to hit net zero by 2050: see *Richard*

stated support for zero-emission or net-zero goals more recently.¹⁴⁰ Private initiatives, such as the Poseidon Principles, considered below, are committed to overtaking the current climate trajectory established by the IMO.¹⁴¹

6.2 Green finance and the Poseidon Principles

It was inevitable that the push towards a green agenda would also impact ship finance. Initial examples included scrubber¹⁴² projects supported by KfW IPEX-Bank¹⁴³ and a collaboration between the European Investment Bank (EIB) and ING¹⁴⁴ to provide support for range of green investments for the European shipping market.¹⁴⁵

The Poseidon Principles¹⁴⁶ are intended to integrate climate considerations into lending decisions to incentivise the decarbonisation of maritime shipping.¹⁴⁷ They were launched on 18 June 2019 and are under the control of the Poseidon Principles Association, based in Copenhagen, with a Steering Committee that coordinates the Association and Principles on behalf of members. The signatories now include 30 banks, representing 65 per cent of the global ship finance portfolio.¹⁴⁸ The Principles¹⁴⁹ were developed in an

Meade, 'Why it's time to stop talking about shipping decarbonisation' *Lloyd's List* (23 September 2022).

140. See, eg, *Michelle Wiese Bockmann*, 'Poseidon Principles endorse tougher shipping emissions targets' *Lloyd's List* (22 September 2022).

141. *Ibid.* See also *Richard Meade*, 'Why shipping may not have a choice when it comes to net zero' *Lloyd's List* (30 September 2022).

142. See *Tsimplis* (n 138) 26.

143. See *Nigel Lowry*, 'KfW provides \$56.6m to finance DFDS scrubbers' *Lloyd's List* (9 February 2015). Also now a member of the Poseidon Principles: see *Tomer Raanan*, 'Poseidon Principles adds 30th signatory' *Lloyd's List* (23 September 2022).

144. See <https://www.ing.com>.

145. See *Jason Chuah*, 'Legal Aspects of Green Shipping Finance: Insights from the European Investment Bank's Schemes' in *Proshanto K Mukherjee, Maximo Q Meijia Jr, Jingjing Xu* (eds), *Maritime Law in Motion* (Springer 2020) 131; *Pia Rebelo*, 'Poseidon Principles: legal directions for implementation and enforcement' (2020) 26(2) *JIML* 109, 111.

146. See <https://www.poseidonprinciples.org>. See *Rebelo*, *ibid.*

147. See, eg, *Richard Meade*, 'Can banking's Poseidon adventure rewrite the script for shipping's decarbonisation disaster?' *Lloyd's List* (17 June 2019).

148. See *Richard Meade*, 'Why shipping may not have a choice when it comes to net zero' *Lloyd's List* (30 September 2022).

149. See 'The Poseidon Principles: A global framework for responsible ship finance' (v 4.1, August 2022).

initiative spearheaded by global shipping banks¹⁵⁰ collaborating with leading industry players¹⁵¹ and are applicable to lenders, relevant lessors, and financial guarantors, including export credit agencies. They apply to all credit products secured by ship mortgages or finance leases secured by title over ships and where ships fall under the purview of the IMO Data Collection System (DCS).¹⁵² In essence, the Principles require signatories to measure and report the climate alignment of their individual shipping portfolios. There are four guiding principles: (1) *assessment* (annual assessment of climate alignment in line with the technical guidance for all business activities); (2) *accountability* (reliance on unbiased information provided by the IMO, as explicitly identified in the technical guidance for the provision of information used to assess and report on climate alignment); (3) *enforcement* (requirement that ongoing compliance with the Poseidon Principles is contractual, using standardised covenant clauses); (4) *transparency* (an annual review process, publicly acknowledging signatory of the Poseidon Principles and publication of the results of the portfolio climate alignment score on an annual basis in line with the technical guidance). Although not compulsory, the current version of the standardised covenant clause provides

The [Owner] shall, upon the request of [any Lender] and at the cost of the [Owner], on or before [31st July] in each calendar year, supply or procure the supply to [the Facility Agent] [such Lender] of all information necessary in order for [any Lender] to comply with its obligations under the Poseidon Principles in respect of the preceding year, including, without limitation, all ship fuel oil consumption data required to be collected and reported in accordance with Regulation 22A of Annex VI and any Statement of Compliance, in each case relating to the [Vessel] for the preceding calendar year 3 [provided always that [no Lender] shall publicly disclose such information with the identity of the [Vessel] without the prior written consent of the [Owner]/[.For the avoidance of doubt, such information shall be ["Confidential Information"]["Information"] for the purposes of [Clause [•] (*Confidential Information*)] [Section [•] (*Treatment of Certain Information; Confidentiality*)] but the [Owner] acknowledges that, in accordance with the Poseidon Principles, such information will form part

150. Citi, Société Generale, and DNB. See Paul Taylor, 'Banks act to secure a future for shipping that's bright - and green' *Lloyd's List* (18 June 2019). For the current thirty signatory banks, see <https://www.poseidonprinciples.org/finance/signatories/>.

151. AP Møller Mærsk, Cargill, Euronav, Gram Car Carriers, Lloyd's Register (LR), and the law firm, Watson Farley & Williams.

152. The DCS captures vessels of 5,000 gross tonnage and above trading on international voyages.

of the information published regarding the [relevant] [Lender's] portfolio climate alignment.¹⁵³

In 2020, the first year of reporting, it was recorded that only 20 per cent of the then-reporting signatories to the Principles were aligned with the IMO's decarbonisation target. A year later, it was reported that 11 out of 23 ship finance portfolios were so aligned.¹⁵⁴ The same report commented that signatories used climate alignment scores to have a more fact-based dialogue with clients and 'make more informed lending decisions by integrating climate risk into their portfolio risk management'.¹⁵⁵ Some signatories had also reported using the information as an opportunity to create innovative financing solutions 'helping steer their portfolios along the decarbonisation trajectory, either through financing retrofits, modifications or new buildings or through sustainability-linked loans or leases where the interest rate fluctuates ...'.¹⁵⁶ Although a leading commentator has argued that the world of ship finance should restrict its decisions to the examination of the credit rating of the company soliciting finance and ensuring that there is a reasonable chance of the terms being fulfilled and the money being paid back on time,¹⁵⁷ there is evidence, notwithstanding the ever-present risk of 'greenwashing' or 'green spin', that the Principles are helping to drive the decarbonisation agenda.

7 Conclusion

This paper draws together several strands not usually found in the existing literature. The first part of the paper demonstrates how the upheaval in the ship finance market has provided an opportunity for the development of a new range of ship finance products, mainly as a response to the withdrawal of some of the major banks. There are now formidable limitations exercised by those banks which continue to maintain a shipping loan book. In its place, a range of imaginative and, in some instances, tried and tested solutions have become available.

The second part of the paper considers the leasing and chartering market as a vehicle for ship financing. In the past decade, this has become a prominent part of the ship finance market, largely led by Chinese banks and leasing

153. Downloadable from <https://www.poseidonprinciples.org/finance/resources/>.

154. See Annual Disclosure Report 2021 (December 2021) 22.

155. Ibid, 23.

156. Ibid.

157. See *Michael Grey*, 'Viewpoint: Virtuous lending' *Lloyd's List* (London, 20 June 2019).

institutions. This corner of the market has enjoyed formidable success and this will very likely continue to be the case.

The third part of the paper considers the impact of fintech on the ship finance market and the accelerating demand for green shipping, dominated in recent years by the establishment of the Poseidon Principles. The relative success of these measures has led, in turn, to the launch of the Poseidon Principles for Marine Insurance in December 2021.¹⁵⁸

Shipping is, famously, a cyclical business remarkable for the peaks and troughs that frequently occur,¹⁵⁹ often provoked by factors outside shipping. The GFC led to a prolonged slump in shipping and has had a profound effect on the way in which shipping is financed. The COVID-19 pandemic in 2020 and 2021 and the invasion of Ukraine by Russia in 2022 have impacted and will continue to impact the future trajectory of ship finance. While it is difficult to predict what the future will bring, it seems certain that the diversity that has become such a feature of the markets in the past decade is set to continue. At the same time, the biggest influence in the near future is set to be the IMO's push towards decarbonisation and the interpretation of that policy in the Poseidon Principles and among other private actors.

158. See <https://www.poseidonprinciples.org/insurance/>.

159. See especially *Stopford* (n 5) Ch. 3.

Η εφοπλιστική χρονοναύλωση μεταξύ χρηματοδότησης και εκμετάλλευσης του πλοίου

Γεώργιος Ιατρίδης-Ραμαντάνης

Δικηγόρος

Α. Εισαγωγή¹

Η μελέτη μου εστιάζει κυρίως στις πρακτικές πτυχές των θεμάτων που πραγματεύεται και είναι δομημένη σε δύο μέρη: Στο πρώτο, όπου εξετάζεται η ευθύνη του χρονοεκναυλωτή στο πλαίσιο της εκμετάλλευσης του πλοίου, σκοπίμως διεύρυνα το αντικείμενο της μελέτης πέραν του τίτλου της, αφού εξετάζω εν γένει την ευθύνη του χρονοεκναυλωτή, μη περιοριζόμενος στην ευθύνη του μόνο για τις απαιτήσεις εκ του εφοπλισμού. Η οποία αποτελεί μια ανεπιθύμητη για το χρονοεκναυλωτή επίταση της ευθύνης του, αλλά δεν είναι η μόνη. Θεωρώ, λοιπόν, ότι η εξέταση και των άλλων βάσεων της ευθύνης του είναι συνεπής με τη θέση σχετικά με την ανάγκη προστασίας της ναυτιλιακής επιχείρησης γενικότερα.

Στο δεύτερο μέρος αναπτύσσεται η προβληματική στο πλαίσιο των νέων μορφών χρηματοδότησης και των προβλημάτων που προκύπτουν ενόψει της τάσης διεύρυνσης της ευθύνης του χρονοεκναυλωτή. Διευκρινίζεται ότι όπου στη συνέχεια γίνεται αναφορά σε χρονοεκναυλωτή εννοείται ότι περιλαμβάνεται και ο χρονο-υπεκναυλωτής, όπως επίσης ότι, προς αποφυγή επαναλήψεων, σε διάφορα σημεία χρησιμοποιείται και ο όρος «εκναυλωτής» ή «ναυλωτής», αμφότεροι πάντα ενταγμένοι στα όρια της χρονοναύλωσης. Ο όρος «προμηθευτές» χρησιμοποιείται επίσης με ευρεία έννοια και περιλαμβάνει όλο το φάσμα των προσώπων που είτε εφοδιάζουν το πλοίο με καύσιμα, τρόφιμα, ανταλλακτικά κι άλλα είδη, είτε παρέχουν σε αυτό υπηρεσίες.

1. Πέραν της τιμής που αποτέλεσε για μένα η πρόσκληση να συμμετάσχω και ως ομιλητής, το θεματικό πλαίσιο του 10^{ου} Διεθνούς Συνεδρίου Ναυτικού Δικαίου ήταν ταυτόχρονα μια πρώτης τάξης ευκαιρία να διατυπώσω συγκεντρωμένες τις απόψεις που κατά καιρούς είχα εκφράσει σε άλλες εκδηλώσεις και συνοψίζονται στην ανάγκη να εστιάσουμε πλέον και στην προστασία της ναυτιλιακής επιχείρησης, σε σχέση με την μέχρι τώρα προτεραιότητα στην προστασία των δανειστών της. Προσπάθησα να δώσω κυρίως αφορμή για σκέψεις και προβληματισμούς, αντί να επεκταθώ σε μια μακροσκελή ανάλυση, εξαντλώντας κάθε πτυχή του θέματος. Ομολογώ ότι η σύμπτυξη είναι πάντα πιο δύσκολη. Ελπίζω όμως να το κατάφερα.

Όπως ανέφερα, εστιάζω στην ευθύνη του χρονοεκναυλωτή, θίγοντας τα θέματα που αφορούν στην ευθύνη του χρονοναυλωτή μόνο στο βαθμό που επηρεάζουν τον πρώτο. Σαφώς και το σκέλος της ευθύνης του χρονοναυλωτή παρουσιάζει ιδιαίτερο ενδιαφέρον, αλλά τόσο η θέσπιση προτεραιότητας κατά την έννοια που προανέφερα, όσο και η εξ αντικειμένου περιορισμένη έκταση μιας εισήγησης στο πλαίσιο ενός συνεδρίου με πληθώρα ομιλητών, αφήνουν την προβληματική αυτή εκτός της παρούσας: ευελπιστώ ότι αυτό θα αποτελέσει το ερέθισμα για την ενασχόληση άλλων συναδέλφων.

Β. Η ευθύνη του χρονοεκναυλωτή στο πλαίσιο της εκμετάλλευσης του πλοίου

Περνώντας στην ανάπτυξη του πρώτου μέρους, θεωρώ σκόπιμο να προτάξω τον ορισμό της χρονοναύλωσης, που αποτελεί είδος ναύλωσης κατά την οποία ο εκναυλωτής θέτει στη διάθεση του ναυλωτή, έναντι ανταλλάγματος και για ορισμένο χρόνο, πλοίο εξοπλισμένο, μαζί με τις υπηρεσίες του Πλοιάρχου και του πληρώματος, διατηρώντας ο ίδιος (χρονοεκναυλωτής) τη ναυτική διεύθυνση του πλοίου, παρέχοντας στο χρονοναυλωτή τη δυνατότητα να χρησιμοποιεί το τελευταίο και τις υπηρεσίες του Πλοιάρχου και του πληρώματος για τη διενέργεια θαλάσσιων μεταφορών.²

Η χρονοναύλωση αποτελεί μια από τις πλέον διαδεδομένες - αν όχι την πιο διαδεδομένη - μορφές ναύλωσης, για το λόγο δε αυτό έχουν διαμορφωθεί και standard τύποι χρονοναυλοσυμφώνων, όπως π.χ. τα ναυλοσύμφωνα τύπου NYPE, BALLTIME, SHELLTIME, BPTIME, BOXTIME κλπ. Κοινό τόπο των παραπάνω τύπων ναυλοσυμφώνων αποτελεί η ενσωμάτωση ρήτρας που προβλέπει ότι ο χρονοναυλωτής ευθύνεται για την προμήθεια καυσίμων και εν γένει εφοδίων στο πλοίο κατά τη διάρκεια της χρονοναύλωσης. Οι σχετικοί όροι είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια και στη συνείδηση των συναλλασσομένων σε μια σύμβαση χρονοναύλωσης θεωρείται ότι αποσαφηνίζουν με επάρκεια το πεδίο της εκατέρωθεν ευθύνης και γι' αυτό θα περίμενε κανείς να μη γεννώνται προβλήματα.

Ωστόσο, όπως όλοι γνωρίζουμε, στην πράξη αποτελεί πολύ συχνό φαινόμενο η έγερση κατά του χρονοεκναυλωτή απαιτήσεων οι οποίες προκύπτουν από συμβάσεις που είχαν συνάψει προμηθευτές του πλοίου με το χρονοναυλωτή ή από συμβάσεις που αφορούσαν στο χρονοναυλωτή. Δεδομένου δε ότι σ' ένα πολύ μεγάλο βαθμό οι απαιτήσεις αυτές γίνονται τελικά δεκτές από τα Δικαστήρια, είναι προφανές ότι έχουμε μια σημαντική παρέκκλιση σε σχέση με την πεποίθηση των χρονοεκναυλωτών ως προς την έκταση της ευθύνης τους.

2. Βλ. χαρακτηριστικά ΜονΕφΠειρ 662/2012 ΕΝΔ 40, σελ. 413 επ.

Οι κύριες βάσεις στις οποίες εδράζεται η στοιχειοθέτηση της ευθύνης του χρονοεκναυλωτή είναι τρεις και έχουν την ακόλουθη μορφή:

α. Όσον αφορά κατ' αρχήν στην απλή χρονοναύλωση (δηλαδή αυτή στην οποία ο χρονοεκναυλωτής παραμένει πλοιοκτήτης, διατηρώντας ο ίδιος την εκμετάλλευση και τη ναυτική διεύθυνση του πλοίου του), η κρατούσα θέση στη νομολογία μας είναι ότι ο τελευταίος ευθύνεται για συμβάσεις που συνήφθησαν από το χρονοναυλωτή ή για λογαριασμό του χρονοναυλωτή (π.χ. από τον Πλοίαρχο), εκτός εάν ο πλοιοκτήτης, ο Πλοίαρχος, ο ναυλωτής ή και κάποιος άλλο πρόσωπο - όπως φερ' ειπείν ο πράκτορας - κατέστησε σαφές στους προμηθευτές ότι υφίσταται χρονοναύλωση, βάσει των όρων της οποίας υπεύθυνος για την αγορά προμηθειών κλπ είναι ο χρονοναυλωτής και όχι ο πλοιοκτήτης - χρονοεκναυλωτής.³

«Ερμηνεύοντας» τη θέσπιση του κριτηρίου της γνωστοποίησης κατά τα ανωτέρω, έχω την αίσθηση ότι στη διαμόρφωση της κρίσης βάρυνε αισθητά η ρύθμιση του άρθρου 105 ΚΙΝΔ, περί δήλωσης του εφοπλισμού, άλλως περί τεκμηρίου πλοιοκτησίας, αν και στην προκειμένη περίπτωση αναφερόμαστε σε απλή χρονοναύλωση, χωρίς στοιχεία εφοπλισμού. Επίσης, ειδικά στα πρώτα στάδια, θεωρώ πολύ πιθανό ότι επέδρασαν και τα αλλοδαπά δίκαια που κρίθηκαν εφαρμοστέα - π.χ. το δίκαιο των ΗΠΑ, το οποίο ήταν αρκετά «δημοφιλές» μέχρι τα μέσα της δεκαετίας του '90 και η πρώτη υπόθεση (τουλάχιστον απ' αυτές που εντόπισα) κρίθηκε βάσει αυτού.

β. Η δεύτερη βάση στοιχειοθέτησης της ευθύνης του χρονοεκναυλωτή είναι ο εφοπλισμός, όταν δηλαδή ο χρονοεκναυλωτής (που καθίσταται πλέον απλός κύριος του πλοίου του) παραχωρεί την **εκμετάλλευση και τη ναυτική διεύθυνση** του τελευταίου στο χρονοναυλωτή, έτσι ώστε ο χρονοναυλωτής να είναι αυτός που έχει πλέον τα οικονομικά οφέλη και τη διεύθυνση της ναυσιπλοΐας - δίνοντας οδηγίες και διαταγές στον Πλοίαρχο, εκδίδοντας φορτωτικές, υπεκναυλώνοντας το πλοίο σε τρίτους κ.ο.κ..⁴

3. ΕφΠειρ 627/2003, 750/1992 ΕΝΔ 21 σελ. 49 επ., ΠολΠρΠειρ 1145/1986 ΕΝΔ 15 σελ. 9 επ., ΜονΠρΠειρ 1591/1990 ΕΝΔ 18 σελ. 461 επ., 2189/1988 ΝΟΜΟΣ και 259/1982 ΕΝΔ 10 σελ. 392 επ. - contra ΜονΠρΠειρ 912/1993 ΕΝΔ 21 σελ. 339 επ.

4. ΑΠ 1145/2003 ΕΝΔ 31 σελ. 432 επ., ΕφΠειρ 809/2014 ΝΟΜΟΣ, 82/2006 ΕΝΔ 34 σελ. 290 επ., 627/2003 ΕΝΔ 31 σελ. 455 επ., 2/2002 ΝΟΜΟΣ, 750/1992 ό.π., ΜονΕφΠειρ 375/2016 ΝΟΜΟΣ, ΠολΠρΠειρ 1826/2020 δημοσίευτη, 1486/1982 ΕΝΔ 11 σελ. 65 επ., 1004/1978 ΕΝΔ 7 σελ. 412 επ., 715/1975 ΕΝΔ 3 σελ. 387 επ. και 427/1974 ΕΝΔ 3 σελ. 72 επ., ΜονΠρΠειρ 4068/2013 ΕΝΔ 41 σελ. 193 επ., 2022/1996 ΕΝΔ 24 σελ. 468 επ., 1924/1992 ΕΝΔ 21 σελ. 133 επ. και 1591/1990 ΕΝΔ 18 σελ. 461 επ., ΜονΠρΠατρών 910/2018 ΝΟΜΟΣ και ΜονΠρΘεσ/νίκης 13049/1998 ΕΝΔ 26 σελ. 281 επ.

Ως **εκμετάλλευση** νοείται κάθε νόμιμος τρόπος εκμετάλλευσης από τους γνωστούς στο ναυτικό δίκαιο και τη ναυτιλιακή πρακτική, με σκοπό το κέρδος, όπως π.χ. η μεταφορά πραγμάτων ή/και προσώπων, η αλιεία, η ρυμούλκηση, η πόντιση καλωδίων.⁵ Όχι, όμως, η χρησιμοποίηση του πλοίου για προσωπική ψυχαγωγία (εξαίρεση που, προφανώς, δεν περιλαμβάνει την εκμετάλλευση των επαγγελματικών σκαφών αναψυχής).

Η οριοθέτηση της **ναυτικής διεύθυνσης** είναι ευκολότερη, αφού συνίσταται στη διακυβέρνηση του πλοίου δια του Πλοιάρχου και του πληρώματός του. Παρ' όλα αυτά, σε κάποιες αποφάσεις εντόπισα και τη χρήση του όρου «ναυτική διαχείριση», που θεωρώ ότι δεν είναι ακριβής, γιατί παραπέμπει σε άλλη, διαφορετική εν πολλοίς δραστηριότητα.

Παραχώρηση στο ναυλωτή μόνο της εκμετάλλευσης ή μόνο της ναυτικής διεύθυνσης δεν αρκεί για τη στοιχειοθέτηση του εφοπλισμού.⁶ Παρ' όλα αυτά, παλαιότερη απόφαση ταυτίζει το χρονοναυλωτή με τον εφοπλιστή χωρίς να γίνεται καμία αναφορά στην ανάγκη παραχώρησης της εκμετάλλευσης και της ναυτικής διεύθυνσης του πλοίου,⁷ ενώ σε μια άλλη περίπτωση⁸ κρίθηκε ότι εφοπλισμός στοιχειοθετείται σε κάθε περίπτωση χρονοναύλωσης, ακόμη και αν αυτή είναι απλή.

Παρότι η γενικευμένη αποδοχή των θέσεων αυτών θα αποτελούσε μια ακόμη μεγαλύτερη διεύρυνση της ευθύνης του χρονοεκναυλωτή, οι εν λόγω αποφάσεις αποτελούν εξαιρέσεις, αφού στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων ακολουθείται η θέση περί στοιχειοθέτησης του εφοπλισμού όταν συντρέχει παραχώρηση τόσο της εκμετάλλευσης όσο και της ναυτικής διεύθυνσης του πλοίου στο ναυλωτή.

Συνεπώς με την κρατούσα θέση είναι και η κρίση ότι υφίσταται απλή και όχι εφοπλιστική χρονοναύλωση αν το χρονοναυλοσύμφωνο περιλαμβάνει ρήτρα που προβλέπει ότι ο Πλοίαρχος τελεί υπό τις διαταγές του ναυλωτή μόνο ως προς την απασχόληση του πλοίου και τους πράκτορες και όχι ως προς τη ναυσιπλοΐα («employment clause») ή αν υπάρχει δικαίωμα επίσκεψης του πλοίου από το ναυλωτή για πληρωμένα και μη δουλευμένα ποσά («lien clause»)⁹. Αμφότερα απόλυτα λογικά, δεδομένου ότι στην πρώτη περίπτωση ο ναυλωτής

5. ΕφΠειρ 874/2013 ΕΝΔ 41 σελ. 422 επ. και 82/2006 ΕΝΔ 34 σελ. 90 επ.

6. Εφαθ 2560/1975 ΕΝΔ 3 σελ. 524 επ.

7. ΑΠ 69/1976 ΕΝΔ 4 σελ. 116 επ.

8. ΜονΠρΠειρ 2022/1996 ΕΝΔ 24 σελ. 468 επ.

9. ΕφΠειρ 627/2003 ο.π., *a contrario* επιχείρημα από την Εφαθ 2560/1975 ό.π. και Πολ-ΠρΠειρ 1486/1982 ό.π.

δεν έχει τη ναυτική διεύθυνση του πλοίου, ενώ στη δεύτερη δεν έχει τον κίνδυνο από την εκμετάλλευσή του.

γ. Η τρίτη βάση στοιχειοθέτησης της ευθύνης του χρονοεκναυλωτή είναι η γυμνή ναύλωση («bareboat», «charter by demise», ή «demise charter party», κατά τους Αγγλικούς όρους που έχουν επικρατήσει στη διεθνή ναυτική ορολογία). Δεν αποτελεί ξεχωριστή κατηγορία από τον εφοπλισμό, αλλά κρίνω σκόπιμο να αναφερθώ ειδικά σε αυτήν ενόψει της ομοφωνίας που υφίσταται στη νομολογία ως προς το ότι σε περίπτωση σύναψής της υφίσταται εφοπλισμός.¹⁰

Τα κύρια χαρακτηριστικά της γυμνής ναύλωσης είναι ότι

- το πλοίο παραχωρείται χωρίς Πλοίαρχο και πλήρωμα,
- ο ναυλωτής αναλαμβάνει τη στελέχωση και τον εξοπλισμό του και
- αποκτά την κατοχή και την εξουσία εκμετάλλευσης του πλοίου.

Τα παραπάνω είναι τα κύρια χαρακτηριστικά της γνήσιας γυμνής ναύλωσης. Αλλά υπάρχει και η μη γνήσια, η οποία είναι αυτή κατά την οποία ο χρονοεκναυλωτής παρέχει τον Πλοίαρχο και το πλήρωμα, οι οποίοι όμως τίθενται στις αποκλειστικές εντολές του ναυλωτή και καθίστανται υπάλληλοί του,¹¹ χωρίς διαφοροποίηση κατά τα λοιπά στην μεταχείρισή της.

Όσον αφορά στο δίκαιο βάσει του οποίου θα κριθούν τα ζητήματα ευθύνης που προκύπτουν από μια χρονοναύλωση, η έρευνα γίνεται σε τρία επίπεδα:

- Σχέσεις μεταξύ εκναυλωτή και ναυλωτή,
- σχέσεις μεταξύ ναυλωτή και προμηθευτών/τρίτων και
- αναφορικά με την ευθύνη του κυρίου του πλοίου για τις απαιτήσεις τρίτων κατά του ναυλωτή ή/και εκ του εφοπλισμού.

Ως προς το τελευταίο, το άρθρο 106 παρ. 2 ΚΙΝΔ δεν αποτελεί κανόνα άμεσης εφαρμογής στο ιδιωτικό διεθνές δίκαιο. Η δε ευθύνη του κυρίου του πλοίου αποτελεί ενοχή εκ του νόμου. Και το εφαρμοστέο δίκαιο στις εν λόγω περιπτώσεις βρίσκεται κατ' ανάλογη εφαρμογή του άρθρου 25 εδ. Β ΑΚ και του άρθρου 4 παρ. 4 του Κανονισμού 593/2008 της Ευρωπαϊκής Ένωσης για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές. Δηλαδή, θα εφαρμοστεί το δίκαιο εκείνης της χώρας που αρμόζει στη συγκεκριμένη περίπτωση από το σύνολο των ειδικών συνθηκών και συνδέεται στενότερα με την υπόθεση.

10. ΠολΠρΠειρ 1826/2020 - αδημοσίευτη και 624/1994 ΕΝΔ 23 σελ. 509 επ.

11. Βλ. πάλι τις προαναφερόμενες ΠολΠρΠειρ 1826/2020 και 624/1994.

Τέτοιες ειδικές συνθήκες έχει κριθεί ότι αποτελούν η σημαία του πλοίου, η έδρα των εμπλεκομένων, ο τόπος σύναψης και επέλευσης των παραγωγικών της ευθύνης δικαιοπρασιών, αλλά και η τυχόν υπάρχουσα συμφωνία κυρίου και εφοπιστή.¹² Σαφώς υπάρχουν επιχειρήματα και υπέρ των άλλων κριτηρίων και η θέση που υιοθετώ δεν είναι αναντίρρητη, αλλά προσωπικά θεωρώ ορθότερη την επιλογή του κριτηρίου της σημαίας του πλοίου, αφού, παρά τον κίνδυνο ενδεχόμενης αλλαγής της, δεν παύει να παρέχει το εχέγγυο της γνώσης του νομικού καθεστώτος που διέπει το πλοίο που τη φέρει κατά το χρόνο σύναψης της σύμβασης και γένεσης της όποιας ευθύνης.

Ολοκληρώνοντας το πρώτο τμήμα της εισήγησής μου, που αφορά στην ευθύνη από την εκμετάλλευση του χρονοναυλωμένου πλοίου, θα συνοψίσω με τη διαπίστωση ότι τόσο η νομολογία μας όσο και τα άρθρα 105-106 ΚΙΝΔ κλίνουν υπέρ της προστασίας των τρίτων, που αποβλέπουν στο πλοίο ως εξασφάλισή τους ακόμη και αν δεν συναλλάχθηκαν με τον κύριό του.

Με δεδομένο δε ότι η ευθύνη του πλοιοκτήτη-χρονοεκναυλωτή δεν υπόκειται στους περιορισμούς του άρθρου 106 ΚΙΝΔ (ήτοι ευθύνη δια του πλοίου και μέχρι της αξίας αυτού), αλλά είναι ευρύτερη, είναι προφανές πόσο σημαντική είναι και αυτή η εκτροπή σε σχέση με την πεποίθηση που επικρατεί στους χρονοεκναυλωτές ως προς το ότι το ναυλοσύμφωνο οριοθετεί την ευθύνη τους και πόσες στρεβλώσεις μπορεί να επιφέρει αυτό στο ναυτιλιακώς επιχειρείν. Και γι' αυτό ακριβώς, άλλωστε, όπως ανέφερα και προηγουμένως, έκρινα σκόπιμο να περιλάβω στην παρούσα τα θέματα που άπτονται γενικότερα της ευθύνης του χρονοεκναυλωτή.

Προσωπικά δε βρίσκω πειστικά τα επιχειρήματα περί του υπέρτερου μεγέθους της ναυτιλιακής επιχείρησης, που τάχα καθιστά αναγκαία την προστασία των προμηθευτών, στο βαθμό που αρκετοί από τους τελευταίους αποτελούν πολυεθνικά σχήματα, με μεγέθη ακόμη και πολλαπλάσια μιας συνήθους ναυτιλιακής επιχείρησης. Επιπλέον, η πρόσβαση στην πληροφόρηση είναι πλέον ανεμπόδιστη και πληρέστατη, κατά τρόπον ώστε στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων οι προμηθευτές να είναι ευθύς εξαρχής σε θέση να γνωρίζουν ποιος είναι ο αντισυμβαλλόμενός τους και να σταθμίζουν ανάλογα τους κινδύνους που αναλαμβάνουν.

Θεωρώ, λοιπόν, ότι πρέπει πλέον να αφουγκραστούμε και τους κύριους παράγοντες της ναυτιλίας, τους πλοιοκτήτες, ιδίως από τη στιγμή που αυτοί, με την υπάρχουσα τάση, μπορεί να καταστούν υπεύθυνοι για ενέργειες τρίτων

12. Για το τελευταίο βλ. ΕφΠειρ 897/2004 ΠειρΝομ 26/4 σελ. 461 επ., 627/2003 ό.π. και 750/1992 ό.π., ΠολΠρΠειρ 624/1994 ό.π. και ΜονΠρΠειρ 4068/2013 ό.π., 1924/1992 ό.π., 1591/1990 ό.π. και 2189/1988 ό.π.

επί των οποίων δεν είναι πάντα δυνατό να έχουν έλεγχο. Άλλωστε, θα πρέπει να ληφθούν υπόψη και περιπτώσεις όπως π.χ. τα pool agreements, όπου η αποξένωση του πλοιοκτήτη από το πλοίο του είναι ακόμη πιο έντονη, ενώ παράλληλα δεν θα πρέπει να κλείνουμε τα μάτια στο μέλλον, αφού πολύ σύντομα αναμένεται να αυξηθεί σε μεγάλο βαθμό ο αριθμός των αυτόνομων πλοίων, στοιχείο που θα καταστήσει ακόμη πιο δύσκολο και απόμακρο τον έλεγχο του χρονοναυλωτή από τον χρονοεκναυλωτή.

Ακριβώς για τους λόγους που προανέφερα, η θέση άλλων ναυτιλιακών κρατών στο ζήτημα των προτεραιοτήτων όσον αφορά στην προστασία των εμπλεκόμενων μερών δεν είναι μονοδιάστατη: Έτσι π.χ. στο Αγγλικό δίκαιο, ο ναυλωτής γυμνού πλοίου αντιμετωπίζεται ως κύριος («disponent owner») και ο πραγματικός κύριος του πλοίου δεν ευθύνεται για τις απαιτήσεις κατά του πρώτου - που καθ' ημάς θεωρείται εφοπλιστής - με εξαίρεση τα maritime liens και (υπό προϋποθέσεις) τις in rem απαιτήσεις.¹³ Και για το λόγο αυτό δεν με βρίσκει πάντα σύμφωνο η επίκληση του Αγγλικού δικαίου για τη στοιχειοθέτηση ευθύνης του κυρίου του πλοίου για απαιτήσεις εκ του εφοπλισμού.

Αντίστοιχα, το Ιταλικό δίκαιο διαχωρίζει επίσης τις έννοιες του εφοπλιστή («armatore») και του κυρίου του πλοίου («proprietario»), διάκριση που βρίσκει έδαφος εφαρμογής κατ' εξοχήν στις συμβάσεις γυμνής ναύλωσης που προβλέπει το άρθρο 376 του Ιταλικού Κώδικα Ναυτικού Δικαίου. Το δε άρθρο 274 του τελευταίου προβλέπει ότι υπεύθυνος για τις απαιτήσεις εκ του εφοπλισμού είναι μόνο ο εφοπλιστής, με εξαίρεση και εδώ τις in rem απαιτήσεις που αποτελούν προνόμια και καθορίζονται στο άρθρο 552 του ίδιου Κώδικα.

Οφείλω να διευκρινίσω ότι τα maritime liens και οι in rem απαιτήσεις δεν είναι τελικά τόσο περιορισμένα, αλλά το να εστιάζει κανείς μόνο σε αυτά αποτελεί σαφέστατα ένα βήμα προς την προστασία και του πλοιοκτήτη ή του κυρίου του πλοίου. Και σε κάθε περίπτωση καθιστά σαφή τη διαφορετική αντιμετώπιση του ίδιου προβλήματος στα διάφορα fora.

Γ. Η ευθύνη του χρονοεκναυλωτή στο πλαίσιο των νέων μορφών χρηματοδότησης

Ακόμη μεγαλύτερος είναι ο προβληματισμός και η ανάγκη εξισορρόπησης της εκατέρωθεν προστασίας στο πλαίσιο σχετικά καινοφανών χρηματοδότησης της ναυτιλίας. Και φυσικά αναφέρομαι στη χρηματοδοτική μίσθωση ή αλλιώς «πώληση και επαναμίσθωση» ή «sale and lease back», όπως έχει επικρατήσει στη διεθνή ορολογία. Πριν προχωρήσω, να διευκρινίσω ότι αναφέρομαι μόνο

13. ΕφΠειρ 897/2004 ό.π.

στη χρηματοδοτική μίσθωση, δηλαδή στο λεγόμενο finance lease και όχι στο operating lease, καθώς επίσης ότι στη συνέχεια, χάριν συντομίας, θα αναφέρονται στην πρώτη με τον όρο leasing.

Να επισημάνω επίσης ότι η αναφορά σε «σχετικά καινοφανή μορφή ναυτιλιακής χρηματοδότησης» δεν είναι ακριβής, αφού το leasing εμφανίστηκε στα τέλη της δεκαετίας του '60 και στη δεκαετία του '70 στην Ιαπωνία, με την τότε πρωτοπόρο «Orix-Oriental Leasing Co. Ltd.» που έκανε την παρουσία της στη ναυτιλιακή αγορά το 1964. Γνώρισε, όμως, εκρηκτική αύξηση τα τελευταία 10 χρόνια, όταν, λόγω της ναυτιλιακής και της παγκόσμιας οικονομικής κρίσης, αλλά και λόγω των περιορισμών που επέβαλε στις τράπεζες η «ΒΑΣΙΛΕΙΑ III», οι παραδοσιακές τράπεζες, ιδίως του Ευρωπαϊκού χώρου, περιόρισαν αισθητά τη ναυτιλιακή χρηματοδότηση ή και την εγκατέλειψαν.

Εκτιμάται ότι το ποσοστό των χρηματοδοτήσεων μέσω leasing υπερβαίνει πλέον το 15% της παγκόσμιας ναυτιλιακής χρηματοδότησης, αφού το 2020 έφτασε τα 65 δις δολάρια ΗΠΑ μόνο όσον αφορά στην Κίνα, όπου μάλιστα το leasing αυξήθηκε σε ποσοστό 11% μεσούσης της πανδημίας του COVID-19, που είναι γνωστό ότι προξένησε σωρεία προβλημάτων και στην παγκόσμια ναυτιλία.

Τα ηνία στο leasing κρατά πλέον η Κίνα, με αξιοσημείωτη παρουσία τόσο της Ιαπωνίας όσο και της Νότιας Κορέας (και προφανώς δεν είναι συμπτωματικό το ότι και οι τρεις αυτές χώρες έχουν ιδιαίτερα αναπτυγμένη ναυπηγική βιομηχανία), ενώ θα πρέπει να επισημάνω ότι αξιόλογη δραστηριότητα έχουν αναλάβει και χρηματοδοτικοί οίκοι Ελληνικών συμφερόντων.

Η ευρεία διάδοση του leasing ώθησε και την BIMCO να επεξεργαστεί και να κυκλοφορήσει μια μορφή συμφωνητικού, το «Shiplease Form», προκειμένου να αντικαταστήσει το, μάλλον συνηθέστερα χρησιμοποιούμενο, πρότυπο «Barecon», με τις αναγκαίες κατά περίπτωση προσαρμογές του τελευταίου.

Αξιοσημείωτα αντανakλαστικά επέδειξε εν προκειμένω και ο Έλληνας νομοθέτης, ο οποίος τροποποίησε το Νόμο 27/1975, έτσι ώστε την ανάθεση της διαχείρισης του πλοίου να μπορεί να κάνει πλέον και ο χρηματοδοτούμενος ναυλωτής, αντί μόνο του κυρίου του πλοίου. Βέβαια, αυτό για την ώρα ισχύει για πλοία που νηολογούνται με το καθεστώς του άρθρου 13 και θεωρώ, για τους λόγους που εκθέτω στη συνέχεια, ότι απαιτούνται περαιτέρω παρεμβάσεις, χωρίς ωστόσο αυτό να μειώνει την ομολογουμένως αξιόλογη αυτή πρωτοβουλία.

Μετά την αναφορά αυτή προχωρώ σε μια σύντομη εξήγηση της μορφής της εν λόγω χρηματοδότησης leasing. Σχηματικά:

- Ο πλοιοκτήτης Α πουλά το πλοίο του στο χρηματοδότη Β (ή σε εταιρεία ειδικού σκοπού που ανήκει στον τελευταίο),
- ο χρηματοδότης Β εν συνεχεία εκναυλώνει γυμνό το πλοίο στον Α - συνήθως για περίοδο 5 έως 10 ετών, ενώ πολύ συχνά προβλέπεται δυνατότητα επαναγοράς του πλοίου από τον Α και
- ο χρηματοδότης Β παραχωρεί στον Α την εκμετάλλευση και τη ναυτική διεύθυνση του πλοίου,
- έτσι ώστε ο μέχρι χθες πλοιοκτήτης να καθίσταται γυμνός ναυλωτής και, με το Ελληνικό δίκαιο, εφοπλιστής και ο χρηματοδότης κύριος του πλοίου.

Και εδώ, όπως είναι αντιληπτό, ανακύπτει το θέμα της ενδεχόμενης ευθύνης του χρηματοδότη ως κυρίου του πλοίου. Ο οποίος, εκτός από τον κίνδυνο μη αποπληρωμής της χρηματοδότησης, αντιμετωπίζει και τον επιπλέον κίνδυνο να βρεθεί εκτεθειμένος σε απαιτήσεις τρίτων κατά του χρηματοδοτούμενου - εφοπλιστή.

Σημειωτέον ότι κατά το Αγγλικό δίκαιο, που διέπει σχεδόν αποκλειστικά τις συμβάσεις αυτού του είδους, δεν είναι δυνατό να θεωρηθεί ότι αυτές υποκρύπτουν κάποια άλλη μορφή σύμβασης, ήτοι δάνειο, ώστε να μετατραπούν σε αυτή, με συνέπεια να διατηρείται έτσι ο χαρακτήρας της σύμβασης γυμνής ναύλωσης και να παραμένει ο προαναφερόμενος κίνδυνος για το χρηματοδότη.

Τίθεται, λοιπόν, το ερώτημα αν θα εξακολουθήσει να έχει προβάδισμα η προσασία των τρίτων δανειστών του πλοίου ή θα ληφθεί μέριμνα ώστε να μην αποθαρρυνθούν οι νέοι αυτοί χρηματοδότες, τους οποίους τόσο έχει ανάγκη η παγκόσμια ναυτιλία για να συνεχίσει τη διαδρομή της. Επ' αυτού θα επισημάνω ότι δεν βρίσκω πειστικό το επιχείρημα ότι ο χρηματοδότης leasing ισοσταθμίζει τον κίνδυνο μη αποπληρωμής του μέσω της διατήρησης της κυριότητας του πλοίου (και άρα η θέση του τελικά δεν επιδεινώνεται δραματικά με την έγερση των εκ του εφοπλισμού απαιτήσεων των τρίτων), γιατί η θέση αυτή παραβλέπει όχι μόνο τις σφαίρες επιρροής και δραστηριότητας των μερών που εμπλέκονται στη χρηματοδοτική μίσθωση, αλλά, κυρίως, τους σκοπούς της.

Μια πρόταση που θα μπορούσε ίσως να αμβλύνει τις δυσμενείς συνέπειες για τον χρηματοδότη leasing, φέρνοντάς τον κοντά με τον παραδοσιακό χρηματοδότη, χωρίς παράλληλα να καθιστά επαχθέστερη τη θέση των τρίτων πιστωτών συγκριτικά με μια συνήθη χρηματοδότηση, θα ήταν η ευθύνη του χρη-

ματοδότη leasing - κυρίου του πλοίου να περιορίζεται στις απαιτήσεις που απολαύουν προνομίων. Βέβαια, εδώ ανακύπτει το ερώτημα βάσει ποιού δικαίου θα κριθεί αν υφίστανται προνόμια, δηλαδή βάσει της *lex navis* ή της *lex fori*, αφού είναι γνωστή η θέση της νομολογίας μας. Θα θεωρούσα συνεπέστερη την επιλογή της *lex navis* και σε αυτή την περίπτωση, αναγνωρίζοντας ότι σαφέστατα μπορεί να υπάρχει και εδώ βάσιμος αντίλογος. Αλλά πιστεύω ότι η επιλογή της *lex navis* επιτρέπει την εξ' αρχής αποσαφήνιση των ορίων της όποιας ευθύνης, κάτι που με τη *lex fori* είναι εξ' ορισμού ευμετάβλητο: Η δυνατότητα αλλαγής της σημαίας του πλοίου σαφώς αποτελεί αφορμή προβληματισμού, αλλά σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να είναι τόσο συχνή όσο ο κατάπλους του πλοίου σε λιμένες διαφορετικών κρατών/*fora*, με τις περαιτέρω συνέπειες που μπορεί να έχει αυτό στο εφαρμοστέο δίκαιο.

Είναι, ωστόσο, προφανές ότι η όποια λύση δεν μπορεί να αρκестεί σε εθνικό επίπεδο, αφού οι κίνδυνοι θα συνεχίσουν να ελλοχεύουν στο διεθνές ναυτιλιακό περιβάλλον - όπου για παράδειγμα θα είναι επιτρεπτή η συντηρητική κατάσταση σύμφωνα με τις διατάξεις της Διεθνούς Σύμβασης του 1952 ακόμη και αν ο Έλληνας νομοθέτης έχει θεσπίσει διαφορετική ρύθμιση.

Πρέπει να επισημάνω ότι ο προβληματισμός σχετικά με την ευθύνη του χρηματοδότη leasing - κυρίου του πλοίου δεν είναι θεωρητικός: Τα Δικαστήρια του Πειραιά αντιμετώπισαν περίπτωση κατά την οποία ασκήθηκε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων στρεφόμενη κατά χρηματοδοτικού οίκου leasing, ο οποίος φερόταν ευθυνόμενος για απαιτήσεις τρίτων κατά του χρηματοδοτούμενου - γυμνού ναυλωτή πλοίου με Ελληνική σημαία.¹⁴

Το Δικαστήριο διέταξε τελικά τη συντηρητική κατάσταση του πλοίου και μάλιστα η ευθύνη του χρηματοδότη leasing - κυρίου του στοιχειοθετήθηκε στην ιδιότητά του ως πλοιοκτήτη, αφού δεν είχαν τηρηθεί οι διατυπώσεις δημοσιότητας του άρθρου 105 ΚΙΝΔ. Και βέβαια η ευθύνη σε αυτή τη βάση είναι ευρύτερη σε σχέση με αυτή του άρθρου 106 ΚΙΝΔ, αν και εν προκειμένω το αποτέλεσμα πρακτικά ήταν το ίδιο, αφού ο κύριος του πλοίου ήταν μια εταιρεία ειδικού σκοπού του χρηματοδότη και έτσι αποφεύχθηκε η επέκταση της ευθύνης του και σε άλλα περιουσιακά του στοιχεία. Η ουσία, όμως, είναι ότι το πρόβλημα είναι υπαρκτό και όχι απλά θεωρητικό.

Και για αυτόν ακριβώς το λόγο το ζήτημα και ο προβληματισμός έχουν λάβει διεθνή διάσταση και μάλιστα έχουν εκδοθεί αποφάσεις αλλοδαπών Δικαστηρίων που δεν κινούνται προς την ίδια κατεύθυνση, επιτείνοντας την ανησυχία:

14. ΜονΠρΠειρ 110/2022 - αδημοσίευτη.

Έτσι, π.χ. στην Αγγλία, έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι μετά την καταγγελία της σύμβασης χρηματοδοτικής μίσθωσης και την παράδοσή του στον κύριο, το πλοίο δεν μπορεί να κατασχεθεί παρά μόνο αν βαρύνεται με maritime liens. Θα διαφωνήσω με τη θέση αυτή, στο βαθμό που δεν βρίσκω το παραμικρό σχετικό έρεισμα στη Διεθνή Σύμβαση του 1952.

Από εκεί και πέρα - αλλά βασιζόμενα πάντα στην παραπάνω άποψη - για το διάστημα που η σύμβαση έχει μεν καταγγελθεί αλλά δεν έχει ολοκληρωθεί η παράδοση του πλοίου στον χρηματοδότη leasing,

- τα μεν Δικαστήρια της Σιγκαπούρης έκριναν ότι ο χρηματοδοτούμενος είχε ακόμη de facto τον έλεγχο του πλοίου, οπότε ήταν δυνατή η κατάσχεσή του (υπόθεση «the Chem Orchid»), ενώ αντίθετα
- τα Δικαστήρια της Αυστραλίας έκριναν ότι ο χρηματοδοτούμενος ήταν μεσεγγυούχος που ενεργούσε για λογαριασμό του χρηματοδότη leasing και συνεπώς το πλοίο δεν μπορούσε να κατασχεθεί (υπόθεση «the Hako Fortress»).

Η αντίφαση που επισήμανα σαφέστατα δεν προωθεί την πολυπόθητη ασφάλεια δικαίου, η οποία επιβάλλεται και στο διεθνές περιβάλλον της ναυτιλίας και είναι ενδεικτική των προβλημάτων που προκύπτουν. Προβλήματα τα οποία καλούμαστε να λύσουμε άμεσα και αποτελεσματικά όλοι οι δραστηριοποιούμενοι στον κλάδο του ναυτικού δικαίου. Ελπίζω ότι η μελέτη αυτή θα συντελέσει στον προβληματισμό και στην επιδίωξη της επίλυσης κάποιων από τα θέματα που αναλύθηκαν ανωτέρω.

Climate change impacts on ports - some considerations arising for commercial maritime law

Regina Asariotis

Chief, Policy and Legislation Section, Division on Technology and Logistics,
United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD¹

Introduction

This short contribution aims to highlight the growing nexus between the increasing risks associated with climate change impacts on maritime transport, in particular ports, and the application and further development of commercial maritime law and related contracts.

To begin with, the critical importance that ports and shipping play in our globalized economy and the particular risks ports face as a result of accelerating climate variability and change will be briefly presented, together with some relevant legal and regulatory developments.

Ports are integral to maritime transport and play a central role in facilitating global trade and development. With over 80% of the volume of world merchandise trade carried by sea,² ports are key nodes in the network of global supply chains and critical for access to global markets - as well as the ocean economy, including fisheries, offshore energy development and cruise-ship tourism, among others. Their physical integrity is also key to future trade and development prospects, particularly of developing States which currently account for around 55 % of goods loaded and 61 % unloaded globally.³ At the same time, these complex infrastructure assets, often integrated within large urban agglomerations, are at the frontline of climate change. Due to their locations along open coasts or in low-lying estuaries and deltas, ports are particularly exposed to various natural hazards; their setting makes them susceptible to the impacts of climatic

-
1. The views expressed here are those of the author and do not necessarily reflect the views of the United Nations.
 2. See only UNCTAD Review of Maritime Transport 2020. UNCTAD/RMT/2021. <https://unctad.org/rmt>.
 3. UNCTAD Review of Maritime Transport 2022, Table 1.2. UNCTAD/RMT/2022. <https://unctad.org/rmt>.

hazards⁴ such as rising sea levels, storm surges, waves and winds, riverine and pluvial flooding, as well as tectonic events (e.g. tsunamis). And with climatic hazards increasing significantly, according to recent projections of accelerating climate change,⁵ the related risks of impacts⁶ are growing,⁷ in the absence of effective adaptation measures.

1. Climate change impacts on ports and the need for adaptation

The impacts of climate hazards such as rising mean and extreme sea levels and extreme weather events can result in significant infrastructure damage, as well as in costly operational disruptions and delays across supply chains. These can lead to extensive economic losses, cascading supply-chain disruptions and business failures, with potentially far-reaching consequences

-
4. See also UNECE, 2020. Climate Change Impacts and Adaptation for Transport Networks and Nodes. United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), Expert Group Report ECE/TRANS/283. https://unece.org/sites/default/files/2021-01/ECE-TRANS-283e_web.pdf; Asariotis R., Benamara H., Mohos-Naray V., 2018. Port industry survey on climate change impacts and adaptation. UNCTAD Research Paper No 18. UNCTAD/SER.RP/2018/18/Rev.1. https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2017d18_en.pdf. UNCTAD, 2020. Climate Change impacts and adaptation for coastal transport infrastructure: A Compilation of Policies and Practices. United Nations Conference of Trade and Development, Transport and Trade Facilitation Series No 12. https://unctad.org/system/files/official-document/dtl1b2019d1_en.pdf.
 5. IPCC, 2018. Summary for Policymakers of IPCC Special Report on Global Warming of 1.5°C approved by governments. <https://www.ipcc.ch/srocc/> IPCC SROCC, 2019. IPCC Special Report on the Ocean and Cryosphere in a Changing Climate (SROCC). https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/3/2019/12/SROCC_FullReport_FINAL.pdf; IPCC, 2022a. Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-3/>; IPCC, 2022b. Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii/>.
 6. In the present context, risk is considered a function of three interacting factors: (i) Climatic hazards, i.e. changing climatic factors, dependent on climate scenario/emissions; (ii) exposure of port infrastructure /operations to hazards; and (iii) vulnerability, which depends on capacity to respond to factors that make ports prone to damages/losses from hazards, e.g. availability of technologies and materials for port defenses, elevation; human and financial resources; policy, legislation and management. See IPCC, 2014. Summary for Policymakers. Climate Change 2014: Impacts, Adaptation and Vulnerability. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/ar5_wgII_spm_en.pdf. This concept differs from that of the insurance industry which defines risk as a function of the probability of the damaging event(s) and the magnitude of damages/losses: low probability events incurring large losses are considered high risks.
 7. Izaquirre, C., Losada, I.J., Camus, P. et al., Climate change risk to global port operations. *Nat. Clim. Chang.* 11, 14-20 (2021). <https://doi.org/10.1038/s41558-020-00937-z>.

for international trade⁸ and the sustainable development prospects of the most vulnerable nations, such as Small Island Developing States (SIDS) that depend on their ports as lifelines for food, energy, trade and tourism - and in the context of disaster risk reduction, response and recovery (DRR).⁹ For these countries, capacity building, as well as major scaling up of investment in adaptation, will be critical.¹⁰ Indirectly, climate change impacts are likely to have other wide-ranging implications for supply chains: they affect the demand for transport, exacerbate other transport-related challenges and increase both energy needs and costs. New trade routes may also become viable, with arctic sea-lanes opening due to polar ice melting.

Economic losses due to infrastructure damage and/or operational disruptions can be extensive, particularly in regions affected by tropical cyclones, related storm surges and waves.¹¹ total losses from weather/climate-related disasters in 2017, including the devastating Caribbean hurricane season, were estimated at US\$ 320 billion¹² with damages and losses in many affected SIDS amounting to a significant share (or multiple) of GDP.¹³ Hurricane Dorian (2019) caused estimated losses of US\$ 3.4 billion for the Bahamas alone,¹⁴

8. Asariotis, R., Climate change impacts on seaports: A growing threat to sustainable trade and development, 2021. <https://unctad.org/news/climate-change-impacts-seaports-growing-threat-sustainable-trade-and-development>.
9. Monioudi, I.N., Asariotis, R., Becker, A. et al., Climate change impacts on critical international transportation assets of Caribbean Small Island Developing States (SIDS): The case of Jamaica and Saint Lucia. *Reg Environ Change*, 2018. <https://doi.org/10.1007/s10113-018-1360-4>, Asariotis, R., Climate Change Impacts and Adaptation for Coastal Transport Infrastructure: A Sustainable Development Challenge for SIDS in the Caribbean and Beyond. In: Wang, Y (ed), *The Handbook of Natural Resources*, 2020, 2nd ed, Volume 5 (Coastal and Marine Environments), CRC Press Taylor & Francis, p. 253-264.
10. UNCTAD, 2022. Climate-resilience of seaports: Adequate finance is critical for developing countries but remains a major challenge, Policy Brief 103. https://unctad.org/system/files/official-document/presspb2022d11_en.pdf.
11. The World Economic Forum Global Risks Reports 2022 and 2023 consider extreme weather events and climate action failure as the top economic risks over the next 10 years, see <https://www.weforum.org/reports/global-risks-report-2022>; <https://www.weforum.org/reports/global-risks-report-2023/digest>.
12. Munich RE, 2018. Hurricanes cause record losses in 2017 - The year in figures. <https://www.munichre.com/en/risks/natural-disasters-losses-are-trending-upwards.html>
13. E.g. in Dominica, 226% of GDP. See Government of the Commonwealth of Dominica (2017). Post-Disaster Needs Assessment, Hurricane Maria. <https://resilientcaribbean.caricom.org/wp-content/uploads/2017/11/DOMINICA-EXECUTIVE-SUMMARY.pdf>
14. IADB, 2020. Impact of Hurricane Dorian in The Bahamas. https://publications.iadb.org/publications/english/document/Impact_of_Hurricane_Dorian_in_The_Bahamas_A_View_from_the_Sky.pdf

and Hurricane Sandy (2012) caused over US\$ 60 billion losses in New York, New Jersey and Connecticut, including extensive damage and a week-long shut-down of the US New York/New Jersey container port.¹⁵ Recent estimates suggest that by 2100, the total value of assets exposed to episodic coastal flooding could increase to 12 - 20 % of the global GDP, if no adaptation measures are taken;¹⁶ global flood damages due to sea level rise (and related extreme events) might amount to up to US\$ 27 trillion/year - about 2.8% of global GDP in 2100.¹⁷

Losses affecting the port and shipping industry were particularly highlighted in a recent report by EDF (2022).¹⁸ Examples presented include the following:

- *Disruption arising from Port Infrastructure damage*: Economic loss estimates due to previous storm-related disruptions range from US\$ 10 million at the Port of Shanghai, caused by a 2-day disruption due to Typhoon Haikui in 2012, to US\$ 65 million at the Port of Dalian, caused by a 5-day disruption due to Typhoon Lekima in 2019. Analysis of storm-related disruptions across 74 ports in 12 countries suggests that an additional meter in storm surge height or 10 meters per second in wind speed is associated with a 2-day average increase in the duration of disruption.
- *Losses from Vessel Incidents at Sea*: Weather-related conditions were responsible for at least 20% of the roughly 400 total vessel losses that occurred worldwide from 2015-2019. Total vessel loss incidents over these five years have resulted in the death at sea of 142 crew members, many due to extreme weather events. For ships at sea, the report

15. Strauss, B.H., Orton, P.M., Bittermann, K. et al., Economic damages from Hurricane Sandy attributable to sea level rise caused by anthropogenic climate change, 2021, *Nat Commun* 12, 2720. <https://doi.org/10.1038/s41467-021-22838-1>; https://www.nj.com/news/2013/10/port_authority_sandy_22billion_outlines_recovery_measures.html.

16. Kirezci E., et. al., Projections of global-scale extreme sea levels and resulting episodic coastal flooding over the 21st Century, 2020, *Scientific Reports* volume 10, Article number: 11629.

17. Jevrejeva, S., et. al., Flood damage costs under the sea level rise with warming of 1.5 °C and 2 °C, 2018, *Environ. Res. Lett.* 13 074014 DOI 10.1088/1748-9326/aacc.

18. EDF, Act Now or Pay Later: The Costs of Climate Inaction for Ports and Shipping, 2022. <https://www.edf.org/sites/default/files/press-releases/RTI-EDF%20Act%20Now%20or%20Pay%20Later%20Climate%20Impact%20Shipping.pdf>

suggests, stronger storms will require adaptation through re-routing, which increases delays and operating costs.¹⁹

Many climatic hazards can affect ports. This includes heat waves, which can be dangerous for human health and significantly increase energy needs and costs;²⁰ heavy precipitation, giving rise to flash floods;²¹ extreme winds and waves (e.g., long waves and associated swell²²) that endanger the operation of cranes and berthing operations; or changes in wave direction that can make access to ports more hazardous.

However, mean sea level rise and associated extreme sea levels pose a particularly important threat of coastal flooding,²³ which is growing. Sea level rise is largely driven by global warming and sea level rise projections are being continuously revised upwards, with recent projections suggesting that, by 2100, under the intermediate GHG emissions scenario, global sea level rise will be 44 - 76 cm higher than the mean of the 1995-2014 period.²⁴ There is significant spatial variability, however, and sea levels rise may be much higher in some regions.²⁵ Higher mean sea levels, combined with future extreme storm surges, waves and tides, could generate devastating extreme sea level (ESL) events, which pose a particular threat to seaports across the globe.

19. As noted in this context: "For a containership consuming 150 tons of fuel per day, each additional day at sea can cost roughly US\$75,000".

20. See *Monioudi, I.N., Asariotis, R., Becker, A. et al.*, op. cit., 2018. <https://doi.org/10.1007/s10113-018-1360-4>

21. See e.g., UNECE, 2014. Climate Change Impacts and Adaptation for International Transport Networks. ECE/TRANS/283. https://unece.org/DAM/trans/main/wp5/publications/climate_change_2014.pdf.

22. See, for instance *Rossouw, M. and Theron, A.*, Investigation of potential climate change impacts on ports and maritime operations around the southern African coast. In: *Asariotis and Benamara (eds)*, Maritime Transport and the Climate Change Challenge, Routledge/Earthscan, 2012, p. 286-304.

23. See also *Izaguirre, C., Losada, I.J., Camus, P. et al.*, Climate change risk to global port operations. *Nat. Clim. Chang.* 11, p. 14-20, 2021. <https://doi.org/10.1038/s41558-020-00937-z>; *Hanson, S. and Nicholls, R.J.* Extreme flood events and port cities through the twenty-first century. In: *Asariotis and Benamara (eds)*, op. cit., 2012, p. 243-265.

24. IPCC, 2021: Summary for Policymakers. Climate Change 2021: The Physical Science Basis. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf

25. The spatial variability of the mean sea level rise is particularly remarkable in the Eastern Mediterranean which is characterized by higher mean sea level rise (4.1 ± 0.4 mm/year in the period 2000-2018) than the Central and Western Mediterranean. *Calafat F., Frederikse T., Horsburgh K.*, 2022. The Sources of Sea level Changes in the Mediterranean Sea Since 1960. *Journal of Geophysical Research Oceans*, 127(9), e2022JC019061. <https://agupubs.onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1029/2022JC019061>

Table 1. Select major impacts on coastal transportation infrastructure and operations from changing climatic factors and hazards.²⁶

<i>Factor/hazard</i>	<i>Impacts on Seaports</i>
Sea level: Mean sea level rise (SLR)	Increased risk of permanent inundation of facilities making seaports inoperable without major upgrades (port elevation, coastal protection); changes in port access; effects on key transit points (e.g. the Kiel Canal); major insurance issues
Increased extreme sea levels (ESLs); changes in wave energy/direction; storm surges	Increasing frequency/depth of infrastructure inundation; chronic flooding and damages to port facilities; increased losses due to operational delays; increased costs of port protection; navigation channel sedimentation; higher dredging requirements; insurance issues; loss of ship calls; danger for ships berthing and vessels at anchor (offshore); long-waves/swell particular risk for open sea ports; operational disruptions/delay
Precipitation: Changes in mean values and/or in the intensity, type and frequency of extreme events causing riverine and pluvial flooding or droughts	Infrastructure inundation and damages; poor maneuverability of locks and vessels due to suddenly increased water level/speed; poor visibility from increasing fog; flashfloods and droughts affecting estuarine water level/draught

26. See also Asariotis, R., Benamara, H. and Mohos-Naray, V., Port Industry Survey on Climate Change Impacts and Adaptation, 2018, UNCTAD/SER.RP/2017/18/Rev.1. https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2017d18_en.pdf; UNECE, 2020. Climate Change Impacts and Adaptation for Transport Networks and Nodes. Expert Group Report. ECE/TRANS/283. https://unece.org/sites/default/files/2021-01/ECE-TRANS-283e_web.pdf.

<i>Factor/hazard</i>	<i>Impacts on Seaports</i>
Temperature: Higher mean temperature; heat waves; droughts; changes in warm and cool days	Deterioration of paved areas; inoperable cranes; navigational equipment and cargo damages; higher energy consumption for cooling; health/safety issues for personnel and passengers
Reduced arctic snow cover and ice	New arctic shipping routes, longer seasons and lower fuel costs/shortening of voyages; reductions in snow/ice removal costs; but arctic seaports will face increasing sea storm hazards
Permafrost degradation and thawing	Ground subsidence, slope instability and drainage issues, affecting the structural integrity
Wind: Changes in frequency and intensity of extreme events	Damage to terminals and navigation equipment; problems in vessel navigation and berthing within ports; problems with crane operations above certain wind speeds

Extreme sea levels (ESLs) are set to increase almost everywhere, threatening ports in all regions, with effects worsening under increasing global warming (see Fig. 1). Even in a 1.5 °C warmer world, - expected as soon as in the 2030s, ESLs of a magnitude so far expected to occur once a century, may occur as often as every 1 to 10 years, in many South American, African, Persian Gulf, South East Asian and Pacific ports. In a 3 °C warmer world, many ports could experience ESLs of this magnitude several times per year.²⁷

These projections have important implications for the physical and operational risks facing ports under a changing climate and illustrate the urgent need for adaptation. Ports are infrastructure assets with long lifespans and long planning horizons, and changes in the recurrence of extreme sea level events over the course of coming decades will significantly increase the risk of flooding and of operational disruptions at facility level. Past experiences, therefore, can no longer be relied on to predict future risk exposure. Relevant risks need to be both assessed and effectively addressed before any major impacts materialize.

27. Asariotis, R., op. cit., 2021. <https://unctad.org/news/climate-change-impacts-seaports-growing-threat-sustainable-trade-and-development>.

For European ports, see also Christodoulou A. and Demirel H., Impacts of climate change on Transport. A focus on airports, seaports and inland waterways, 2018. EUR 28896 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

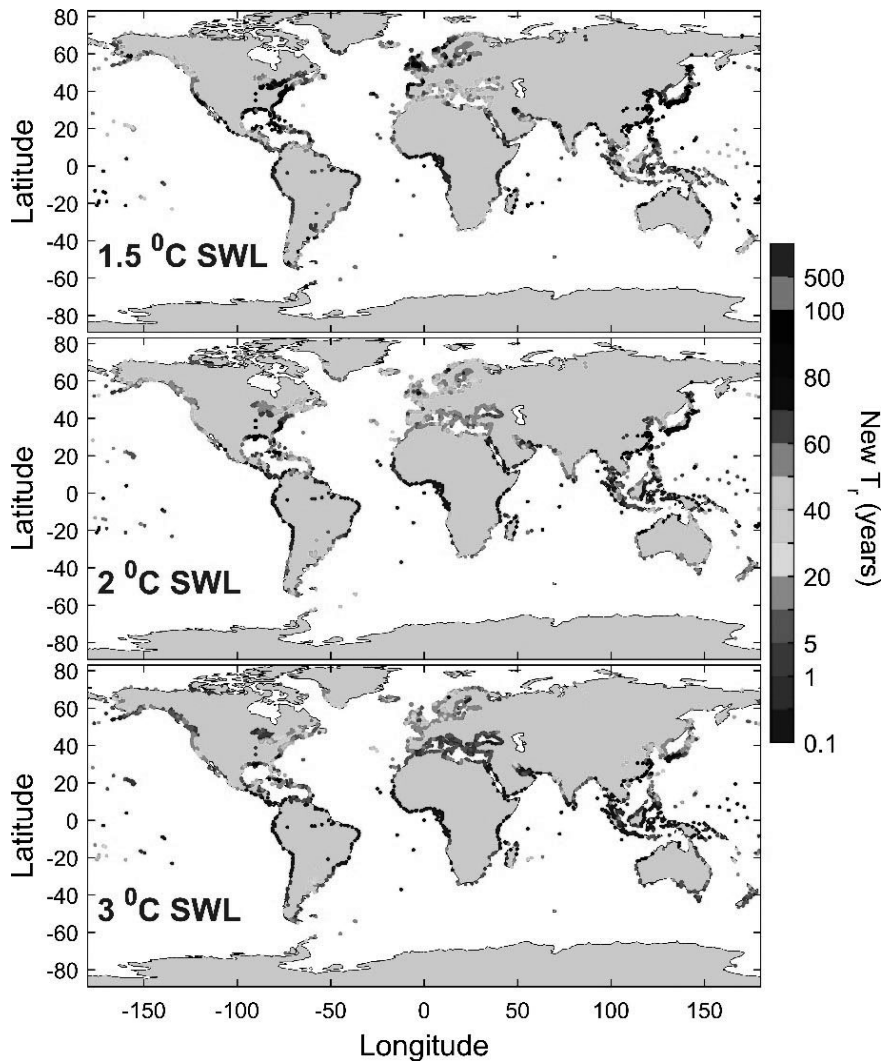


Fig. 1. Projected changes in the return period of the baseline (mean of 1986-2014) 1-in-100 years ESL under CV & C for about 3700 global ports. Key: SWL (Specific Warming Level) in $^{\circ}\text{C}$ above pre-industrial times. T_r (years) return period. Seaport location from World Port Index 2019 (<https://msi.nga.mil/Publications/WPI>). ESLs100 projections for the global coastline from EC-JRC data collection (<http://data.jrc.ec.europa.eu/collection/LISCOAST>). Asariotis, 2021 (<https://unctad.org/news/climate-change-impacts-seaports-growing-threat-sustainable-trade-and-development>); see also Vousdoukas et al., 2018 (<https://www.nature.com/articles/s41467-018-04692-w>).

To increase levels of preparedness and help mitigate impacts, there is also an important need to upscale support for Early Warning Systems.²⁸

Given what is at stake, climate change adaptation and resilience-building for ports is a matter of increasing urgency and strategic economic importance. However, progress in this respect remains slow and recent industry surveys by UNCTAD²⁹ and industry organizations³⁰ suggest that ports are not yet adequately prepared. While ports are increasingly experiencing extreme weather events, including events which are somehow exceptional, unprecedented or otherwise out-of-the ordinary, there are still important knowledge gaps regarding the specific nature and extent of exposure that individual port facilities of all sizes and across regions may be facing, with important repercussions for levels of preparedness.

Effective adaptation requires hard and soft measures³¹, “fit-for-purpose” risk assessment procedures at local and facility levels, bridging of potential data and knowledge gaps, and the development of appropriate technical

28. See the World Meteorological Organisation (WMO) *Executive Action Plan of Early Warning System (EWS) For All* which was launched at the 2022 UNFCCC Conference of the Parties (COP27) in Egypt. See also a relevant EU project (ECFAS), focusing on the development of a coastal flood awareness system. <https://www.ecfas.eu/>.

29. See Asariotis, R., Benamara, H. and Mohos-Naray, V. Port Industry Survey on Climate Change Impacts and Adaptation, 2018. UNCTAD/SER.RP/2017/18/Rev.1. https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2017d18_en.pdf. The report reflects responses from ports that collectively handle more than 16 % of global seaborne trade. While the majority of respondents had been impacted by weather/climate related events, including by extremes, the survey revealed important gaps in information available to seaports of all sizes and across regions. Climatic stressors identified by the respondents as responsible for damage, operational disruption and delay included (listed in decreasing order): strong winds; heavy precipitation; storm surges; fog; wave penetration; extreme river flows; mean sea level rise; and temperature extremes.

30. Preliminary results of a survey conducted in 2019-2020 by industry organizations participating in the Navigating a Changing Climate Global Climate Action initiative (<https://navclimate.pianc.org>) illustrate the increasing number of extreme weather events affecting seaports and operations over recent years. 67 responses were received, representing ports on every continent. 53 % of the respondent ports indicated that they are already experiencing extreme weather events more frequently. 41 % reported that, in the previous 5 years, they had experienced an event that was ‘somehow exceptional, unprecedented or otherwise out-of-the ordinary’. Wind and extreme waves were the most frequently reported events, followed by unprecedented rainfall and overtopping (regardless of cause). Personal communication, Jan Brooke, PIANC Permanent Task Force on Climate Change.

31. See also Becker, A.H., Acciaro, M., Asariotis, R. et al., A note on climate change adaptation for seaports: a challenge for global ports, a challenge for global society, 2013, *Climatic Change* 120, p. 683-695. <https://doi.org/10.1007/s10584-013-0843-z>.

and management solutions that reduce vulnerability and allow for decision-making under uncertainty. In view of the long service life of ports (and other transport infrastructure), and the potentially major consequences of inaction, effective adaptation and resilience building requires rethinking established approaches and practices early. Moreover, a good understanding of risks and vulnerabilities is needed for the development of well-designed adaptation measures that minimize the adverse effects of climatic factors. This, however, constitutes a major challenge. The potential adverse impacts of climate variability and change may be wide-ranging, but they vary considerably by physical setting, climate forcing and a range of other factors, including the availability of redundancies. Thus, for instance, ports in river deltas face different challenges from open-sea ports; and extreme events and flooding may affect ports in some parts of the world, whereas melting permafrost could become a major problem in others. High-quality technical risk assessments, using best available science are therefore urgently required to inform effective adaptation action at facility level and avoid maladaptation. In this context, standards, guidance, and methodological tools³² have an important role to play to assist stakeholders on the ground, and some progress has been made in this respect.

Thus, the Marrakech Partnership for Global Climate Action has developed a number of recommendations for different stakeholders to advance and support transport infrastructure resilience-building, together with milestones towards 2050.³³ The International Standardization Organization (ISO) has developed two standards to assist in adaptation and related vulnerability and risk-assessments.³⁴ PIANC, the World Association for Waterborne Transport Infrastructure, has produced detailed industry guidance on adaptation planning for ports and inland waterways, as well as on selecting, designing and evaluating options for resilient infrastructure under uncertainty.³⁵

32. For a methodology developed by UNCTAD (Climate Risk and Vulnerability Assessment Framework for Caribbean Coastal Transport Infrastructure), see <https://SIDSport-ClimateAdapt.unctad.org>

33. UNFCCC, 2021. Climate Action Pathway - Transport. <https://unfccc.int/climate-action/marrakech-partnership/reporting-tracking/pathways/transport-climate-action-pathway#Climate-Action-Pathway-2021>.

34. ISO 14090:2019. Adaptation to climate change — Principles, requirements and guidelines. <https://www.iso.org/standard/68507.html>; ISO 14091:2021. Adaptation to climate change — Guidelines on vulnerability, impacts and risk assessment. <https://www.iso.org/standard/68508.html>.

35. EnviCom WG 178: Climate Change Adaptation Planning for Ports and Inland Waterways (2020). <https://www.pianc.org/publications/envicom/wg178>; PTGCC Technical Note

Moreover and importantly, new detailed “*Technical guidance on climate-proofing of infrastructure projects for the period 2021-2027*” was developed and published by the European Commission, in 2021.³⁶ This guidance sets out detailed protocols for climate-risk assessment and adaptation throughout the project planning and development cycle. It aims to mainstream climate considerations in future investment and development of infrastructure projects, and help investors make informed decisions on projects, in line with the Paris Agreement and EU climate objectives. In contrast to other technical guidelines and standards, however, the EC technical guidance has normative effect: its application is not entirely voluntary but will be required, for environmental impact assessments and for the climate proofing of infrastructure envisaged under EU law, as detailed further below, as well as for all EU funded infrastructure projects (including EU-external). Its practical significance is, therefore, considerable.

2. Relevant policy and legal frameworks and recent developments

While technical and management solutions, as well as related guidance for stakeholders are important, supportive policy and legal frameworks have a particularly critical role to play in advancing and facilitating climate change adaptation and resilience-building on the ground.³⁷ Policies, strategies and plans define and formulate ambition, objectives and commitments, while legal instruments are powerful tools for the implementation of agreed policy objectives. Both policies and legislation can provide economic incentives to support adaptation and DRR efforts, improve resilience, promote transfer of relevant ‘hard’ and ‘soft’ technologies and contribute to the collection, availability and accessibility of accurate (and indispensable) climate data at different spatio-temporal scales. They are also key in ensuring accountability, public participation and non-discrimination in related decision-making processes. Legal requirements in particular can reduce exposure and vulnera-

1: Managing Climate Change Uncertainties in Selecting, Designing and Evaluating Options for Resilient Navigation Infrastructure (2022), available at <https://www.pianc.org/publications/envicom/ptgcc-1>.

36. Commission Notice - Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period 2021-2027 (OJ C 373, 16.9.2021, p.1). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0916\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0916(03)&from=EN) See also the EU Climate Law, Art. 5(5).

37. See UNCTAD, 2020. Climate Change impacts and adaptation for coastal transport infrastructure: A Compilation of Policies and Practices. Transport and Trade Facilitation Series No 12. https://unctad.org/system/files/official-document/dtl1b2019d1_en.pdf

bility to coastal floods and other climate change impacts, and can assist in the prevention, mitigation and recovery from extreme events (i.e., support Disaster Risk Reduction (DRR)) as well as in the mitigation of the impacts of slow-onset events (i.e., support Climate Change Adaptation). At the same time, it is of major importance that relevant policies and legislation do not - even inadvertently - foster 'maladaptation' that may limit or 'lock-in' future coastal resilience-building options. Thus, policy and legal frameworks need to be dynamic to allow for reversible and flexible response options and account for potentially irreversible changes, being also able to drive pro-active initiatives for the strengthening of climate-resilience in coastal zones.

In terms of international strategies, policies and plans, the **2030 Agenda for Sustainable Development**,³⁸ the **Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015 - 2030 (SFDRR)**³⁹ and the **2016 Regional Climate Change Adaptation Framework for the Mediterranean Marine and Coastal Areas**⁴⁰ are the most central, as building resilience to and reducing disasters from climatic hazards (including from coastal floods and related extreme events) are amongst their main objectives. International legal instruments of relevance include the **1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)**,⁴¹ and the **2015 Paris Agreement**, as well as the

38. United Nations, 2015. The 2030 Agenda for Sustainable Development. A/RES/70/1. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf> This consists of 17 goals and 169 targets which are 'integrated and indivisible, global in nature and universally applicable'. Of particular relevance are SDT 1.5 and SDG 9, 13 and 14. See also UNCTAD, 2020a. Climate change adaptation for seaports in support of the 2030 Agenda for Sustainable Development. Note by the UNCTAD Secretariat. TD/B/C.I/MEM.7/23; and UNCTAD, 2020b. Report of the Multi-year Expert Meeting on Transport, Trade Logistics and Trade Facilitation on its eighth session. TD/B/C.I/MEM.7/24. <https://unctad.org/meeting/multi-year-expert-meeting-transport-trade-logistics-and-trade-facilitation-eighth-session>.

39. https://www.unisdr.org/files/43291_sendaiframeworkfordrren.pdf. The SFDRR highlights the importance of the implementation and coherence of instruments/tools (SFDRR, paras 19(h) and 28(b)) and embraces a multi-hazard approach (paras. 15 and 19(g)). Its priorities for action include: 1) '*understanding the disaster risk - in all its dimensions of vulnerability, capacity, exposure of persons and assets, hazard characteristics and the environment*'; 2) '*strengthening disaster risk governance to manage disaster risk*'; 3) '*investing in disaster risk reduction for resilience*'; and 4) '*enhancing disaster preparedness*' for effective response, and to '*build back better*' in the recovery, rehabilitation and reconstruction phases of DRR.

40. https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/17500/rccaf_eng.pdf.

41. The UNFCCC provides the overarching legal framework for climate change action at the international level. It lays the basis for climate change adaptation and DRR, as it sets out the obligation of Parties to establish, implement and update national/regional

1998 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Environmental Justice.⁴²

Reflecting a growing recognition of the need for effective climate change adaptation measures, the policy and legal framework at international, national and regional levels has been strengthened over recent years, with climate change adaptation increasingly being integrated into policy and planning instruments,⁴³ as well as into some legal instruments.⁴⁴

Among the relevant national legal instruments, an early example worth highlighting is the **UK Climate Change Act 2008** which, among others, sets up a framework for the UK to ensure steps are taken towards adapting to the impact of climate change. The Adaptation Reporting Power introduced under S. 62 of the Act provides for infrastructure operators and public bodies to report to DEFRA⁴⁵ on the current and future predicted effects of climate change on their organisation as well as on their proposals for adapting to climate change and related progress. Under the third and latest round of the Climate Change Act Adaptation Reporting Power, reports were requested to be submitted by several UK harbour authorities and ports⁴⁶. Three of these reports are at present available online, namely those prepared for some ports in the Peel Ports Group (the second largest port group in the UK), the Port of Dover and the Port of London Authority,⁴⁷ providing an excellent overview

programmes containing measures to facilitate adequate adaptation to climate change (Art. 4 (1) (b)) as well as to cooperate in preparing for DRR and CCA. Of particular relevance in the present context is also the commitment of the Parties to impact assessments (Art. 4 (1) (g)) and to cooperation/promotion of scientific research, systematic observation and data archives related to the climate system (Art. 4 (1) (g)).

42. <https://unece.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

43. UNEP, 2022. Adaptation Gap Report. <https://www.unep.org/resources/adaptation-gap-report-2022>; UNCTAD, 2020. Climate Change impacts and adaptation for coastal transport infrastructure: A Compilation of Policies and Practices. United Nations Conference of Trade and Development, Transport and Trade Facilitation Series No 12. https://unctad.org/system/files/official-document/dtl1b2019d1_en.pdf.

44. See also *Velegarakis, A.F., Hasiotis, T., Papadatou, K.*, 2021. Coastal climate resilience: review of policies and regulations, Deliverable 2.2 - ECFAS Project (GA 101004211), www.ecfas.eu.

45. UK Department for Environment Food & Rural Affairs.

46. These include ABP Harbour Authority Hull; ABP Harbour Authority Humber; ABP Harbour Authority Immingham; ABP Harbour Authority Southampton; Dover Harbour Board; Port of London Authority; the Port of Felixstowe, as well as some others. See <https://www.gov.uk/government/publications/climate-change-adaptation-reporting-third-round>

47. Available at <https://www.gov.uk/government/collections/climate-change-adaptation-reporting-third-round-reports#harbour-authorities>.

of some of the major current and future climate risks facing these ports, relevant adaptation actions taken or planned, as well as areas of uncertainty and data limitations.

At the EU level, of particular relevance in terms of policies, plans and mechanisms, are the comprehensive **2021 EU Climate Change Adaptation Strategy**, which cuts across sectors and policy domains,⁴⁸ the **EU Action Plan on SFDRR 2015-2030**,⁴⁹ and the **Union Civil Protection Mechanism**,⁵⁰ which has recently been strengthened.⁵¹ Moreover, there are various European legal instruments which explicitly, or implicitly, address issues of relevance to adaptation, resilience-building and DRR for ports and other infrastructure in the coastal zone.

The **2007 Floods Directive (2007/60/EC)**⁵² imposes a general duty on Member States to assess the coastal flood risk, map the flood extent, assets and humans at risk and take adequate/coordinated measures to manage and reduce the flood risk. It requires Member States to carry out preliminary flood risk assessments, draw up comprehensive flood hazard and flood risk maps (FHRMs) and establish flood risk management plans (FRMPs), as well as review and update these in recurring implementation cycles, taking into account, among others, *“the likely impact of climate change on the occurrence of floods”*.⁵³

48. Forging a climate-resilient Europe - the new EU Strategy on Adaptation to Climate Change. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee for the Regions, COM:2021/82. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:82:FIN>

49. https://civil-protection-humanitarian-aid.ec.europa.eu/system/files/2016-06/1_en_document_travail_service_part1_v2.pdf Among others, the SFDRR Action Plan envisages specific actions to strengthen the Union Civil Protection Mechanism and the Copernicus Emergency Management Services.

50. Decision No 1313/2013/EU, 17/12/2013 on a Union Civil Protection Mechanism, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:02013D1313-20190321&from=EN#tocId19>.

51. Regulation (EU) 2021/836 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 amending Decision 1313/2013/EU on a Union Civil Protection Mechanism. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0836&from=EN>.

52. Directive 2007/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on the assessment and management of flood risks. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007L0060>

53. Directive 2007/60/EC, Articles 4 (2); 14 (4); 16. Preliminary flood risk assessments were to be reviewed and updated by 22 December 2018; FRMPs, by 22 December 2021, taking into account the likely impact of climate change on the occurrence of floods. Further review and update is required every six years.

The amended **EIA Directive (2014/52/EU)**⁵⁴ envisages that for all (public and private) projects falling within its scope,⁵⁵ including ports, Environmental Impact Assessments (EIAs) are carried out, taking into account, among others, the risks associated with climate change.⁵⁶ Relevant EIAs need to “*identify, describe and assess*”, the direct and indirect significant effects of the project, including those deriving from the vulnerability of the project to the risk of major accidents, and/or natural disasters, (such as flooding, sea level rise, or earthquakes), on populations, human health, biodiversity, land, soil, water, air and climate, material assets, cultural heritage and the landscape, and their interactions (Art. 3).⁵⁷

Two other Directives are relevant in terms of access to and the coherence of the information and data that is essential for effective coastal flood risk assessment and management: **Directive 2003/4/EC**,⁵⁸ which implements the 1998 Aarhus Convention within the EU as a matter of supra-national law, and seeks to guarantee access to environmental information held by (and

54. Directive 2014/52/EU 16/4/2014 amending Directive 2011/92/EU. OJ L 124, 25.4.2014, p. 1-18. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0052>

55. Projects subject to the requirements of the EIA Directive include (subject to a limited exception for projects serving national defence purposes) both public and private projects that involve “*the execution of construction works or of other installations or schemes*”, or “*other interventions in the natural surroundings and landscape including those involving the extraction of mineral resources*”, and that may have significant effects on the environment (Art. 1(a)). This covers all projects identified in Annex I, as well as Projects listed in Annex II that may be subjected to an EIA depending on criteria set out in Annex III, including their characteristics, location and the characteristics of the potential impacts. In considering if an Annex II project should be subject to an EIA, particular regard shall be paid to, among others, the “*risk of major accidents and/or disasters which are relevant to the project concerned, including those caused by climate change, in accordance with scientific knowledge*” (Annex III. 1.(f)).

56. See also the preamble at para. 13: “*Climate change will continue to cause damage to the environment and compromise economic development. In this regard, it is appropriate to assess the impact of projects on climate (for example greenhouse gas emissions) and their vulnerability to climate change.*”

57. See also the preamble, at para. 15: “*In order to ensure a high level of protection of the environment, precautionary actions need to be taken for certain projects which, because of their vulnerability to major accidents, and/or natural disasters (such as flooding, sea level rise, or earthquakes) are likely to have significant adverse effects on the environment. For such projects, it is important to consider their vulnerability (exposure/resilience) to major accidents and/or disasters, the risk of those accidents/disasters occurring and the implications for the likelihood of significant adverse effects on the environment*”.

58. Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32003L0004>.

for) public authorities; and the INSPIRE **Directive 2007/2/EC**⁵⁹ which aims to establish compatible and usable spatial data infrastructures in a EU-wide and transboundary context.

A number of more recent developments are of particular relevance to climate change adaptation for ports and therefore deserve highlighting. Of major importance is the adoption, in June 2021, of a new Regulation on an **EU Climate Law**⁶⁰, which was initiated by the European Commission in 2020⁶¹. The legislation sets out a binding objective of climate neutrality in the Union by 2050 and a binding target of reducing net domestic Greenhouse Gas (GHG) emissions by at least 55% compared to 1990 levels by 2030. In addition, however, the new EU Climate Law envisages strong action on climate change adaptation and resilience-building (Art. 5), as well as related stocktaking, assessment and review, starting in 2023 (see Arts. 6⁶² and 7⁶³). Among others, the Regulation requires EU institutions and Member States to “ensure

59. Directive 2007/2/EC of the European Parliament and of the Council of 14 March 2007 establishing an Infrastructure for Spatial Information in the European Community (INSPIRE). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02007L0002-20190626> See also Regulation (EU) 2019/1010 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on the alignment of reporting obligations in the field of legislation related to the environment, which, among others amends Directive 2007/2/EC. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019R1010>.

60. Regulation (EU) 2021/1119 30/6/2021 amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999. OJ L 243, 9.7.2021, p. 1-17. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1119&from=EN>

61. Proposal for a Regulation amending Regulation (EU) 2018/1999 (European Climate Law). COM/2020/80 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0080&from=EN>

62. In respect of reporting and assessment of progress on adaptation, Article 6 of the Regulation is important. It stipulates that, by 30 September 2023, and every five years thereafter, the Commission shall (a) “assess”, among others, “the collective progress made by all Member States on adaptation as referred to in Article 5 of this Regulation”; and (b) “review the consistency of Union measures with ensuring progress on adaptation as referred to in Article 5”. Where, based on the assessments referred the Commission finds that Union measures are “inconsistent with ensuring progress on adaptation as referred to in Art. 5, or that the progress on adaptation as referred to in Art. 5 is insufficient, it shall take the necessary measures in accordance with the Treaties”.

63. Note, for instance Art. 7 (1)(b), which states that, by 30 September 2023, and every five years thereafter, the Commission shall “assess the consistency of relevant national measures with ensuring progress on adaptation as referred to in Article 5, taking into account the national adaptation strategies referred to in Article 5(4)”. “Where the Commission finds, after due consideration of the collective progress assessed in accordance with Article 6(1), that a Member State’s measures are inconsistent with ... ensuring progress on adaptation as referred to in Article 5, it

continuous progress in enhancing adaptive capacity, strengthening resilience and reducing vulnerability to climate change in accordance with Article 7 of the Paris Agreement”, thereby making relevant action a legal requirement as a matter of supra-national EU level, for the first time, in an important effort to facilitate coherence across EU policy and legal frameworks. Member States are also required to “*adopt and implement national adaptation strategies and plans taking into account the [EU Adaptation Strategy], and based on robust climate change and vulnerability analyses, progress assessments and indicators, and guided by the best available and most recent scientific evidence*” (Art. 5(4)). The Regulation, which entered into force on 29 July 2021 is applicable and effective in all EU Member States from this date and is expected to have clear and important benefits for efforts at climate-resilience building and adaptation in the coastal zone, including in respects of ports. It introduces a number of legally binding requirements and, unlike a Directive⁶⁴ is directly applicable and effective at national levels, without the need for the time-consuming development of potentially divergent national implementing legislation.

Importantly, Art. 5(5) of the EU Climate Law mandates the Commission to adopt, by 30 July 2022, “*guidelines setting out common principles and practices for the identification, classification and prudential management of material physical climate risks when planning, developing, executing and monitoring projects and programmes for projects*”. As already noted above, relevant detailed “*Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period 2021-2027*”⁶⁵ has since been published. Compliance with the detailed parameters of the technical guidance will, among others, be required for environmental impact assessments under the EIA Directive and for EU (internal and external) infrastructure project funding, making risk and vulnerability assessments and development of adaptation

may issue recommendations to that Member State. The Commission shall make such recommendations publicly available”.

64. As will be recalled, EU Directives are binding in all EU member States as to their aims and implementation at the national level through legislation is required by a certain date. For more information on the implementation state of EU environmental legislation by EU Member States: https://ec.europa.eu/environment/eir/country-reports/index_en.htm.

65. Commission Notice - Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period 2021-2027 (OJ C 373, 16.9.2021, p. 1). [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0916\(03\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0916(03)&from=EN) For express reference to Art. 5(5), see Corrigendum to Commission Notice - Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period 2021-2027. OJ C, C/246, 29.06.2022, p. 24. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0916\(03\)R\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021XC0916(03)R(01))

options an integral part of project planning, development and financing. As noted in the “Technical Guidance” document itself: *“from the date of its initial publication by the European Commission, this guidance should be integrated in the preparation and climate proofing of infrastructure projects for the period 2021-2027. Infrastructure projects that have completed the environmental impact assessment (EIA) and received the development consent [...] by the end of 2021, have concluded the necessary funding agreements (including for EU-funding) and that will begin the construction works not later than in 2022, are strongly encouraged to carry out climate proofing following this guidance”*.

Climate proofing of infrastructure in accordance with the technical guidance is also envisaged under a proposal (COM (2021) 812 final)⁶⁶, to revise the **EU TEN-T guidelines** (Regulation 1315/2013)⁶⁷ for development of the trans-European transport (TEN-T) network, vital components of which are ports and other coastal transport infrastructure. While the Regulation already requires Member States *“to give due consideration to improving resilience to climatic hazards and environmental disasters”* during infrastructure planning (Art. 35), such as those associated with coastal flooding, the proposed revision, expected to be adopted in 2023, considerably strengthens implementation of climate and disaster-risk resilience considerations, in line with the objectives and requirements of the EU Adaptation Strategy, EU Climate Law and international agreements, notably the SFDRR and Paris Agreement. Among others, the proposed revised Regulation envisages *“climate proofing”* of all new infrastructure on the network, *“based on latest available best practice and guidance”*, making in this context express reference to the related technical guidance, published by the Commission, and already mentioned above.

66. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Union guidelines for the development of the trans-European transport network, amending Regulation (EU) 2021/1153 and Regulation (EU) No 913/2010 and repealing Regulation (EU) 1315/2013. COM/2021/812 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:812:FIN>. The proposal was amended in 2022 (COM/2022/384 final) but without changes which are material in the present context. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0384&from=EN>.

67. Regulation (EU) No 1315/2013 of the European Parliament and of the Council (11/12/2013) on Union guidelines for the development of the trans-European transport network and repealing Decision No 661/2010/EU. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1315&from=EN>

As noted in the preamble to the proposed Regulation (at para. 14):

“Infrastructure projects under the TEN-T Regulation should be resilient to the potential adverse impacts of climate change through a climate vulnerability and risk assessment, including through relevant adaptation measures. Projects for which an environmental impact assessment must be carried out should be subject to climate proofing and integrate the costs of greenhouse gas emissions and the positive effects of climate mitigation measures in the cost-benefit analysis. The climate proofing should be undertaken based on the latest available best practice and guidance⁶⁸. This contributes to the integration of climate change-related risks as well as climate change vulnerability and adaptation assessments into investment and planning decisions under the Union budget”.

Thus, Article 46, focusing on “Resilience of infrastructure” provides:

“1. When planning infrastructure, Member States shall improve the security and the resilience of the transport infrastructure to climate change, natural hazards, human-made disasters, as well as intentional disruptions affecting the functioning of the Union transport system. When implementing projects of common interest, Member States shall take into consideration: (a) interdependencies, linkages and cascading effects with other networks such as telecommunication and electricity network; (b) safety, security and performance in the presence of multiple hazards; (c) structural infrastructure quality during its whole lifecycle, with particular attention to the future projected climate conditions; (d) civil protection needs to react to disruptions; (e) cyber-security and resilience of infrastructure, with particular attention to cross-border infrastructure.

2. Projects of common interest for which an environmental impact assessment must be carried out in compliance with Directive 2011/92/UE shall be subject to climate proofing. The climate proofing shall be undertaken based on the latest available best practice and guidance to ensure that transport infrastructures are resilient to the adverse impacts of climate change, through a climate vulnerability and risk assessment, including through relevant adaptation measures, and through integration of the costs of greenhouse gas emissions in the cost-benefit analysis. Such requirement does not apply to projects for which the environmental impact assessment has been completed before entry into force of this Regulation.”

While the proposed Regulation remains to be finalized and adopted, as is apparent, ‘climate proofing of infrastructure based on latest available best

68. Commission Notice - Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period 2021- 2027 (OJ C 373, 16.9.2021, p. 1).

practice and guidance', notably as set out in the EC Technical guidance on the climate proofing of infrastructure, has already become a legal requirement (as part of environmental impact assessments) for the development of new port infrastructure under EU law. Other relevant legislation includes a Directive on Resilience of Critical Entities (amending European Critical Infrastructure Directive 2008), proposed by the Commission in 2020,⁶⁹ which was adopted in December 2022,⁷⁰ and aims to ensure the resilience of public and private 'critical entities' across sectors, including transport, against a broad range of risks that could lead to disruptions. Member states will need to have a national strategy to enhance the resilience of critical entities, carry out a risk assessment at least every four years and identify the critical entities that provide essential services. Critical entities will need to identify the relevant risks that may significantly disrupt the provision of essential services, take appropriate measures necessary to ensure their resilience, *"including measures necessary to prevent incidents from occurring, duly considering disaster risk reduction and climate adaptation measures"* and notify disruptive incidents to the competent authorities⁷¹. The Directive needs to be transposed by 17 October 2024.

The introduction of further legal requirements at EU level and at national levels, along similar lines is likely, in the light of Art. 5(4) of the EU Climate Law, which requires Member States to *"adopt and implement national adaptation strategies and plans taking into account the [EU Adaptation Strategy], and based on robust climate change and vulnerability analyses, progress assessments and indicators, and guided by the best available and most recent scientific evidence"* (Emphasis added).

The net-upshot of the abovementioned developments is that the policy and legal framework supporting - and requiring climate-risk assessment and adaptation - for ports in the EU and for EU funded port infrastructure projects

69. COM (2020) 829 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2020%3A829%3AFIN>

70. Directive (EU) 2022/2557 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on the resilience of critical entities and repealing Council Directive 2008/114/EC (Text with EEA relevance). OJ L 333, 27.12.2022, p. 164-198. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022L2557&from=EN>

71. See Article 13(1) of the Directive. *"Member States shall ensure that critical entities take appropriate and proportionate technical, security and organisational measures to ensure their resilience, based on the relevant information provided by Member States on the Member State risk assessment and on the outcomes of the critical entity risk assessment, including measures necessary to: (a) prevent incidents from occurring, duly considering disaster risk reduction and climate adaptation measures; [...]"*.

in third countries has been strengthened significantly. Other countries may follow suit in due course.

3. Climate change impacts: some of the commercial maritime law issues arising

As explained above, in line with recent projections, extreme weather events are likely to increase under climate change in frequency and/or severity; other hazards too, such as changes in wave energy and direction, long-waves and swell, as well as fog, and changes to estuarine water level in cases of flash floods and droughts can pose particular increased risks for ports and for the safety of ship-operations. Associated damage, operational disruptions and delay will have implications for transport and trade throughout the closely interconnected global network of supply chains, and for the performance of related contractual obligations and associated liabilities, as well as for insurance (e.g. coverage and premiums, risk disclosure obligations).

Among others, increasing climate and weather-related risks and impacts may lead to greater incidence of cargo loss/damage, heightened risks for the carriage of deck cargo, and pose particular challenges for the safety of berthing, loading and discharge operations; as well as increase the risks of maritime accidents, environmental pollution,⁷² groundings and bunker oil spills⁷³ - in all cases with potential implications, including in terms of liability and compensation and related disputes.

Climate change impacts may give rise to major **commercial risks** which need to be borne by commercial parties. Examples of commercial rights and obligations that may be affected by weather and climate-related delay and

72. See in respect of this complex of issues *Tsimplis, M.*, *Environmental Norms in Maritime Law*, 2021, Edward Elgar Publishing,

73. This can give rise to extensive losses, as illustrated by the Wakashio oil spill off the coast of Mauritius, in 2020. See *Asariotis, R. and Premti, A.*, *Mauritius oil spill highlights importance of adopting latest international legal instruments in the field*, 2020. <https://unctad.org/news/mauritius-oil-spill-highlights-importance-adopting-latest-international-legal-instruments>. Bunker oil spills by ships other than oil tankers are covered by the Bunker Pollution Convention 2001, but liability may be limited in accordance with the LLMC 1976 or its 1996 Protocol or a national limitation regime. On some of the related problems, including in the light of recent developments, see *Gaskell, N.*, *LLMC 1996: Living with Limitation of Liability*. Vol 36, No 2 (2022): *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, 1. <https://maritime.law.uq.edu.au/index.php/anzmlj/article/view/2682>

disruption differ, depending on the contract in question.⁷⁴ Relevant risks are not new in nature, but matter more, if they are likely to materialize to a greater extent/more frequently. With climate and weather-related risks growing, the established commercial risk-allocation as between the parties under a range of contracts that work in tandem - including carriage of goods by sea under charterparties and bills of lading and international sale of goods on shipment terms - may no longer be appropriate and/or need to be adjusted.

In the context of **charterparties**, for instance, the risk of weather and climate-related delay may affect the duration of voyages and the time of the vessel's 'arrival'/tender of notice of readiness (NOR), as well as the commencement and duration of key operations at the beginning and the end of a voyage, and their safety.

In **time charters**, the commercial risk of delay affecting the duration and number of voyages under the charterparty is typically on the charterer. At the same time extreme weather (such as intensity and direction of wind and waves) may have implications for the shipowner's obligations regarding vessel speed and consumption. Weather-related delay may affect the vessel's last voyage under the charter and the charterer's ability to redeliver the vessel by the Final Terminal Date, with knock-on effects for the use of the vessel under subsequent charters.

In the context of **voyage charters**, the commercial risks associated with longer voyages and delay in the vessel's arrival typically falls on the shipowner/carrier. Subsequent delay, however, following tender of a valid NOR, and affecting the commencement and duration of loading and discharge operations, as well as laytime and demurrage, falls on the charterer, - and/or potentially on any holder of a charterparty bill of lading who may have inherited the charterer's related liabilities through contractual incorporation of charterparty terms.

In the context of **bills of lading and related cargo claims**, growing climate- and weather-related risks may have implications for the incidence and extent of the carrier's liability, including under the Hague-Visby Rules. A carrier may,

74. For details regarding the law applicable to different types of commercial contracts reference is made to standard practitioner texts, such as *Eder, et.al.*, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 24th ed., London 2019; *Reynolds and Rose*, *Carver on Bills of Lading*, 5th ed., London 2022; *Coghlin, et. al.* (formerly Wilford), *Time Charters*, 7th ed., London 2014; *Cooke et.al*, *Voyage Charters*, 5th ed., London 2022; *Lorenzon and Baatz*, *Sassoon, CIF and FOB contracts*, 7th ed., London 2020; *Gaskell, N., Asariotis, R., Baatz, Y.*, *Bills of Lading: Law and Contracts*, London 2000.

for instance, in many cases be exempt from liability for losses that could be attributed to 'Perils of the sea'; 'Act of god'; 'any reasonable deviation'; or 'any other cause ... without the actual fault and privity' of the carrier or its servants and agents; or for losses that arise in the course of saving or attempting to 'save life or property at sea'. (HVR IV r. 2(c), (d), (l), (q); IV r. 4). Relevant losses would often have to be borne by cargo interests and their insurers.

Growing climate and weather-related risks may also have implications for **seaworthiness** - i.e., the vessel's fitness for carriage (notably its ability to withstand the voyage) and related obligations, such as actions needed for the exercise of due diligence; including in the context of losses due to a combination of causes, where unseaworthiness may be a contributory factor, e.g. - bad stowage amounting to unseaworthiness and dangerous cargo.⁷⁵ In many relevant cases, the related liability exposure of the carrier may increase. Climate-related extreme weather events may also potentially lead to an increase in **deviations** - and associated disputes, for instance about whether a deviation was necessary to save life or property at sea or was otherwise 'reasonable', or contractually permissible.⁷⁶

Rights, obligations, and commercial risks under related contracts which entail the carriage of goods by sea, such as **CIF and FOB sales**, may also be affected. If the charterer is (also) a CIF seller, for instance, delays in the commencement or completion of loading within the contractual shipment period under the sales contract may make the shipment in question unsuitable for tender to the intended buyer - and/or lead to rejection of the documents/goods and

75. Where unseaworthiness for which the carrier is responsible has contributed to a loss, the carrier will be liable, except to the extent that the carrier could establish another cause for which it is not responsible. The relevant burden of proof is firmly on the carrier and in the absence of evidence on the proportion of loss due to the different causes the carrier is liable for the entire loss. See for instance the *The Kapitan Sakharov* [2000] 2 Lloyd's Rep. 255 (CA). For an analysis of the relevant case law, see also Asariotis, R.: Loss due to a combination of causes: burden of proof and commercial risk allocation. In: *Thomas (ed), A New Convention for the Carriage of Goods by Sea - The Rotterdam Rules, 2009*, Lawtext Publishing, p. 138-168; and Asariotis, R., Reflections on the Rotterdam Rules. In: M.A. Clarke (ed), *Maritime Law Evolving*, Hart Publishing, 2013, 131-161.

76. For instance, in the charterparty context, some redirection may be possible through the operation of a clause, which qualifies the discharge port nominated in the charter with the following words: '. . . or so near thereto as she may safely get and lie always afloat'.

termination of the contract,⁷⁷ leaving the seller exposed to a potential claim for damages (by the buyer) and having to make alternative arrangements for the disposal of the cargo and/or pursuing a cargo claim against the carrier. At the same time, a potential increase in the incidence of cargo loss or damage would be of particular concern to a final consignee, such as a CIF or FOB buyer, who bears the risk of loss or damage of the goods in transit,⁷⁸ having to pay its seller in full, while being left to pursue a claim against the carrier (or cargo insurer). In cases where the carrier could rely on an exemption from liability, or where the loss is not covered by insurance, this would be the party left to carry the proverbial ‘can’. Costs associated with disruption and delay of loading and discharge operations, such as demurrage, may also fall on the final consignee under a ‘Merchant’s responsibility clause’ in the bill of lading.⁷⁹

While the above considerations clearly make a case for the development of bespoke contractual clauses to deal with commercial risk allocation between e.g., charterers and owners, it appears that so far, only few standard form clauses are available to specifically deal with weather-related risks and none of these contain any reference to climate-risk assessments by ports (or to climate risk disclosure requirements)⁸⁰ as material. Examples include the *BIMCO Weather Routeing Clause for Time Charter Parties (2006)*⁸¹ and the

77. As will be recalled, under English law, which is frequently chosen as the governing law, time stipulation in commercial contracts are conditions, breach of which entitles the innocent party to terminate the contract as well as claim damages. Similarly, the contractual port of discharge in CIF or the port of loading in FOB is a condition of the contract.

78. As will be recalled, in international sales on shipment terms CIF or FOB, both under INCOTERMS and under English common law, the risk of loss/damage/damage in transit is on the buyer.

79. On Merchant’s responsibility clauses, see *Gaskell, N., Asariotis, R., Baatz, Y.*, op. cit., 2000, London, LLP, Chapter 15.

80. In respect of climate risk disclosure requirements, see Recommendations of the Task Force on Climate Related Financial Disclosures (2017). <https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2021/10/FINAL-2017-TCFD-Report.pdf> see also US Security and Exchange Commission Proposed Mandatory Climate Risk Disclosures (2022). <https://www.sec.gov/news/press-release/2022-46>.

81. The *BIMCO Weather Routeing Clause for Time Charter Parties (2006)* reads: (a) *The Vessel shall, unless otherwise instructed by the Charterers, proceed by the customary route, but the Master may deviate from the route if he has reasonable grounds to believe that such a route will compromise the safe navigation of the Vessel.* (b) *In the event the Charterers supply the Master with weather routeing information, although not obliged to follow such routeing information, the Master shall comply with the*

INTERTANKO Open Sea Berth Clause (2011),⁸² as well as a bespoke clause proposed by the *Charterers' P&I Club*.⁸³ Contracting parties and industry organizations may wish to give some thought to the further development of relevant clauses, or consider whether adjustments to existing clauses would be warranted, to ensure a balanced and commercially sensible risk-allocation in the light of future weather and climate-related risks.

Safe port warranty - a case in point

While weather and climate-related operational disruptions, delay and risks to cargo may give rise to considerable losses that affect the commercial risk allocation as between two contracting parties, these would in many cases be dwarfed by the losses arising where a vessel is damaged or lost as a result of extreme weather events; relevant losses may amount to tens of millions of US dollars. In this context, the interpretation and application of the contractual safe port undertaking is of particular relevance and deserves special consideration.

Whenever a charterer has the right to nominate a port, whether under a time or voyage charterparty, it is typically under an express obligation to nominate a safe port.⁸⁴ As is well known, the classic definition of a safe port was provided by Sellers LJ, in *The Eastern City*.⁸⁵ Accordingly, "a port will

reporting procedure of that service. See <https://www.bimco.org/Contracts-and-clauses/BIMCO-Clauses>.

82. The *INTERTANKO Open Sea Berth Clause (2011)* reads: "If discharge Ravenna/ Falconara/ Fiumicino/ Ancona/ Gaeta/ Novorossiysk/ Santa Panaghia Bay/ Portugal/ Spanish Atlantic any delays due to bad weather to count in full as laytime or demurrage if on demurrage and any unberthing/ reberthing time and expenses to be for charterers' account." See <https://intertanko.com/info-centre/model-clauses-library>

83. See, Charterers P&I Club, *Swell Conditions at the Berth (2021)*, proposing a bespoke clause as follows: "Owners confirm they are familiar with swell conditions at [insert port] and with variable swell affecting this port. It is furthermore agreed that sea swell conditions do not render [insert port] an unsafe port for the purposes of this charter. Time lost during discharge arising out of swell conditions will not count towards laytime or time on demurrage". <https://www.themecogroup.co.uk/charterers-liability-insurance/publication/swell-conditions-at-the-berth/>

84. In the absence of an express clause to this effect, a relevant obligation may be implied in a time charterparty, if necessary to give business efficacy to the charter, see *The Evaggelos Th* [1971] 2 Lloyd's Rep. 200, confirmed by *The Evia* (No. 2) [1981] Lloyd's Rep 613; *The A.P.J Priti* [1987] 2 Lloyd's Rep. 37 (C.A.). Whether a safe port warranty will be implied in the context of a voyage charterparty is less straightforward. See *The Stork* [1955] 2 QB 68 and *The Reborn* [2009] 2 Lloyd's Rep 639, at para. 25 and 27 (per Lord Clarke).

85. [1958] 2 Lloyd's Rep 127, 131.

not be safe unless, in the relevant period of time, the particular ship can reach it, use it and return from it without, in the absence of some abnormal occurrence, being exposed to danger which cannot be avoided by good navigation and seamanship”.

Whether or not a port is safe is a question of fact, depending on the circumstances of each case.⁸⁶ In the *Eastern City* case, the vessel had been chartered for a winter voyage from “one or two safe ports in Morocco” to Japan. The charterers ordered the ship to load at Mogador, where she was driven onto rocks next to the anchorage by a strong gust of wind. It was held by the Court of Appeal that the port was unsafe because it was exposed to sudden gales in winter which tended to cause ships to drag their anchors in unreliable holding ground in the anchorage area.

Risks which can be avoided by good navigation and competent seamanship will not normally render a port unsafe. Thus, a port will not necessarily be unsafe if it is liable to the occasional storm, even though vessels may be required to leave it in the event of bad weather; however, adequate weather forecasts must be available and the conditions in the port must be such as to enable a competent master to take the necessary action to avoid the danger. As noted by Lord Denning, MR, in *The Khian Sea*,⁸⁷ in such circumstances, there were certain requirements which had to be met: “First there must be an adequate weather forecasting system.⁸⁸ Second, there must be an adequate availability of pilots and tugs. Thirdly, there must be adequate sea room to manoeuvre”. Also, temporary hazards such as high winds, neap tides or silting which could be avoided by the master waiting a reasonable time until the danger has passed would not be considered to make a port unsafe, unless the delay was inordinate, such as to frustrate the object of the charterparty.⁸⁹

86. See for instance *The Apiliotis* [1985] 1 Lloyd’s Rep. 255. However, the criteria which have to be applied in determining whether a port is a “safe port” are matters of law, see *The Polyglory* [1977] 2 Lloyd’s Rep. 353.

87. [1979] 1 Lloyd’s Rep 545 at 547.

88. *The Universal Monarch* [1988] 2 Lloyd’s Rep. 483.

89. In *The Hermine* [1979] 1 Lloyd’s Rep 212, a port on the Mississippi was not considered unsafe because the departure of the vessel was delayed by 21 days, due to fog and period silting of the river downstream. Although “commercially unacceptable”, the delay was not considered to be inordinate such as “to frustrate the adventure” (per Roskill, LJ. at p. 218).

Prior to the House of Lords decision in *The Evia* (No. 2),⁹⁰ there was a difference of opinion regarding the scope and nature of the undertaking.⁹¹ However, the view taken in *The Evaggelos Th*, according to which the obligation was “*limited to a warranty that the nominated port ... is safe at the time of nomination and may be expected to remain safe from the moment of a vessel’s arrival until her departure*”⁹² was favoured by the House of Lords, in *The Evia* (No.2) and has since become established. This approach links the undertaking to the inherent characteristics of the port, at the time of nomination, applying an objective test, irrespective of the charterers’ knowledge; however, the undertaking does not extend to ‘abnormal occurrences’ which were not within the reasonable expectations of the parties at the relevant time.

Thus, while the undertaking is considered to be strict (i.e., for independent of the charterer’s fault), it is neither absolute, nor continuing. The charterer will not be in breach of its obligation if the port, at the time of its nomination, is prospectively safe and expected to remain so, ‘in the absence of an abnormal occurrence’, during the time of its intended use.⁹³ If the port subsequently becomes unsafe due to an ‘abnormal occurrence’ and the vessel sustains damage or is lost as a result, the shipowner cannot recover the loss from the charterer, as there is no causality between a breach of the charterers

90. [1982] 2 Lloyd’s Rep 307.

91. On one view, it imposed on the charterer a strict contractual liability for all losses suffered by the shipowner resulting from unsafe conditions in the port, irrespective of whether these were foreseeable at the time of nomination; effectively this would amount to a continuing guarantee of the port’s safety during the period it was to be used, subject to ordinary rules of causation and remoteness. For a summary of case law in support of this view, see the judgment of Mustill, J. in *The Mary Lou* [1981] 2 Lloyd’s Rep 272.

92. *The Evaggelos Th* [1971] 2 Lloyd’s Rep 200 at 205, per Donaldson, J.

93. The shipowner is entitled to refuse a nomination if it is aware that the port is inherently unsafe. Indeed, the master may not enter ports that are obviously unsafe and then charge the charterers with damage done (as a matter of chain of causation). However, if the port is prospectively safe at the time of nomination, the charterer will not be in breach of its safe port undertaking and the shipowner must comply with charterers orders. If the circumstances change and the port becomes actually or prospectively unsafe to the knowledge of the charterer while the vessel is approaching or after it has berthed within the port, a secondary obligation may arise for a time charterer to cancel the original nomination and order the vessel out of the danger (provided this is still possible). However, as has been pointed out by *John Wilson* (*Carriage of Goods by Sea*, 2004, 5th ed.) the question arises how diligent the charterer is required to be in discovering any subsequent unexpected threat to the safety of the nominated port. Is the obligation to take avoiding action absolute or based on due diligence or on the actual knowledge of the charterer?

obligation and the loss sustained. The relevant commercial risk associated with an ‘abnormal occurrence’, therefore, falls on the shipowner and its insurers.

A key question arising in the present context is what is to be considered an ‘*abnormal occurrence*’ as concerns weather and climate-related hazards and risks which, as noted above, are expected to increase significantly?⁹⁴ More specifically: under which circumstances are losses sustained by a vessel approaching/entering/using/leaving a port as a result of extreme weather events⁹⁵ and associated dangers a risk attributable to the owner or need to be borne by the charterer? *Which of the two contracting parties is to bear the relevant risk and costs?*

The issue of what constitutes an ‘abnormal occurrence’ in the context of a loss due to a combination of extreme weather events was considered in some detail as part of the recent litigation in *The Ocean Victory*, including by the Supreme Court.⁹⁶

The litigation concerned a capesize bulk carrier which grounded whilst attempting to leave the Japanese port of Kashima during a storm in October 2006. The casualty, which gave rise to claim of close to US\$140 million,⁹⁷ resulted from the combination of two factors, namely: *the presence of long waves (and severe swell) in the port (which made it unsafe for the vessel to stay at the berth) at the same time as a northerly gale was blowing down the vessel’s only exit route (causing it to be unsafe for the vessel to leave the port), in circumstances where the port had carried out no risk assessment of that combination occurring.* The vessel eventually broke in two and became a wreck. Litigation ensued between those in the charterparty chain. One of the hull insurers, Gard, took an assignment of the rights of the vessel’s owners and demise charterers (both companies in the same group) in a claim against the time charterers (Sinchart and their sub-charterers, Daiichi) that the vessel had been ordered by the time charterers to an unsafe port in breach of charter. The claim for damages succeeded at first instance but the decision

94. At any rate, in the absence of timely and effective action on port adaptation.

95. Examples include, for instance, long-waves and associated swell, high winds, storm surges, fog, as well as flash floods and drought resulting in changes to estuarine water levels.

96. *Gard Marine and Energy Limited v. China National Chartering Company Limited and others (The Ocean Victory)* [2017] UKSC 35.

97. In addition to the market value of the vessel (US\$ 88.5 million), this included the cost of salvage services, wreck removal and loss of earnings.

was overturned by the Court of Appeal; a further appeal on specific issues was subsequently dismissed by the Supreme Court.

The events which led to the grounding and subsequent loss of the vessel and the central reasoning of the judge's decision at first instance are reflected in paras 127 and 128 of the judgment,⁹⁸ as follows:

"127. The danger facing OCEAN VICTORY was one which was related to the prevailing characteristics of Kashima. The danger flowed from two characteristics of the port, the vulnerability of the Raw Materials Quay to long swell and the vulnerability of the Kashima Fairway to northerly gales caused by a local depression. It may well be a rare event for these two events to occur at the same time but nobody at the port could, I consider, be surprised if they did. There is no meteorological reason why they should not occur at the same time. Long waves were clearly a feature of the port (as they must be of any port facing the Pacific) and low pressure systems generating gale force winds cannot, in my judgment, be regarded as abnormal. I do not consider that the juxtaposition of long waves and a low pressure system generating gale force winds from the north amounts to an abnormal occurrence unrelated to the characteristics of Kashima. Long waves may give rise to a need for a vessel to leave the port. It may be a matter of chance whether at that time there is also a low pressure system generating gale force winds from the north but I am unable to accept that such winds are so rare that they cannot be said to be a feature of the port. It is not without significance that the Guide to Port Entry notes that during periods of northerly swell the entry channel is fully exposed and that vessels at low speed generally have difficulty in steering.

128. It may be that the storm which affected the port on 24 October 2006 was one of the most severe storms to have affected Kashima in terms of severity, speed of deterioration and duration as suggested by Mr Lynagh's analysis of its characteristics. But the relevant characteristics are those which give rise to the danger, namely the occurrence of long waves and northerly gales. Neither long waves nor northerly gales can be described as rare. Even if the concurrent occurrence of those events is a rare event in the history of the port such an event flows from characteristics or features of the port."

This approach was rejected by the Court of Appeal⁹⁹ which overturned the decision, noting by way of ultimate conclusion on this issue: ¹⁰⁰

"63. In deciding whether the critical combination was itself a normal characteristic of the port or an abnormal occurrence, what the judge should

98. [2012] EWHC 2199 (Comm).

99. [2015] EWCA Civ 16.

100. [2015] EWCA Civ 16, at para. 63 per Longmore, LJ.

have done was to evaluate the evidence relating to the past frequency of such an event occurring and the likelihood of it occurring again. He should have also, in our view, have taken into account what appears to have been the unchallenged evidence [...] relating to the exceptional nature of the storm that affected Kashima on 24th October 2006 in terms of its rapid development, its duration and its severity. Had he done so, then, on the basis of his own finding that “the concurrent occurrence of those events was rare”, and on the basis of the evidence which we have summarised above, there would, in our view, have been only one conclusion which he could have reached - namely that the event which occurred on 24th October 2006 was indeed an abnormal occurrence.”

Thus, in contrast to the judge at first instance, the Court of Appeal considered the “*past frequency*” of the critical combination of extreme weather events leading to the loss in question material, and “*the likelihood of it occurring again*”.

The issue of whether there was a breach of the safe port undertaking finally came up for decision before the Supreme Court. In particular the following specific questions were agreed: “(1) *was the port unsafe within the meaning of the safe port undertaking, so that the charterers were in breach; or (2) was there an “abnormal occurrence” within the context of the safe port undertaking, which was no breach of the undertaking?*”¹⁰¹

The Supreme Court¹⁰² expressly agreed with the abovementioned conclusion of the Court of Appeal,¹⁰³ and held that the key was whether the “*critical combination*” was abnormal, even if both its constituent elements were separately characteristics of the port. The failure of the port to conduct a risk assessment and put in place a proper safety system to deal with the risk of that combination did not affect the answer to that question. As a result, there was no breach of the safe port undertaking and the loss sustained was not recoverable.

Due to the importance of the decision, the central reasoning of the Supreme Court on this issue as reflected in paras. 24-28 of the judgment¹⁰⁴ is worth setting out in full:

“24. First, the date for judging breach of the safe port promise is the date of nomination of the port. A safe port promise is not a continuing warranty.

101. [2017] UKSC 35, at para. 8.

102. [2017] UKSC 35.

103. Ibid, at para. 44, per Lord Clarke.

104. Per Lord Clarke, with whom on this issue the other Members of the Court agreed.

Second, the promise is a prediction about safety when the ship arrives in the future. These propositions are not in dispute. As I see it, such a promise necessarily assumes normality; given all of the characteristics, features, systems and states of affairs which are normal at the port at the particular time when the vessel should arrive, the question is whether the port is prospectively safe for this particular ship. If the answer is “yes unless there is an abnormal occurrence”, the promise is fulfilled. As Robert Goff J said at first instance in *The Evia* (No 2) [1981] 2 Lloyd’s Rep 613, 621, “the formulation of a test whether the port is unsafe must assume normality, and must therefore exclude danger caused by some abnormal occurrence.”

25. I would further accept [...] that on the authorities to which I have referred, safe port disputes should be reasonably straightforward. **Was the danger alleged an abnormal occurrence, that is something rare and unexpected, or was it something which was normal for the particular port for the particular ship’s visit at the particular time of the year?**

26. I would also accept the submission that this approach, that is the approach in *The Eastern City* as elaborated by Lord Roskill and Lord Diplock in *The Evia* (No 2), provides a coherent allocation of risk between the various interests as follows. The owners are responsible for loss caused by a danger which is avoidable by ordinary good navigation and seamanship by their master and crew. **The charterers are responsible for loss caused by a danger which was or should have been predictable as normal for the particular ship at the particular time when the ship would be at the nominated port and was not avoidable by ordinary good seamanship.** The owners (and ultimately their hull insurers) are responsible for loss caused by a danger due to “an abnormal occurrence”. As Lord Roskill put it at p 757E quoted above, **charterers are not insurers of “unexpected and abnormal risks”.** On the contrary, the charterparty terms require owners to take out hull insurance (as they will invariably do) which is their protection against rare and unexpected events. **On the charterers’ case on the facts, the characteristics of the port were such that the ship was prospectively safe, but they unexpectedly combined in a critical way such as to create an exceptional, and apparently unprecedented danger.** This was within the letter and spirit of Lord Roskill’s description of an unexpected and abnormal risk.

27. It is to my mind important to note the emphasis in the cases upon the meaning of the expression “abnormal occurrence”. I would accept the charterers’ submission in para 44(iii) of the Court of Appeal’s judgment that “abnormal” is something well removed from the normal. **It is out of the ordinary course and unexpected. It is something which the notional charterer or owner would not have in mind.**

28. In short, I would accept the charterers' submission that the first question is whether a reasonable shipowner in the position of the particular shipowner trading the ship for his own account and knowing the relevant facts would proceed to the nominated port. If the answer is "yes unless there is an abnormal occurrence", the port is prospectively safe for the particular ship and the promise is fulfilled. In a case where the vessel suffers loss or damage, a second question arises, namely whether there was damage caused by an abnormal occurrence as defined above." (Emphasis added)

Thus, the test was not whether the events which caused the loss were reasonably foreseeable. The key was whether that "*critical combination*" was "*abnormal*", even if both its constituent elements were separately characteristics of the port. While not necessarily unforeseeable, the combination of long waves/swell and gale force winds in the case in question was "*rare and unexpected*", rather than normal for the particular port and for the particular ship at the relevant time. As the "*critical combination*" was abnormal, the port was not prospectively unsafe. Accordingly, the Charterers were not in breach of the safe port warranty and the loss arising was not recoverable.

By way of "*postscript*", the judgment also makes it clear that "*the failure of the [...] port authority to carry out a risk assessment and put in place a proper safety system to deal with the risk of the two types of weather conditions [...] occurring at the same time*" was not considered material: "*while it may be relevant in some cases, the question remains whether the event (or in this case the combination of natural events) which led to this casualty was an abnormal and unexpected occurrence or not*".¹⁰⁵

The decision will be welcome by charterers and may make commercial sense in terms of confirming the established risk-allocation between charterers and shipowners: charterers are responsible for "*a danger which was or should have been predictable as normal*" but will not be held responsible for potentially extensive damage or loss of a vessel due to "*rare and unexpected*" extreme weather events, as these are considered abnormal. Relevant risks will instead have to be borne by shipowners and their mutual insurers, the P&I Clubs.

The question of how to determine what is normal, expected, out of the ordinary or likely to occur in future was not specifically addressed, but it appears to be made with reference to past experience and the predictability or probability of future recurrence. Abnormal in this context is "*something that the notional charterer or owner would not have in mind*". Charterers

105. *The Ocean Victory* [2017] UKSC 35, at para. 43, per Lord Clarke.

appear to be under no particular obligation to exercise due diligence in respect of the basis upon which to form a view; while known weather-related risks that have led to danger in the past are clearly material, the question of whether a port has carried out an assessment to determine the future risk of previously rare or unprecedented weather events occurring is not considered as particularly relevant. The risk of uncertainty is therefore firmly on the shipowner.

The Ocean Victory only deals with the question of whether the charterers or the owners should shoulder losses associated with ‘abnormal occurrences’ and in this specific context the rationale and reasoning underlying the decision may accord with the established commercial expectation of contracting parties. At the same time, the decision’s approach to the relevancy of risk-assessment and the absence of any clear (legal) expectation in this respect appear to be somewhat out of step with the changing risk landscape and seem to promote a collective ‘wait and see approach’, which is not desirable, in the light of significantly growing climate and weather-related risks. As highlighted earlier, extreme weather-events posing a danger to vessels in port, on their own or potentially in combination, are increasingly likely to become more frequent or severe under climate change than they have been in the past. *Therefore, past experience (such as e.g. the baseline 1-in-100 ESLs)¹⁰⁶ no longer serve to predict future exposure and risk.* The reasoning of the judge at first instance reflects this consideration, whereas that of the Court of Appeal and Supreme Court does not.

While future exposure is subject to uncertainty, it is in everyone’s interest to assess relevant risks and avoid future danger and associated losses (as well as related disputes), which may be extensive and could eventually become uninsurable. Rather than waiting for future risks and losses to materialize before becoming considered the new ‘normal’ (ex post facto), commercial parties - and commercial law - should be proactive in trying to guard against these. Multi-hazard risk assessments at facility-level, based on best available science and in line with latest available best practice and guidance, as well as appropriate targeted adaptation measures play an important role in reducing uncertainty and avoiding or mitigating future losses. As noted above, relevant legal requirements for climate-proofing in accordance with technical guidance are already in place for port infrastructure projects in the EU and EU funded projects in other countries; reporting requirements on

106. As illustrated in Figure 1, above, even at 1.5 °C global warming, - expected as soon as in the 2030s, ports in some regions of the world may face extreme sea levels of a magnitude so far expected to occur once a century, as often as every 1-10 years.

climate risk and vulnerability-assessment, as well as adaptation also apply to ports in the UK, under English Law.¹⁰⁷

The Supreme Court decision in *The Ocean Victory* is binding under English law and relevant for all contracts of carriage governed by English law, across global regions. According to the law as it stands, only extreme weather events which are ‘normal’ and ‘not rare’ for the port in question (at the relevant time of year and for the vessel concerned), i.e., occurrences which may be expected in line with past experience as posing a danger, will be considered as ‘characteristics’ of the port, making it prospectively unsafe. Thus, the growing risks of weather-related physical damage or loss of a vessel are likely to fall, in many cases, on shipowners and hull insurers. Industry associations and contracting parties may, however, consider developing contractual clauses which help to ensure the best possible knowledge base upon which decisions about fast growing weather-related risks are made.

4. Final remarks and key issues to note

As noted at the outset, the aim of this short contribution was to highlight the growing nexus between the increasing risks associated with climate change impacts on maritime transport, in particular ports and the application and further development of commercial maritime law and related contracts. While a comprehensive analysis of all the issues and legal implications arising has been beyond the scope of this contribution, the observations offered are intended to provide food for thought and to make the case for more detailed consideration of the issues raised with a view to adapting established approaches, as necessary and appropriate, in the light of changing circumstances and increase levels of preparedness.

Key points and messages to bear in mind include the following:

Ports are key nodes in global supply chains and critical for global trade and sustainable development but are at high and growing risk of climate and weather-related impacts. In the context of climate change, risk is a function of hazards, exposure and vulnerability. Key hazards, such as mean and extreme sea levels, are growing at an alarming rate. In the absence of effective adaptation, to reduce exposure and vulnerability, relevant risks may increasingly materialize, jeopardizing the integrity of transport networks across supply-chains and leading to significant damage, disruption and delay, as well as extensive related economic losses, business failures and costly

107. See <https://www.gov.uk/guidance/climate-change>.

and protracted legal disputes. This has implications for the performance of commercial contracts, as well as the rights, obligations and liabilities of contracting parties engaged in international transport and trade - and for insurance, both in terms of coverage, premiums and, ultimately insurability of losses. Related trade-related implications may also be considerable, threatening the sustainable development prospects of those most at risk. Financing and capacity-building is therefore going to be important and will be particularly critical for the most vulnerable countries and their ports.

In the light of long infrastructure planning horizons and lifespans, worsening climate projections, as well as the cost of inaction, timely adaptation action must be an urgent priority for governments, as well as for public and private entities with a stake in international transport and trade. While many ports are already increasingly facing extreme events which are exceptional, unprecedented or otherwise out-of-the ordinary, relevant industry surveys, among others, also suggest that there are important knowledge gaps and ports across regions and sizes are not as yet adequately prepared. Physical climate risks for ports translate into business risks. Considerations of these risks should therefore become mainstreamed into ordinary business operations and practices, as appropriate.

Multifaceted approaches to adaptation are required, including effective and well-considered technical measures and guidance as well as legal and regulatory frameworks that advance and assist in ensuring the climate-resilience of ports and other critical transport infrastructure. To be fit for purpose and avoid maladaptation, relevant measures, guidance and laws need to take into account the latest available scientific information and facilitate decision making under uncertainty.

A good understanding of relevant risks is going to be critical to avoid maladaptation and increase levels of preparedness. Multi-hazard climate risk and vulnerability assessments at facility level and appropriate adaptation measures, in line with best scientific evidence and latest available best practice and guidance are needed to enhance the climate-resilience of ports (and other key transport infrastructure) and to reduce, minimize and avert extensive economic losses arising in future.

Relevant legal obligations and related technical guidance aimed to assist in the climate proofing of new infrastructure, in line with internationally agreed commitments on resilience-building, adaptation and DRR, are already in place in some countries, notably in the EU, and may serve as useful examples of best practices, including for governments and industry stakeholders.

The risks of climate-related damage, disruption and delay to port infrastructure, port and ship-operations and their safety and the related implications for contractual rights and obligations deserve particular attention and need to be better understood, to minimize losses and help inform commercial contracting practice into the future. ‘The times they are a-changing’, and commercial parties, law and contracts need to adapt to better prepare for the future under climate change.

Judicial approaches to established legal concepts and their interpretation may need to develop further, to take into account a ‘new normal’ under a changing climate. To mitigate their exposure to potentially extensive commercial losses arising from climate and weather-related damage, delay and disruption, and avoid lengthy and costly disputes and litigation, contracting parties should review their contracts and, as appropriate, consider carefully worded specialist clauses that accommodate future risks and provide for a suitably balanced commercial risk allocation in the light of changing circumstances. Similar considerations arise in connection with other issues causing disruptions and delay, such as the pandemic and related response measures.¹⁰⁸

108. See in this respect for instance some recent substantive reports and training materials by UNCTAD on the commercial law implications of the COVID-19 pandemic and relevant clauses for contractual risk allocation, available at <https://unctad.org/ttl/legal> and at <https://unttc.org/stream/key-international-commercial-law-implications>.

The proposed extension of the EU-ETS to shipping - BIMCO's ETS - allowances (ETSA) clause for time charter parties 2022 filling a legal gap

Ellen J. Eftestøl

Professor of Law, BI Norwegian Business School
Adjunct Professor, Gothenburg University

1 Introduction

1.1 Background

On 14 July 2021 the Commission of the European Union (EU Commission) proposed to include shipping to the current European Union Emission Trading System (EU ETS). The inclusion will take place by amendments to the 2003 ETS-Directive (hereinafter EU ETS 2021 proposal),¹ as well as to the 2015 Regulation on monitoring, reporting and verification of carbon dioxide emissions from maritime transport, (hereinafter the MRV-regulation)² which are the two main legal instruments governing the inclusion of shipping to the EU-ETS.

On 8 February 2023 the Council and the Parliament reached an agreement on the final text for the extension of the EU-ETS through amendments to the 2003 EU ETS-directive, hereinafter the 2023 agreement.³

-
1. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757. COM(2021) 551 final 2021/0211 (COD).
 2. Regulation (EU) 2015/757 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of carbon dioxide emissions from maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC.
 3. The whole document (Interinstitutional Files 2021/0211 (COD) 2021/0202 (COD)) from the General Secretariat of the Council to the Delegations, 6210/23 is available on-line.)

Although embracing the idea of expanding the EU ETS to shipping, both the EU Parliament⁴ and the EU Council⁵ have proposed changes to the proposal, particularly related to the scope provision. Despite some discussion on the details, all three institutions agree that an extension of the EU ETS to shipping is a necessary step in order to fulfil the emission reduction target of the “Fit for 55” package.⁶ The reason is that shipping, due to its large dependence on fossil fuels, is considered a *major polluter*: Global shipping is estimated to be responsible for around 2-3 percent of total global greenhouse gas emissions. The situation is even worse at EU level where shipping accounts for 13% of emissions from transport.⁷ According to a study from the International Maritime Organisation (IMO); the Fourth IMO GHG Study 2020, emissions from shipping will continue to increase:⁸ Depending on the development in world markets related to the Covid19 pandemic, emissions are projected to increase from about 90% of 2008 emissions in 2018 to 90-130% of 2008 emissions by 2050.⁹ When the current EU ETS legislation was revised in 2018, it was predicted to deliver a 43% reduction of EU ETS emissions by 2030 compared to 2005. This would have been coherent with the previous target of at least 40% reduction by 2030 compared to 1990.¹⁰ However, according to the Commission, if the legislation would have remained unchanged the sectors covered by the EU ETS would achieve only a reduction of 51% compared with 2005, which is not satisfactory considering the new target of at least 55% reduction compared to 1990 levels. To reach the latter goal, the sectors covered by the EU ETS need an emission reduction of 61%.¹¹ If shipping was

4. Amendments adopted by the European Parliament on 22 June 2022 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757 (COM(2021)0551 - C9-0318/2021 - 2021/0211(COD))(1)

5. See the proposed changes by the Council to the 2003 directive of 30 July 2022: Dossier interinstitutionnel: 2021/0211(COD) 10796/22 pdf (europa.eu) p. 13. (Accessed 15 November 2022).

6. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS EMPTY ‘Fit for 55’: delivering the EU’s 2030 Climate Target on the way to climate neutrality. COM(2021) 550 final.

7. Ibid.

8. Smazzare, Reduction of GHG Emissions From Ships: Fourth IMO GHG Study 2020.

9. Ibid. at p. 6.

10. Ibid. p. 1.

11. Ibid.

left outside, this would be difficult to attain.¹² The EU ETS 2021 proposal accordingly contain the needed regulatory changes to include emissions from shipping to the system.

This Chapter outlines the *proposed* inclusion of shipping to the European Union's Emissions Trading System (EU-ETS) as of November 2022, as well as BIMCO's ETS – emission trading scheme allowance clause for Time Charter Parties 2022, which covers a legal gap on the very important question on who the *end payer* of the emission allowances under the proposed system will be.¹³ According to the present proposal, the *Shipping Company*, which is defined as the Shipowner or any other person that has assumed responsibility for the operation of the ship from the Shipowner, is responsible for compliance. However, according to the proposal and in line with the *polluter pays principle*, the Shipping Company could, by means of a contractual arrangement, hold the entity that is directly responsible for the decisions affecting the CO₂ emissions of the ship, normally the *Charterer*, accountable for the compliance costs. BIMCO's ETS-emission trading scheme allowance (ETSA) clause for Time Charter Parties 2022 offers such a contractual arrangement. The clause will be outlined below (3), following an introduction to the ETS system (1.2) and its extension to shipping (2).

1.2 The EU Emissions Trading System (ETS)

The EU Emissions Trading System (EU ETS) is defined as a cornerstone of the EU's policy to combat climate change and is considered a key tool for reducing greenhouse gas emissions cost-effectively.¹⁴ It is the world's first major carbon market and remains the biggest one. It currently covers around 40% of the EU's greenhouse gas emissions. The main legal instrument governing the EU ETS is the *ETS-Directive on establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union* from 2003 with its multiple amendments

12. Ibid.

13. This chapter builds on previous works by the author, in particular: Eftestøl, E. J.: "Fit for 55" and the Polluter Pays Principle. Who Pays under the proposed EU ETS for shipping? *European Transport Law* 2022 p. 111-125. See also: Eftestøl, E. J. & Yliheljo, E.: Paving the way for a European Emissions Trading System for shipping: EU and IMO on different paths in Soyer, B. & Tettenborn, A. (eds.), *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping*, Abingdon: Routledge, 2022 p. 175-193 and Eftestøl, E. J. & Yliheljo, E.: International Shipping - Who levels the playing field? in Basu Bal, A., Rajput, T., Argüello, G. and Langlet, D. (eds.), *Regulating Risk in Trade, Maritime Transport and Marine Environment* Brill, 2022/23 (In press).

14. COM (2021) 550 final (n1), at 2.2.

(hereinafter the ETS-Directive).¹⁵ The ETS-Directive provides a scheme for greenhouse gas emission allowances within the community, with the aim to promote reduction of greenhouse gases in a cost-effective and economically effective manner.¹⁶ It is a “cap and trade” system. This means that a cap, a maximum, is set for the total amount of certain greenhouse gases that can be emitted by the entities covered by the system.¹⁷ This maximum is reduced over a period so that the total emissions fall. Within the set maximum, the participants covered by the system can buy or receive emission allowances which they can trade with one another as needed. The fact that the total number of allowances available is capped ensures that they have a value. For the EU ETS to work it is important that the emissions can be measured, reported and verified with a high level of accuracy.

It is obligatory for the sectors covered by the directive to participate in the system. The entities subject to the ETS-Directive are named *installations* and the persons in charge are *operators*. According to the ETS-Directive art. 4 the operator of an installation needs a *permit* issued by a competent authority to legally undertake activities covered by the directive. This means that any person who operates or controls¹⁸ a stationary technical unit where the activities listed in Annex I and the emissions listed in Annex II of the ETS Directive, are carried out, needs to have a permit to perform the activity.¹⁹ The permit gives the operator allowance to emit. However, the right to emit is coupled to an obligation to surrender allowances equal to the total emissions of the installation each calendar year, within four months following the end of that year.²⁰ This means that the deadline for paying the emissions for 2023 is 30 April 2024 as an example. By surrendering allowances, the participants

15. DIRECTIVE 2003/87/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 October 2003 establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union and amending Council Directive 96/61/EC (Consolidated).

16. Ibid. art. 1.

17. Ibid. art. 3 (e).

18. Or, if provided for in national legislation, to whom decisive economic power of the technical functioning of the installation has been delegated, see ETS-directive (n13) art. 4.

19. The greenhouse gases and activities listed in Annex I and II to the ETS-directive include: *Nitrous oxide (N2O)* from production of nitric, adipic and glyoxylic acids, *glyoxal*; *perfluorocarbons (PFCs)* from production of aluminium and *carbon dioxide (CO2)* from electricity and heat generation, energy-intensive industry sectors including oil refineries, steel works, and production of iron, aluminium, metals, cement, lime, glass, ceramics, pulp, paper, cardboard, acids and bulk organic chemicals and commercial aviation within the European Economic Area.

20. ETS-directive (n13) art 6 (e).

compensate for their emissions from the previous year, concluding that year. It is a precondition for the system to work that the operator is capable of monitoring and reporting the emitted emissions. Guidelines for monitoring and reporting emissions is provided by the Commission and ensured by the Member States.²¹

An allowance means allowance to emit *one tonne of carbon dioxide equivalent* during a specified period, which shall be valid only for the purpose of meeting the requirements of the ETS-Directive and shall be *transferable*.²² The transferability provides a right to trade the allowances and is hence a precondition for the *cap-and-trade* system to work. The total amount of allowances, “the cap” under the ETS is set by the EU and divided between the Member States.²³ Allowances can thereafter be obtained through a mixture of free allowances and allowances acquired by auction. From 2021 onwards, 57% of the allowances are auctioned.²⁴ The Member States auction their allowances in accordance with the ETS Directive chapter II and the Auctioning Regulation.²⁵

According to the European Central Bank (ECB), the price on allowances has grown from 8 euro per tonne in 2018 to *around 40 euro per tonne in 2021* and is estimated to continue growing.²⁶ Auctions are held by auction platforms. One of the auction platforms is the European Energy Exchange AG (EEX), which serves as a joint auction platform for 25 Member States and separately as auction platforms for Germany and Poland respectively.²⁷ The highest carbon price during 2022 was on August 19, at 98.01 euros per metric ton.²⁸ The Member States are responsible for keeping a *registry* to ensure the accurate accounting of the issue, holding, transfer and cancellation of allowances.²⁹ It is important that the registers are *public*.³⁰ The Member State

21. Ibid. art. 14 and 15.

22. Ibid. art. 3 (a).

23. Ibid. art. 10.

24. Ibid. art. 10 nr. 1 second para.

25. COMMISSION REGULATION (EU) No 1031/2010 of 12 November 2010 on the timing, administration and other aspects of auctioning of greenhouse gas emission allowances pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council establishing a system for greenhouse gas emission allowances trading within the Union.

26. https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2021/html/ecb.ebbox202106_05-ef8ce0bc70.en.html (Accessed 05.04.2022).

27. European Energy Exchange AG (EEX) (Accessed 14.11.2022).

28. EU-ETS carbon pricing 2022 | Statista (Accessed 12.03.2023)

29. ETS-directive (n12) art 19 nr. 1.

30. ETS-directive (n13) art 19 nr. 1.

shall every year by 30 June report to the Commission on the application of the ETS-Directive and the Commission shall evaluate the system.³¹ The results are published in an annual (technical) report from the Commission. The latest report: *Application of the European Union Emission Trading Directive. Analysis of national responses under Article 21 of the EU ETS Directive in 2020* was published 25 May 2021.³² It considers the reports from all countries that have implemented the EU ETS. For the reporting year 2019 these were the 28 EU Member States, as well as Norway, Iceland and Liechtenstein, together 31 countries. The total emissions reported were approximately 1,500 Mt CO₂ (eq), which is almost 11% lower than the year before. Emissions from the 611 participating aircraft operators, with total emissions of almost 70 Mt CO₂, was however 0.7% higher than in 2018.³³

In line with the ETS Directive article 16, all countries have some form of *penalties* in place for different types of infringements. Most penalties concern *fin*es with a defined financial minimum or maximum,³⁴ but also *jail sentence* is used as a penalty.³⁵ In addition some countries provide the option to impose *penalties other than fines and jail sentences*. This can e.g., be an option to *shut down an installation* for a period.³⁶ All countries have a defined penalty for infringements such as not having a permit or not complying with permit conditions, not submitting an emission report and not monitoring in line with the approved monitoring plan. The fines for these categories are usually also higher than for other types of infringements.³⁷

31. Ibid. art 21.

32. *Ouden*es, *Machtelt*, *Iersel*, *Sjors van*, *Bystricky*, *Eliska* and *Voogt*, *Monique*: Application of the European Union Emission Trading Directive. Analysis of national responses under Article 21 of the EU ETS Directive in 2020. European Publication, 2021.

33. Ibid. p. 9.

34. The variation in fines among countries is high. Considering only defined minimum or maximum numbers larger than zero, the minimum fines range from €63 (Hungary, per day) to €75,000 (France) per infringement and the maximum ranges from €102 plus the allowance price (Liechtenstein, per tonne CO₂) to €16 million (Estonia). In some countries the size of fines also differs between the 14 types of infringements reported under Article 21. Ibid. p. 86.

35. Cyprus, Denmark, Estonia (for some infringements), Ireland, Luxembourg, Norway and Sweden (for some infringements) provide for the possibility of a jail sentence of up to 120 months for some or all types of infringements. France is the only country that has indicated a minimum jail sentence: a period of 12 months for operating without a permit or failure to comply with the conditions of the permit. Ibid.

36. In Greece the authorities have an option to shut down installations for a period between 5 to 20 days. Ibid.

37. Ibid.

2 Expanding the system to shipping

2.1 Scope: Maritime activity with an EU connection

According to the EU ETS 2021 proposal, the EU ETS will include *maritime transport activities*³⁸ for vessels calling at EU ports. The extension of the EU ETS to shipping includes a duty to *surrender allowances* as described above in 1.2. The EU ETS will cover not only intra-EU carbon emissions, but also emissions that occur *outside* the EU. This extraterritorial extension of the system rises both political and legal concerns. From a legal perspective, the question of whether the EU has *competence* to include emissions from third country vessels entering EU territory as regards CO₂ gases emitted outside the EU, arises. According to the decision of the European Union Court of Justice (EUCJ) in the ATA case “*Air Transport Association of America and Others v Secretary of State for Energy and Climate Change*” (Case C-366/10), the EU has such competence under EU law. Despite the fact that the case directly concerned the external dimension of a Directive from 2008 on including aviation to the EU ETS, the problem is parallel for shipping.³⁹ It seems also that an inclusion of CO₂ gases emitted outside the EU into the EU ETS for vessels calling at EU ports, does not violate public international law.⁴⁰

Another challenge related to the extraterritorial effect of an extension of the EU ETS to extraterritorial shipping, has been to decide *on the guiding principles for the extension*. The north-south division has been a longstanding challenge in context of the United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992 (UNFCCC) and must also be taken into concern when introducing a mandatory emission trading system to all vessels (within the scope of the

38. See the proposed change of Article 3: “(b) ‘emissions’ means the release of greenhouse gases from sources in an installation or the release from an aircraft performing an aviation activity listed in Annex I or from ships performing a maritime transport activity listed in Annex I of the gases specified in respect of that activity, or the release of greenhouse gases corresponding to the activity referred to in Annex III;”

39. See Directive 2008/101/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 amending Directive 2003/87/EC so as to include aviation activities in the scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community. For a thorough analysis, see *De Baere, Geert and Ryngaert, Cedric*, The ECJ’s Judgment in *Air Transport Association of America* and the International Legal Context of the EU’s Climate Change Policy in *European Foreign Affairs Review* Volume 18, Issue 3, 2013, pp. 389 - 409.

40. In this direction see: *Perez, Daniel*, The Inclusion of Shipping in the EU Emissions Trading Scheme: A Legal Analysis in the Light of Public International Law (October 30, 2012). *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. III, No. 2, pp. 1-55, 2012, Ch. 3. The article is available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2210858>.

system) calling at EU ports. The UNFCCC follows the principle of *Common but Differentiated Responsibilities and Capabilities*. The International Maritime Organization (IMO), however, follows the principle of “*No More Favourable Treatment*”.⁴¹ In order to comply with the praxis of the CJEU and the raised concerns related to the extraterritorial effect of the extension of the EU ETS to shipping, the Commission has chosen to follow the same guidelines as the UNFCCC and proposed a limited extension of the system: Only 50% of the emissions from voyages between a port under the jurisdiction of a Member State and a port under the jurisdiction of a third country (or the other way around) shall be included in the EU-ETS. This solution gives the third country a possibility to decide on appropriate action in respect of the other share of emissions.⁴² The solution also opens for other countries, like the US and China, to adopt similar systems.

Furthermore, the chosen scope model has caused concerns regarding *evasive port calls and delocalisation of transshipment activities outside the Union*.⁴³ The latter has been a concern from several stakeholders. Among others, the World Shipping Council (WSC) argues in a position paper on the EU ETS, that reducing the scope to intra-EU voyages would reduce the risk of *carbon leakage* and *market distortions*, making the system a stronger basis for the EU to lead on adoption of global market-based measures (MBMs) for shipping.⁴⁴ In its response to the Commission’s EU ETS 2021 proposal, the EU Council recognizes the risks mentioned above.⁴⁵ To mitigate the risks, the Council proposes to exclude from the concept of *port of call* certain stops at nonUnion

41. See: *Saiful Karim and Md S Karim*, Prevention of pollution of the marine environment from vessels: The potential and limits of the International Maritime Organisation (Springer, New York 2015). p.34

42. See the proposed article 3g on Scope of application to maritime transport activities: 1. The allocation of allowances and the application of surrender requirements in respect of maritime transport activities under the jurisdiction of a Member State and arriving at a port outside the jurisdiction of a Member State, fifty percent (50 %) of the emissions from ships performing voyage departing from a port outside the jurisdiction of a Member State and arriving at a port under the jurisdiction of a Member State, one hundred percent (100 %) of emissions from ships performing voyages departing from a port under the jurisdiction of a Member State and arriving at a port under the jurisdiction of a Member State and one hundred percent (100 %) of emissions from ships at berth in a port under the jurisdiction of a Member State.

43. EU ETS 2021 proposal (n 34) preamble at (17).

44. See: <https://www.worldshipping.org/statements/wsc-position-paper-on-eu-ets> (Accessed 07.04.2022).

45. See the proposed changes by the Council to the 2003 directive of 30 July 2002: pdf (europa.eu) p. 13. (Accessed 30. October 2022).

ports. The exclusion is targeted to ports in the Union's vicinity where the risk of evasion is the largest. According to the Council, a limit of *300 nautical miles* constitutes a proportionate response to evasive behavior, balancing the additional burden and the risk of evasion. Furthermore, the exclusion from the concept of port of call only targets ports where transshipment of containers, measured in twenty-four equivalent unite, exceeds 65% of the container traffic of that port during the most recent 12 month period for the port. The Commission shall by 31 December establish a list of the ports.⁴⁶

2.2 Phased in from 2023/24?

To ease the burden on the shipping companies and to ensure a smooth inclusion of shipping in the EU ETS, the obligation to surrender allowances is proposed to be *gradually phased-in* over the period 2024 to 2026, with shipping companies having to surrender 100 % of their verified emissions as of 2026.⁴⁷ According to the proposed new article 3ga, shipping companies shall be liable to surrender allowances according to the following schedule:⁴⁸

- (a) 40 % of verified emissions reported for 2024;
- (b) 70 % of verified emissions reported for 2025;
- (c) 100 % of verified emissions reported for 2026 and each year thereafter.

To the extent that fewer allowances are surrendered compared to the verified emissions from maritime transport for the years 2024 and 2025, a corresponding quantity of allowances shall be cancelled rather than auctioned pursuant to Article 10, once the difference between verified emissions and allowances surrendered has been established in respect of each year. The allowances will in other words be capped *and* limited.

2.3 The obligation: to report and surrender emissions

It has been paramount to the Commission to make the inclusion as easy on the industry as possible. The EU ETS 2021 proposal is therefore based on emissions already monitored, reported and verified under the MRV shipping Regulation from 2015,⁴⁹ under which the first reporting period started in January

46. See the 2023 Agreement 3g 1a (Accessed 13.03.2023).

47. Ibid article 3ga.

48. Is not likely that the above-mentioned schedule will be kept. At least one year delay is expected.

49. Regulation (EU) 2015/757 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 on the monitoring, reporting and verification of carbon dioxide emissions from

2018.⁵⁰ Both the Commission proposal as well as the MRV shipping regulation apply to commercial ships⁵¹ *above 5000 gross tonnage*.⁵² Smaller ships are exempted with reference to the cost efficiency principle.⁵³ In the 2023 agreement, the Council and Parliament agreed to extend the *physical scope* of both the MRV regulation and the EU ETS 2021 proposal. *Offshore vessels* of 5000 gross tonnage will be included in the MRV-system from 2025 and in the EU ETS from 2027. As regards smaller general cargo vessels and off-shore vessels, between 400-5 000 gross tonnage, they will be included in the MRV-system from 2025. This will prepare for an inclusion in the EU ETS, but no decision is made for such inclusion yet. According to the plan, the question will be reviewed in 2026, see the 2023 agreement, preamble 19(a).⁵⁴

Subject to the MRV shipping Regulation, GHG emissions from intra-EU voyages, incoming voyages from a non-Union port to a port within the Union, as well as outgoing voyages from a Union port to a non-Union port, must be monitored, verified and reported, irrespective of which flag the ships sail under.⁵⁵ The obligation applies when the ship stops to load or unload cargo or to embark or disembark passengers.⁵⁶ It includes information on CO emissions and

maritime transport, and amending Directive 2009/16/EC OJL 123/55 as amended by Commission Delegated Regulation (EU) 2016/2071 of 22 September 2016 amending Regulation (EU) 2015/757 of the European Parliament and of the Council as regards the methods for monitoring carbon dioxide emissions and the rules for monitoring other relevant information [2015] OJ L320/1 (MRV Shipping' (2015) 58 Official Journal of the European Union L123/55)

50. Ibid. art. 8.

51. Non-commercial ships, naval-auxiliaries, warships and fish-catching or -processing ships are excluded. Ibid. art 2.2.

52. Ibid. art. 2.

53. Ibid. The Exemption from the regulation can be extracted from art 2, which holds the scope of the regulation. According to art. 2.2 the Regulation does not apply to warships, naval auxiliaries, fish-catching or fish-processing ships, wooden ships of a primitive build (!), ships not propelled by mechanical means or government ships used for non-commercial purposes.

54. See also the 2023 Agreement Annex II (2021/0211 (COD)) - MRV p. 161. (Accessed 13. 03.2023)

55. Ibid. art. 2.1. "...from their last port of call to a port of call under the jurisdiction of a Member State and from a port of call under the jurisdiction of a Member State to their next port of call, as well as within ports of call under the jurisdiction of a Member State."

56. Ibid., art 3 (b); "[S]tops for the sole purposes of refuelling, obtaining supplies, relieving the crew, going into dry-dock or making repairs to the ship and/or its equipment, stops in port because the ship is in need of assistance or in distress, ship-to-ship transfers carried out outside ports, and stops for the sole purpose of taking shelter from adverse weather or rendered necessary by search and rescue activities are excluded."

other relevant information arising from the ships' voyages during a reporting period, which is normally one year.⁵⁷ Both the monitoring and the reporting must be complete and cover CO emissions from the combustion of fuels, while the ships are *at sea as well as at berth*. The aggregated emissions data should be submitted to the "administering authority" at company level and in line with Chapter II of the MRV shipping Regulation.⁵⁸

2.4 Information to be submitted to administrative authority

The emission report is to be submitted to the Commission and the authorities of the flag States involved by 30 April each year⁵⁹ in an electronic inspection database called THETIS.⁶⁰ THETIS is developed, maintained, and hosted by the European Maritime Safety Agency (EMSA). EMSA has developed a new module in THETIS, namely THETIS-MRV, enabling companies responsible for the operation of large ships using EU ports to report their CO₂ emissions under the MRV Shipping Regulation. THETIS-MRV includes a mandatory and a voluntary module. Through the mandatory module, companies will generate Emission Reports, which is assessed by Verifiers who issue an electronic *Document of Compliance* in the system.⁶¹

As of 2024 the Commission is to publish and regularly update *a list of shipping companies* covered by the Directive and their respective administering authority (Article 3gd). If the shipping company is registered in a Member State, the administering authority shall be the Member State.⁶² In other cases the Commission proposes that the Member State with the greatest estimated number of port calls from voyages performed by a shipping company not registered in a Member State in the last four monitoring years will be the administering authority, if falling within the scope set out in Article 3g.⁶³

Lastly, if the shipping company is *not registered in a Member State* and *did not carry out any voyage* falling within the scope set out in Article 3g in the preceding four monitoring years, the administering authority shall be the Member State from where the shipping company has started its first

57. Ibid. art. 9 and 11.

58. EU ETS 2021 proposal art 3gc.

59. MRV shipping regulation (n 49) art. 11(1).

60. See: <https://mrv.emsa.europa.eu/#public/eumrv> (Accessed 13.12.2021).

61. The system has been available from 7 August 2017 and can be reached at <https://mrv.emsa.europa.eu>.

62. Ibid. art 3gd 1 (a).

63. The 2023 agreement art3gd 1 (b).

voyage falling within the scope set out in Article 3g⁶⁴. Where appropriate, the responsible administering authority in respect of a shipping company shall be updated every fourth year. In order to ensure equal treatment of shipping companies, Member States should follow harmonised rules for the administration of shipping companies for which they have responsibility, in accordance with detailed rules to be established by the Commission. Member States should ensure that the shipping companies that they administer comply with the requirements of Directive 2003/87/EC.

2.5 Penalties for non-compliance

In the event that a shipping company *fails to comply* with the requirements, e.g. by missing the deadlines for surrendering emissions allowances, it runs the risk of triggering enforcement procedures according to the EU-ETS directive art. 16. The article sets out, as a starting point, that the *Member States* are responsible for laying down rules on penalties applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to the directive. The penalties must be effective, proportionate and dissuasive.⁶⁵

In addition to penalties decided on by the Member States, the directive imposes a penalty fee of 100 EUR on all responsible entities covered by the directive, including the *shipping company*, for each tonne of carbon dioxide equivalent emitted for which the responsible entity has not surrendered allowances.⁶⁶ This comes on top of the obligation to surrender an amount of allowances equal to those excess emissions when surrendering allowances in relation to the following calendar year.⁶⁷ Furthermore, the directive provides for a “*name-and-shame*” sanction. According to the proposed article 16 (2), “Member States shall ensure publication of the names of operators, aircraft operators and shipping companies who are in breach of requirements to surrender sufficient allowances under this Directive.”

As a last resort measure, the Commission proposes that the Member States should be able to *refuse entry* to the ships under the responsibility of the shipping company concerned, except for the Member State whose flag the ship is flying, which should be able to detain that ship.⁶⁸ A precondition in

64. Ibid. 3gd 1 (c).

65. Ibid. art. 16 (1).

66. Ibid. art 16 (3) which according to the EU ETS 2021 proposal art 16 (3)a also will apply to shipping companies.

67. Ibid.

68. Ibid.

both situations is that the shipping company has failed to comply with the surrender requirements for two or more consecutive reporting periods and other enforcement methods have failed. Also, the shipping company should be allowed to submit its observations before an expulsion order is issued or the ship is detained. When an exculpation order is issued, all Member States, except the Member State whose flag the ship is flying, shall deny the ship access to its ports, until the allowances are surrendered.⁶⁹ These rules, are however, overruled by international maritime rules applicable in the case of ships in distress.⁷⁰

3. The problem of allocating the costs

3.1 The proposal: The Shipping Company or Shipowner takes the cost

Both the MRV shipping regulation⁷¹ and the EU ETS shipping directive⁷² points out the “*shipping company*” as the entity responsible for monitoring and reporting the relevant parameters during the one-year reporting period. Until now this has been unproblematic, as there are no costs (to speak about) related to the registration process. This will of course change if (or when) shipping is included in the EU ETS and the obligation is not only to report the emissions, but also to surrender the allowances.

According to the proposed article 3 (v), the “shipping company” includes the “...shipowner or any other organisation or person, such as the manager or the bareboat charterer, that has assumed the responsibility for the operation of the ship from the Shipowner and that, on assuming such responsibility, has agreed to take over all the duties and responsibilities imposed by the *International Management Code for the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention*”, the so called ISM Code. The purpose of the ISM Code is to provide an international standard for the safe management and operation of ships and for pollution prevention⁷³ The ISM Code applies directly in the EU

69. Ibid. article 11a.

70. Ibid.

71. The MRV shipping regulation (n 49) article 3(d)

72. EU ETS 2021 proposal (n 34) article 3gb.

73. The ISM Code in its current form was adopted in 1993 by Resolution A.741(18) and was made mandatory with the entry into force, on 1 July 1998, of the 1994 amendments to the SOLAS Convention, which introduced a new chapter IX into the Convention. It has been amended several times thereafter.

through a regulation from 2006.⁷⁴ It requires that companies *establish safety objectives* as described in the Code and, in addition, *develop, implement and maintain a safety management system* which includes functional requirements as listed in the Code. The intention is that the ISM Code should support and encourage the development of a safety culture in shipping.⁷⁵

Normally the Shipowner allocates the responsibility for the ship to a Ship Management Company. This is done under a ship management agreement, such as SHIPMAN 2009, where the Ship Management Company assumes responsibility for the operation of the vessel.⁷⁶ Both the Shipowner as well as the Ship Management Company can in other words be considered as Responsible Shipping Company. The responsibility allocated to the Ship Management Company is however normally limited, leaving the commercial operation of the vessel to a third party, the Charterer, with the exemption of a bareboat charter party where the Charterer takes on both the technical and the commercial responsibility. Under a voyage or a time charter party, however, the Charterer oversees the commercial operation of the ship. Different charter parties provide the Charterer with different options and responsibilities. The time Charterer has quite wide authority and can use the vessel for almost any purpose and route. Under a voyage charter the authority of the Charterer is more limited as the voyage that the vessel will perform is agreed. In both situations, however, the Charterer will make all decisions on fuel, rout, speed and amount of cargo and/or passengers. This means that the person who decides on the parameters that influences on the amount and quality of fuels (and hence of emissions) spent by the vessel, and the person responsible for surrendering the allowances, will not always be the same. A solution that is not in line with the *polluter pays principle*. The Commission is aware of the problem and proposes that the issue is solved by contractual agreements.⁷⁷

74. Regulation (EC) No 336/2006 of the European Parliament and of the Council of 15 February 2006 on the implementation of the International Safety Management Code within the Community and repealing Council Regulation (EC) No 3051/05 (OJ L 64, 4.3.2006, p. 1).

75. See e.g. Resolution A.1118(30) Adopted on 6 December 2017 (Agenda item 9) REVISED GUIDELINES ON THE IMPLEMENTATION OF THE INTERNATIONAL SAFETY MANAGEMENT (ISM) CODE BY ADMINISTRATIONS at 1.1.

76. See SHIPMAN 2009 article 4 (b) where the ship manager undertakes to ensure compliance with the IMSCode.

77. See the EU ETS 2021 proposal, preamble at (20).

3.2 The Councils response

Also the EU Council agrees to this solution: (20a) and proposes, in line with the polluter pays principle, that “the shipping company should ... be entitled, under national law, to claim reimbursement for the costs arising from the surrender of allowances from the entity that is directly responsible for the decisions affecting the CO₂ emissions of the ship. While such a mechanism of reimbursement could be subject to a contractual arrangement, Member States should, to reduce administrative costs, not be obliged to ensure or control the existence of such contracts but should instead provide, in national law, a statutory entitlement for the shipping company to be reimbursed and the corresponding access to justice to enforce that entitlement. For the same reasons, this entitlement, including any possible conflict relating to the reimbursement between the shipping company and the entity operating the ship, should not affect the obligations of the shipping company vis-à-vis the administering authority nor the enforcement measures that might be necessary against such a company to ensure the full compliance with Directive 2003/87EC. This position was not changed in the 2023 agreement.

3.3. BIMCO’s contractual arrangement, the ETSA- Clause for Time Charter Parties

3.3.1 A duty to collaborate and share information

With its new ETS-Emission Trading Scheme Allowances (ETSA) Clause for Time Charter Parties 2022, BIMCO provides a contractual solution to the problems addressed above. The clause with comments can be found on BIMCO’s homepages.⁷⁸ According to BIMCO, the ETSA Clause follows the “*polluter-pays*” principle by ensuring the pass-through of ETS costs to the commercial operators of vessels - in this case, the time charterers. The fundamental principle behind the clause is that it requires both parties to the charter party to *cooperate and collaborate*.

This means that both the Owners and the Charterers agree to co-operate and *exchange all relevant data and information* necessary to facilitate compliance with “any applicable Emission Scheme”. An Emission Scheme is defined in the clause to include a “greenhouse gas emission trading scheme that regulate the issuance, allocation, trading or surrendering of emission allowances.” As stated in the clause, this obviously includes the EU-ETS. The data and

78. ETS - Emission Trading Scheme Allowances Clause for Time Charter Parties 2022 (bimco.org) (Accessed 21.10.2022)

information shared shall enable both the shipowners and the time charterer to calculate the amount of emission allowances to be surrendered to the relevant authorities in respect of the Vessel subject to the Charter Party. The Owners shall monitor and report the relevant greenhouse gas emissions of the vessel for verification by an independent verifier in accordance with the applicable emission scheme. For the EU-ETS this is stated in the MRV-regulation.⁷⁹ All information, including information on the aggregated emissions, shall be exchanged between the parties in a *timely manner* to facilitate compliance with the system.

As mentioned above, it is normally the shipowner who is responsible for surrendering allowances under the EU ETS. In line with the *polluter pays* principle, the ETSA-clause redirects this cost to the Charterer. According to the clause, the Shipowner must notify the Charterer, in writing and within the first seven days of each month of the quantity of Emission Allowances for the previous month.⁸⁰ The Owners' notifications shall include the relevant calculations and the data used to establish the quantities.

3.3.2 Charterers to pay for the allowances

Although it is the Shipowner who is responsible for monitoring, reporting and surrendering emissions under the MRV regulation, BIMCO's ETSA clause shifts the financial burden from the Shipowner to the Charterer. According to the clause C(i), "... the Charterers shall provide and pay for the Emission Allowances corresponding to the Vessel's emissions under the scope of the applicable Emission Scheme" throughout the Charter Party period. The money shall be transferred to an *account nominated by the Shipowners* within the seven days notification period mentioned above. If the estimated quantity is higher or lower than the actual quantity, any difference in Emission Allowances shall be transferred by the Charterers or returned by the Owners within 7 days of notification from the receiving party. Likewise, if the vessel is off-hire, the Charterers have the right to offset against any Emission Allowances that the Charterer otherwise would have been responsible for. The ETSA clause also gives the Charterers a right to claim the Owners to return already submitted Emission Allowances for the off-hire period.

If the Charterers fail to transfer allowances in accordance with the above (ETSA Clause c) the Owners have the right, according to clause d, after a 5 days' notice, to suspend the performance of any or all their obligations under

79. Above in 2.3 and 2.4.

80. ETSA-clause C (1).

the Charter Party, until the allowances are received in full by the Owners. The Vessel shall regardless of this be on hire and the Owners are exempted from any responsibility for the action taken. Furthermore, such action does not impact any other rights or claims that the Owners might have against the Charterer under the Charter Party.

4. Concluding remarks

Carbon dioxide certainly comes with a cost: Under the MRV regulation, the Shipowners are responsible for monitoring, reporting and verifying the emissions. With the proposed extension of the ETS-directive, they are also responsible for acquiring and surrendering allowances. The current price around 80 euros per emitted tonne CO₂ equivalents, indicates that this will be costly. Because it is the Charterers who make the operational decisions on a vessel and hence can impact the quantity of fuels consumed, the proposed solution is not in line with the *polluter pays principle*. The EU Council hence advises the parties to solve this unbalance by contractual solutions.

BIMCO's ETS – allowances (ETSA) clause for time charter parties fills the legal gap and provides a solution which shifts the financial burden off the cost of emissions to the Charterer. This is in line with the general rule for time charter parties that Charterers pay for the bunkers during the Charter Party period. Whether or not the solution also works as an incentive for the Shipowners to acquire climate smart vessels re-main to be seen.

And this is only the start: With the 2023 agreement the EU institutions decided to include non-CO₂ emissions (methane and N₂O) in the MRV regulation from 2024 and in the EU ETS from 2026. Yet, the 2023 agreement contains several modifications to consider geographical specificities. It proposes transitional measures for small islands, ice class ships and journeys relating to outermost regions and public service obligations. Certain member states with a relatively high number of shipping companies will in addition receive 3.5% of the ceiling of the auctioned allowances to be distributed among them, art. 3g(2).

However, there will be no free allowances for the shipping industry. Emissions allowances must be acquired by auction and surrendered to the national authorities from 2024. The revenues will be used for inter alia promotion of climate friendly transport and public transport in all sectors, see the preamble (17b) and art 10(3) of the 2023 agreement.

Σύγχρονοι ποινικοί κίνδυνοι για τη ναυτιλιακή επιχείρηση

Ιωάννης Ν. Ανδρουλάκης

Επ. Καθηγητής Νομικής Σχολής Αθηνών, Δικηγόρος¹

Εισαγωγή

Το θέμα της παρούσας συμβολής, οι «σύγχρονοι ποινικοί κίνδυνοι για τη ναυτιλιακή επιχείρηση», είναι ευρύτατο και δεν μπορεί ασφαλώς να εξαντληθεί στα στενά όριά της. Θα περιοριστούμε, έτσι, στα ζητήματα που εγείρονται στο πλαίσιο τριών πολύ διαφορετικών μεταξύ τους εγκληματικών συμπεριφορών, οι οποίες φαίνεται πράγματι να απασχολούν τελευταία περισσότερο την επικαιρότητα από τη σκοπιά του εκμεταλλευόμενου το πλοίο, λαμβάνοντας υπόψη τις πιο πρόσφατες νομοθετικές μεταβολές και τις εξελίξεις στη νομολογία. Τα εγκλήματα αυτά είναι η παραβίαση των οικονομικών κυρώσεων, η θαλάσσια ρύπανση και οι αξιόποινες συμπεριφορές που αναφύονται ενδεχομένως στο περιθώριο της πειρατείας.

1. Η ποινική ευθύνη για παραβίαση οικονομικών κυρώσεων

Το πιο επίκαιρο, ίσως, ζήτημα που απασχολεί τον ναυτιλιακό κόσμο είναι εκείνο των οικονομικών κυρώσεων που επιβάλλονται σε συγκεκριμένες χώρες, πρόσωπα ή οργανώσεις και των πιθανών ποινικών επιπλοκών τους για τα στελέχη ναυτιλιακών επιχειρήσεων που κατηγορούνται ότι τις παραβιάζουν. Όπως εξηγεί στην, δημοσιευόμενη ομοίως στον παρόντα τόμο, συμβολή του ο *Μανόλης Κωνσταντινίδης*, οι οικονομικές αυτές κυρώσεις μπορεί να επιβάλλονται είτε από συγκεκριμένα κράτη, όπως κατεξοχήν οι Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής (μέσω του περίφημου «OFAC-Office of Foreign Assets Control»), είτε από διεθνείς οργανισμούς που συντονίζονται κάποτε (αν και όχι πάντα) με τα κράτη αυτά, όπως το Συμβούλιο Ασφαλείας του ΟΗΕ (κατ' εφαρμογή του άρθρου 41 του Καταστατικού Χάρτη των Ηνωμένων Εθνών) και η Ευρωπαϊκή Ένωση (κατ' εφαρμογή των άρθρων 29 και 215 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης).

1. Ευχαριστώ θερμά τον Δικηγορικό Σύλλογο Πειραιά, την Οργανωτική Επιτροπή του Συνεδρίου και πρωτίστως την Πρόεδρό της, Καθηγήτρια κα Λία Αθανασίου, για την ιδιαίτερα τιμητική πρόσκληση να συμμετάσχω ως ομιλητής σε αυτό.

Η τελευταία εφαρμόζει ούτως ή άλλως όλες τις κυρώσεις που εγκρίνει το Συμβούλιο Ασφαλείας, μπορεί όμως να επιβάλει και ενισχυτικά περιοριστικά μέτρα ή μέτρα αποκλειστικά με δική της πρωτοβουλία, βρίσκεται δε σε συνεχή διάλογο με τα Ηνωμένα Έθνη για τον καλύτερο συντονισμό των ενεργειών των κρατών μελών της σε σχέση με τις επιβλητέες κυρώσεις.

Στόχος των κυρώσεων μπορεί να είναι η καταπολέμηση εγκληματικών πράξεων, όπως κατεξοχήν η τρομοκρατία, η αντιμετώπιση συστηματικών παραβιάσεων των ανθρωπίνων δικαιωμάτων ή η επιβολή αντιποίνων επί πράξεων προσάρτησης ξένων εδαφών ή ηθελημένης αποσταθεροποίησης μιας κυρίαρχης χώρας. Στις υπό συζήτηση κυρώσεις περιλαμβάνεται η δέσμευση των περιουσιακών στοιχείων των προσώπων ή οντοτήτων στις οποίες αφορούν (συμπεριλαμβανομένων χρηματοπιστωτικών μέσων, πλοίων ή φορτίων), περιορισμοί στην κίνηση και χρήση πλοίων ή τη μεταφορά συγκεκριμένων φορτίων (ιδίως καυσίμων), η απαγόρευση χρήσης λιμένων και λιμενικών εγκαταστάσεων από πλοία συγκεκριμένης σημαίας, η απαγόρευση διάπλου από εθνικά χωρικά ύδατα, περιορισμοί στην παροχή ορισμένων υπηρεσιών, όπως κατεξοχήν τραπεζικών, κ.ο.κ. Για την παράκαμψη των κυρώσεων χρησιμοποιούνται κατά καιρούς διάφοροι μέθοδοι, όπως η απενεργοποίηση ή χειραγώγηση του αυτόματου συστήματος ταυτοποίησης των πλοίων (Automatic Identification System-AIS), η φυσική αλλοίωση των στοιχείων ταυτότητας του πλοίου, η νόθευση των εγγράφων που αφορούν στο πλοίο και το φορτίο, οι μεταφορές από πλοίο σε πλοίο (Ship-to-Ship Transfers), η μεταπήδηση από σημαία σε σημαία κ.ο.κ. Τίθεται λοιπόν το ερώτημα, αν οι παραβάτες ή ενγένη τα πρόσωπα με συμμετοχή στην κυριότητα, τη διαχείριση ή τη ναύλωση του εμπλεκόμενου πλοίου διατρέχουν τον κίνδυνο κίνησης ποινικών διαδικασιών εναντίον τους. Υπάρχει σχετικό νομικό πλαίσιο στην Ελλάδα;

Η εφαρμογή των διεθνών κυρώσεων μπορεί καταρχάς να απασχολεί πρωτογενώς τις Ελληνικές διωκτικές αρχές. Πέραν δηλαδή των ενδεχόμενων ερευνών στις οποίες προβαίνουν για τον έλεγχο εφαρμογής των εγχώριων προσαρμοστικών διατάξεων, οι Ελληνικές αρχές επηρεάζονται και ευθέως από τα διεθνή όργανα ελέγχου της εφαρμογής τους, όπως κατεξοχήν την INTERPOL. Η τελευταία βρίσκεται σε στενή συνεργασία με τις επιτροπές κυρώσεων του Συμβουλίου Ασφαλείας των Ηνωμένων Εθνών. Ορισμένες από τις επιτροπές αυτές έχουν μάλιστα συνάψει ειδικές συμφωνίες με την INTERPOL που τους επιτρέπουν να εκδίδουν Ειδικές Αγγελίες εναντίον των προσώπων και οντοτήτων που υπόκεινται σε στοχευμένες κυρώσεις. Έτσι, υπάρχουν σήμερα ενεργές πάνω από 600 τέτοιες Αγγελίες που αφορούν σε μέτρα όπως η δέσμευση περιουσιακών στοιχείων και το στοχευμένο εμπάργκο όπλων. Επίσης, οι Ελληνικές ναυτιλιακές επιχειρήσεις και τα στελέχη τους ενδέχεται να υπόκεινται σε αιτήματα δικαστικής συνδρομής που αφορούν στην εφαρμογή ποινικών

διατάξεων ξένων κρατών ως μέσου για την επιβολή των οικονομικών κυρώσεων - πρόσφατα, για παράδειγμα, εκτελέστηκε από την Ανακρίτρια Χαλκίδας σχετικό αίτημα δικαστικής συνδρομής του Υπουργείου Δικαιοσύνης των Ηνωμένων Πολιτειών, αναφορικά με την κατάσχεση ιρανικού φορτίου πετρελαίου από πλοίο ευρισκόμενο στο λιμάνι της Καρύστου.²

Πέραν όμως αυτών, υπάρχουν και *εγχώριες* διατάξεις που επιτάσσουν την κινητοποίηση των οργάνων απονομής της ποινικής δικαιοσύνης στην Ελλάδα και προβλέπουν ποινικές συνέπειες ειδικά σε περίπτωση παραβίασης των κυρώσεων που επιβάλλονται από διεθνείς οργανισμούς. Μ' αυτές θα ασχοληθούμε στη συνέχεια:

1.1. Το άρθρο 43 Ν. 4557/2018 περί «Εφαρμογής κυρώσεων επιβαλλόμενων από διεθνείς οργανισμούς»

Μια πρώτη τέτοια διάταξη βρίσκεται στο άρθρο 43 του Ν. 4557/2018, δηλαδή του νόμου κατά της νομιμοποίησης εσόδων από εγκληματικές δραστηριότητες. Το άρθρο αυτό αφορά καταρχήν στις περιπτώσεις όπου επιβάλλεται με Αποφάσεις του Συμβουλίου Ασφαλείας των Ηνωμένων Εθνών ή με Αποφάσεις και Κανονισμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης η δέσμευση περιουσιακών στοιχείων συγκεκριμένων προσώπων και η απαγόρευση της παροχής σε αυτά χρηματοοικονομικών υπηρεσιών, για τον σκοπό της καταπολέμησης της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας. Από το 2011, όμως (ως συνέπεια του άρθρου 6 του Ν. 3932/2011 που αντικατέστησε το άρθρο 49 του προΐσχυσαντος Ν. 3691/2008), η συγκεκριμένη διάταξη ισχύει και για την εφαρμογή του μέτρου της δέσμευσης περιουσιακών στοιχείων που επιβάλλεται για άλλους, πλην της καταπολέμησης της χρηματοδότησης της τρομοκρατίας, λόγους, όπως καθορίζονται στις προαναφερθείσες Αποφάσεις ή Κανονισμούς. Για την εφαρμογή των σχετικών κυρώσεων, ύστερα από την ένταξη των Αποφάσεων ή Κανονισμών στην Ελληνική έννομη τάξη, προβλέπεται συγκεκριμένη διαδικασία διαβίβασής τους στην Β' Μονάδα της Αρχής, η οποία τηρεί αναλυτικούς καταλόγους των κατονομαζόμενων προσώπων - ο καθένας μπορεί να δει τους καταλόγους αυτούς στην ιστοσελίδα της Αρχής -, ενημερώνει τα υπόχρεα πρόσωπα και τις εποπτεύουσες αρχές, ζητεί την διεξαγωγή ερευνών για τον εντοπισμό των υπό δέσμευση περιουσιακών στοιχείων και παρέχει οδηγίες για την ανίχνευση και τον διαχωρισμό τους. Το σημαντικότερο δε, η απόκρυψη της ταυτότητας ή της ύπαρξης επιχειρηματικής σχέσης ή όλων ή

2. Διάταξη υπ' αριθ. 17/2022 (αδμ.). Στη συγκεκριμένη υπόθεση, που προσέλαβε ευρεία δημοσιότητα, έγιναν τελικά δεκτές, κατ' άρθρο 459 παρ. 4 ΚΠΔ, αντιρρήσεις της θιγόμενης εταιρείας κατά της εκτέλεσης (ΣυμβΕφΕυΒ 1/2022, αδμ. και ΑΠ 1057/2022, αδμ.).

μέρους των περιουσιακών στοιχείων των προσώπων στα οποία αφορούν οι κυρώσεις, ή η άρνηση δέσμευσης των περιουσιακών αυτών στοιχείων, δεν επισύρει μόνο διοικητικές κυρώσεις, αλλά είναι και ποινικό αδίκημα που τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι 10 ετών και με χρηματική ποινή από 10.000 μέχρι 500.000 ευρώ, ενώ η εξ αμελείας τέλεση τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι 2 ετών και με χρηματική ποινή από 5.000 μέχρι 200.000 ευρώ.

Πρόκειται για βαριές ποινικές κυρώσεις. Από την άλλη, όμως, πλευρά, το αδίκημα αυτό αφορά μόνο σε παραβάτες που συγκαταλέγονται στα υπόχρεα φυσικά πρόσωπα υπό την έννοια του άρθρου 5 του Ν. 4557/2018, ή στα στελέχη και τους υπαλλήλους υπόχρεων φυσικών ή νομικών προσώπων, πράγμα που στενεύει ιδιαίτερα την εφαρμογή του και μειώνει τη σημασία του καθόσον αφορά στις ναυτιλιακές επιχειρήσεις.

1.2. Το άρθρο 458Α π. ΠΚ, πλέον 142Α νέου ΠΚ περί «Παραβάσεων κανονισμών της Ευρωπαϊκής Ένωσης»

Αντιλαμβανόμενος ο Νομοθέτης την ύπαρξη κάποιου (πράγματι υπαρκτού)³ κενού στην παρεχόμενη ποινική προστασία, προχώρησε το 2013 στην εισαγωγή μιας δεύτερης, συμπληρωματικής της προηγούμενης διάταξης, με όχημα τον (τελείως άσχετο) Ν. 4205/2013 που αφορούσε στην εισαγωγή του μέτρου της ηλεκτρονικής επιτήρησης υποδίκων και καταδίκων. Με το άρθρο 8 παρ. 3 του νόμου αυτού εισήχθη στον Ποινικό Κώδικα και ειδικότερα στο 27ο Κεφάλαιο με τις τελικές διατάξεις, ένα νέο άρθρο 458Α, με τίτλο «Παραβάσεις κανονισμών της Ε.Ε.». Στη συνέχεια, με τον νέο Ποινικό Κώδικα που τέθηκε σε ισχύ την 1η Ιουλίου 2019, ο νομοθέτης κατήργησε το 26ο και το 27ο Κεφάλαιο του προϊσχύσαντος Κώδικα, που περιελάμβαναν σχεδόν αποκλειστικά πταίσματα, και μετέφερε την νεοπαγή διάταξη του άρθρου 458Α στο άρθρο 142Α νέου ΠΚ, όπου και βρίσκεται μέχρι σήμερα.

Σύμφωνα με την εν λόγω διάταξη, η παραβίαση από οποιονδήποτε των κυρώσεων που επιβάλλονται σε βάρος προσώπων ή οντοτήτων μέσω ενωσιακών Κανονισμών - οι οποίοι, ως γνωστόν, είναι άμεσα εκτελεστοί ήδη με τη δημοσίευσή τους στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης - συνιστά πλημμέλημα που τιμωρείται με φυλάκιση μέχρι δύο ετών. Η υπό συζήτηση δε κύρωση προβλέπεται ότι μπορεί να επιβληθεί και επί παραβάσεων που τελούνται στο εξωτερικό από Έλληνες υπηκόους, ακόμα και σε περιπτώσεις μη πλήρωσης της προϋπόθεσης του αξιοποίνου της πράξης κατά το δίκαιο του τόπου τέλεσης, όπως προβλέπει κανονικά το άρθρο 6 του Ποινικού Κώδικα.

3. Βλ. και ΑναφΕισΠλημΘεσ Α93/1725/1993, Υπερ 1993, σελ. 1199.

1.3. Ο Α.Ν. 92/1967 «περί εφαρμογής Αποφάσεων του Συμβουλίου Ασφαλείας των Ηνωμένων Εθνών και περί εγκρίσεως και εφαρμογής Συστάσεων του Συμβουλίου Ασφαλείας και της Γενικής Συνελεύσεως»

Τέλος, υπάρχει και μια τρίτη διάταξη που έχει ποινικό ενδιαφέρον, σε έναν παλαιότερο νόμο, τον Αναγκαστικό Νόμο 92/1967. Ο νόμος αυτός προβλέπει τη διαδικασία ένταξης στην Ελληνική έννομη τάξη των Αποφάσεων του Συμβουλίου Ασφαλείας που αφορούν στην ολική ή μερική διακοπή των οικονομικών σχέσεων με κάποια χώρα. Η ένταξη γίνεται μέσω της έκδοσης Προεδρικού Διατάγματος που εξειδικεύει ενδεχομένως τις απαγορεύσεις και καθορίζει τα απαιτούμενα προς εκτέλεση μέτρα. Η έκδοση του Προεδρικού Διατάγματος γίνεται, αφού πρώτα οι Αποφάσεις δημοσιευθούν στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως από τον Υπουργό Εξωτερικών - η διαδικασία δε αυτή έχει εφαρμοσθεί έκτοτε εκατοντάδες φορές. Σύμφωνα με το άρθρο 2 Α.Ν. 92/1967, οι παραβάτες τιμωρούνται με ποινή φυλάκισης μέχρι 5 ετών ή με χρηματική ποινή, ως παραβάτες δε θεωρούνται εκ του νόμου όλοι όσοι καθ' οιονδήποτε τρόπο συνδέονται με απαγορευμένες συναλλαγές ή ενέργειες. Επίσης - και αυτό έχει ίσως μεγαλύτερο ενδιαφέρον - τα εμπορεύματα που διέρχονται από την Ελλάδα κατά παράβαση των εκδοθέντων Διαταγμάτων, καθώς και τα χρησιμοποιηθέντα μεταφορικά μέσα κατάσχονται, εφόσον οι ιδιοκτήτες τους τελούσαν σε γνώση της απαγορευμένης μεταφοράς.

Οι διατάξεις αυτές εφαρμόζονται μόνο σε συγκεκριμένες περιπτώσεις όπου τα Ελληνικά δικαστήρια έχουν ποινική εξουσία, ήτοι όταν η παράβαση των οικονομικών κυρώσεων, λ.χ. η απαγορευμένη μεταφορά φορτίων, γίνεται «από το Ελληνικό έδαφος ή από Έλληνες υπηκόους εκτός του Ελληνικού εδάφους ή με τη χρήση σκαφών που φέρουν την Ελληνική σημαία» και συντρέχουν κατά τα λοιπά οι προϋποθέσεις των άρθρων 5 επ. ΠΚ. Έχουν δε εφαρμοσθεί αρκετές φορές στο παρελθόν, για παράδειγμα την περίοδο 1992-1994 επί πλοίων που κατελήφθησαν στον Ελληνικό χώρο να μεταφέρουν φορτία από την πρώην Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γιουγκοσλαβίας κατά παράβαση των κυρώσεων που είχαν επιβληθεί τότε από το Συμβούλιο Ασφαλείας του ΟΗΕ και είχαν επικυρωθεί με το Π.Δ. 234/1992.⁴ Ωστόσο, είναι αλήθεια ότι η επιρροή τους στην πράξη παραμένει μάλλον περιθωριακή - δεν είναι τυχαίο ότι και ο ίδιος ο Έλληνας Νομοθέτης, όταν επεχείρησε να εισαγάγει την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 458Α ΠΚ, είχε συμπεριλάβει αρχικά στο πεδίο εφαρμογής της και τις Αποφάσεις του Συμβουλίου Ασφαλείας του ΟΗΕ, ξεχνώντας

4. Βλ. ΣυμβΠλημΘεσ 1119/1993, Υπερ 1994, σελ. 120 και ΣυμβΠλημΘεσ 2036/1993, Υπερ 1994, σελ. 123 (με Παρατηρήσεις και για τα δύο Βουλεύματα Παύλου, 124)- ΣυμβΠλημΘεσ 245/1994, ΠοινΧρ ΜΔ' (1994), σελ. 867.

ότι υπήρχε ήδη ο Α.Ν. 92/1967 - μόνο την τελευταία στιγμή, κατά τη συζήτηση στη Βουλή, το θυμήθηκε και περιόρισε τη διάταξη στους Κανονισμούς της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

2. Η ποινική ευθύνη λόγω θαλάσσιας ρύπανσης

Ένα δεύτερο πεδίο στο οποίο οι ποινικοί κίνδυνοι εμφανίζονται αυξημένοι τα τελευταία χρόνια, αφορά στη θαλάσσια ρύπανση και την υποβάθμιση του θαλασσίου περιβάλλοντος.⁵ Το γεγονός αυτό έχει να κάνει και με την πολύ έντονη δραστηριοποίηση του ποινικού νομοθέτη στο εν λόγω πεδίο, που χαρακτηρίζεται από την τάση για την όσο το δυνατόν πληρέστερη αντιμετώπιση των προσβολών αυτού του είδους. Μια τέτοια τάση εκδηλώθηκε ήδη από πολύ νωρίς σε χώρες όπως οι Ηνωμένες Πολιτείες, για να εξαχθεί στη συνέχεια και παραπέρα, με την υπογραφή και κύρωση μιας σειράς διεθνών συμβατικών κειμένων που δεσμεύουν και τη χώρα μας. Κάποια από αυτά είναι λ.χ. η Σύμβαση του Λονδίνου του 1972 «περί προλήψεως της ρυπάνσεως της θαλάσσης εξ απορρίψεως καταλοίπων και άλλων υλών» (Ν. 1147/1981), η Σύμβαση του Λονδίνου του 1973 «περί προλήψεως της ρυπάνσεως της θαλάσσης από πλοία» (MARPOL, Ν. 1269/1982), η Σύμβαση της Βαρκελώνης του 1976 «περί προστασίας της Μεσογείου Θαλάσσης εκ της ρυπάνσεως» (Ν. 855/1978), η Σύμβαση του Λονδίνου του 1990 «για την ετοιμότητα, συνεργασία και αντιμετώπιση της ρύπανσης της θάλασσας από πετρέλαιο» (Ν. 2252/1994), η Σύμβαση του Montego Bay του 1982 για το Δίκαιο της Θάλασσας (Ν. 2321/1995), και το σημαντικότερο ίσως κείμενο, καθόσον αφορά στο ποινικό σκέλος του ζητήματος, η Οδηγία 2005/35/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 7ης Σεπτεμβρίου 2005 με τον τίτλο «ρύπανση από πλοία και θέσπιση κυρώσεων για την περίπτωση παραβάσεων», η οποία τροποποιήθηκε με την Οδηγία 2009/123/ΕΚ της 21ης Οκτωβρίου 2009. Οι Οδηγίες αυτές και οι αυστηρές προβλέψεις που περιέχουν - σημειωτέον ότι προσδιορίζουν ειδικά τις πράξεις που πρέπει να αναχθούν σε αδικήματα από τις εθνικές νομοθεσίες - έχουν και ειδικό Ελληνικό ενδιαφέρον, αφού την αφορμή για την υιοθέτησή τους απετέλεσε, μεταξύ άλλων, το περίφημο ναυάγιο του Ελληνικής ιδιοκτησίας πετρελαιοφόρου Prestige το 2002, το οποίο προξένησε σοβαρά περιβαλλοντικά προβλήματα κυρίως σε παράκτιες περιοχές της Γαλλίας, της Ισπανίας και της Πορτογαλίας. Τότε, υπό την πίεση της κοινής γνώμης και των ΜΜΕ, τα Ευρωπαϊκά όργανα θέλησαν να εκφράσουν με δυναμικότερο τρόπο

5. Βλ. ήδη *Η. Αναγνωστόπουλου*, Η ποινική προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος, Πρακτικά του Ε' Πανελληνίου Συνεδρίου της Ελληνικής Εταιρείας Ποινικού Δικαίου, 1996, σελ. 81 επ.· *Δημητράτου*, Το πρόβλημα των ποινικών κυρώσεων για τη θαλάσσια ρύπανση, *ΠοινΧρ ΝΔ'*, 2004, σελ. 1062 επ.

απ' ότι είχε γίνει σε άλλες συμβάσεις, όπως την MARPOL, την βούλησή τους να αντιμετωπιστούν με αυστηρότητα στο μέλλον τέτοιου είδους περιστατικά.⁶ Ομοίως, και σε διεθνές επίπεδο, κυριάρχησε μια πιο επιθετική αντιμετώπιση της θαλάσσιας ρύπανσης με τα μέσα του ποινικού δικαίου, με χαρακτηριστικά παραδείγματα Ελληνικού ενδιαφέροντος τις υποθέσεις του Nissos Amorgos το 2000 στη Βενεζουέλα και του Tasman Spirit το 2003 στο Καράτσι του Πακιστάν.

Στην Ελλάδα η κινητικότητα αυτή κατέληξε στην δημιουργία ενός περίπλοκου νομικού πλαισίου, το οποίο τείνει να καλύψει κάθε πτυχή παράνομης δραστηριότητας με όλο και βαρύτερες ποινές. Είναι χαρακτηριστικό για την εξέλιξη αυτή, ότι η πρώτη ειδική ποινική διάταξη για την θαλάσσια ρύπανση, το άρθρο 235 παρ. 2 ΚΑΝΔ, προέβλεπε σε βάρος πλοίαρχου ή μέλους του πληρώματος που ενεργούσε ρύπανση της θάλασσας με πετρελαιοειδή ή παρέλειπε να λάβει μέτρα προς αποφυγή τέτοιας ρύπανσης, μόνο φυλάκιση μέχρι ενός έτους, δηλαδή μια μικρή πλημμεληματική ποινή, επί της οποίας σε κάθε περίπτωση θα δινόταν αναστολή ή θα μετετρέπετο σε ένα μικρό πρόστιμο. Η διάταξη αυτή είναι ακόμα σε ισχύ, έχει όμως πια ξεπερασθεί και αντικατασταθεί εν τοις πράγμασι από νεώτερες, πολύ λεπτομερέστερες και αυστηρότερες ως προς την ποινική μεταχείριση του δράστη, διατάξεις. Αυτές είναι: α) ο Ν. 743/1977 «περί προστασίας του θαλασσίου περιβάλλοντος», ο οποίος αφορά γενικά στην πρόκληση θαλάσσιας ρύπανσης, β) ο ακόμα γενικότερος Ν. 1650/1986 «για την προστασία του περιβάλλοντος», που αφορά σε κάθε λογής ρύπανση ή υποβάθμιση του περιβάλλοντος, θαλασσίου ή μη, γ) ο Ν. 3199/2003 περί «προστασίας και διαχείρισης των υδάτων», που παραπέμπει στην εφαρμογή των ποινικών διατάξεων του προηγούμενου νόμου για τις περιπτώσεις ρύπανσης ή υποβάθμισης υδάτων, συμπεριλαμβανομένων των παράκτιων υδάτων, και το κυριώτερο δ) ο Ν. 4037/2012, με τον οποίο ενσωματώθηκαν οι προαναφερθείσες Οδηγίες και ο οποίος αφορά ειδικά στις προσβολές του θαλασσίου περιβάλλοντος από τις απορρίψεις συγκεκριμένων ρυπογόνων ουσιών από πλοία.⁷

Ας δούμε, λοιπόν, εν τάχει τι ισχύει, απαντώντας στα βασικά ερωτήματα που πρέπει να απασχολούν τις ναυτιλιακές επιχειρήσεις.

6. Βλ. σχετικά *Συμεωνίδου-Καστανίδου*, Ποινική καταστολή της θαλάσσιας ρύπανσης: Η μεταφορά της Οδηγίας 2005/35/ΕΚ στο ελληνικό δίκαιο, Νόμος & Φύση 2009, www.nomosphysis.org.gr καθώς και της *ιδίας*, Θαλάσσια ρύπανση από τα πλοία: Οι αποφάσεις του ΔΕΚ και η σημασία τους για το ποινικό δίκαιο, ΠοινΔικ 12, 2009, σελ. 199 επ.

7. Για τους νόμους αυτούς και τις μεταξύ τους συρροές βλ. περισσότερα *Παύλου/Σάμιου/Μοροζίνη*, Ειδικό ποινικό δίκαιο, Περιβάλλον ΙΙΙ, 2012.

2.1. Τι τιμωρείται;

Ως αξιόποινες πράξεις θεωρούνται καταρχήν, σύμφωνα με τον Ν. 4037/2012, οι απορρίψεις ρυπογόνων ουσιών από εμπορικό πλοίο, εφόσον αυτές συνεπάγονται υποβάθμιση της ποιότητας του θαλάσσιου ύδατος. Όπως είναι αντιληπτό, για την στοιχειοθέτηση του εγκλήματος δεν είναι αρκετή η απόρριψη ρυπογόνων ουσιών, αλλά απαιτείται επιπλέον η απόρριψη να συνεπάγεται υποβάθμιση της ποιότητας του θαλάσσιου ύδατος, σοβαρή ή μη. Δεν συνιστούν λοιπόν αξιόποινη συμπεριφορά οι μικρές σημασίας απορρίψεις, οι οποίες δεν προκαλούν τέτοια υποβάθμιση. Όταν, όμως, οι μικρές σημασίας απορρίψεις επαναλαμβάνονται και, *συνολικά* εκτιμώμενες, καταλήγουν σε υποβάθμιση της ποιότητας του θαλάσσιου ύδατος, τότε αξιολογούνται ως αξιόποινη συμπεριφορά, εφόσον βρίσκονται σε τοπική και χρονική εγγύτητα που επιτρέπει την συνολική αξιολόγησή τους, και ο δράστης έχει ενότητα δόλου. Στόχος της ρύθμισης αυτής είναι να αποτραπούν περιπτώσεις, όπου οι υπαίτιοι προτιμούν να προβαίνουν σταθερά σε μικρές κλίμακας ρύπανση, επειδή εκτιμούν ότι θα αποβεί φθηνότερη γι' αυτούς η καταβολή ενός ενδεχόμενου διοικητικού προστίμου από τη συμμόρφωση προς τη σχετική νομοθεσία.

Για την ρύπανση από πλοία απαιτείται, σύμφωνα με τον Ν. 4037/2012, πρόθεση ή βαριά αμέλεια (ενσυνείδητη αμέλεια και βαριά ασυνείδητη αμέλεια), αυτό που λέγεται στα αγγλικά «recklessly or with serious negligence». Επομένως, δεν είναι ποινικό αδίκημα πράξεις ρύπανσης που οφείλονται σε ελαφρά ασυνείδητη αμέλεια - μια τυποποίηση, σημειωτέον, που για πρώτη φορά εισήχθη με τον τρόπο αυτόν στο ελληνικό ποινικό δίκαιο. Ως βαριά αμέλεια νοείται εκείνη που εμπεριέχει ασυνήθιστα μεγάλη απόκλιση από τη συμπεριφορά του μέσου επιμελούς ανθρώπου. Χρειάζεται, λοιπόν, εδώ αξιολόγηση της έκτασης της εκάστοτε απόκλισης, κάτι που σε πρακτικό επίπεδο δημιουργεί αβεβαιότητα και αφήνει περιθώριο για καταχρήσεις, αφού η σοβαρότητα των συνεπειών για το περιβάλλον και η πίεση της κοινής γνώμης δεν αποκλείεται να γείρουν τη ζυγαριά προς την αποδοχή της ύπαρξης βαριάς αμέλειας, και άρα τον ποινικό κολασμό.

Ρητά εξαιρούνται, εξάλλου, και δεν αποτελούν αξιόποινη συμπεριφορά:

- οι ελεγχόμενες απορρίψεις ρυπογόνων ουσιών (πετρελαίου, πετρελαιοειδών μιγμάτων, επιβλαβών υγρών ουσιών, υδάτινου έρματος, αποπλυμάτων δεξαμενών), που καλύπτουν συγκεκριμένους όρους και προδιαγραφές της MARPOL ή γίνονται (σε κατάσταση ανάγκης) για την ασφάλεια του πλοίου ή την διάσωση ανθρώπινης ζωής στη θάλασσα ή με την άδεια της αρμόδιας αρχής για την καταπολέμηση συγκεκριμένου περιστατικού ρύπανσης, με στόχο την ελαχιστοποίηση των ζημιών. Έτσι λ.χ. θεωρείται επιτρεπτό ένα πετρελαιοφόρο να απορρίψει μικρή ποσό-

τητα πετρελαίου, όταν είναι έξω από περιοχές αυξημένης προστασίας, όπως η Μεσόγειος ή η Ερυθρά Θάλασσα, ταξιδεύει σε πορεία και βρίσκεται σε απόσταση μεγαλύτερη των 50 ναυτικών μιλίων από τις ακτές, όπως επιτρεπτή θεωρείται και για τα μη πετρελαιοφόρα η απόρριψη ουσιών που μπορεί να περιέχουν πετρέλαιο σε μικρή πυκνότητα.

- οι απορρίψεις ρυπογόνων ουσιών στα στενά και στην αποκλειστική οικονομική ζώνη των κρατών μελών ή στην ανοικτή θάλασσα, εφόσον προκαλούνται από βλάβη του πλοίου ή του εξοπλισμού του (περίπτωση ατυχήματος), λαμβάνονται όλες οι εύλογες προφυλάξεις και η βλάβη δεν οφείλεται σε δόλο ή ενσυνείδητη αμέλεια. Το τελευταίο δεν ισχύει για τα εσωτερικά και τα χωρικά ύδατα, όπου η απόρριψη παραμένει άδικη ακόμα και όταν η βλάβη οφείλεται σε ασυνείδητη αμέλεια.

Πέραν από τις περιπτώσεις ρύπανσης από πλοία, ο Ν. 743/1977 καλύπτει κάθε άλλη περίπτωση σοβαρής θαλάσσιας ρύπανσης υπό την έννοια της απόρριψης στη θάλασσα ουσιών, η οποία αλλοιώνει την φυσική κατάσταση του θαλασσίου ύδατος ή καθιστά τούτο επιβλαβές για την υγεία του ανθρώπου ή την πανίδα και χλωρίδα των βυθών και ενγένηι ακατάλληλο για τις προβλεπόμενες κατά περίπτωση χρήσεις αυτού. Τέλος, ο Ν. 1650/1986, ο οποίος λειτουργεί ως «νόμος-σκούπα», καλύπτει, σύμφωνα και με την ρητή πρόθεση του Νομοθέτη, όλες τις (λίγες πλέον) περιπτώσεις που παραμένουν αρρυθμιστες από τους δυο προηγούμενους, ειδικότερους ποινικούς νόμους.

2.2. Ποια είναι η τιμωρία;

Η απόρριψη ρυπογόνων ουσιών από πλοίο που προκαλεί υποβάθμιση του θαλάσσιου ύδατος τιμωρείται καταρχήν ως πλημμέλημα με φυλάκιση που μπορεί να κυμαίνεται ανάλογα με το είδος της πράξης από 3 μήνες, στις ελαφρότερες περιπτώσεις, έως 5 έτη και χρηματική ποινή. Μπορεί, όμως, να συνιστά και κακούργημα που τιμωρείται με κάθειρξη μέχρι 10 ετών, αν εξαιτίας της σοβαρότητας της υποβάθμισης δημιουργείται κίνδυνος θανάτου ή βαριάς σωματικής βλάβης ή ευρεία οικολογική διατάραξη ή καταστροφή.

Από την άλλη πλευρά - και αυτό έχει ίσως το μεγαλύτερο ενδιαφέρον για την εκτίμηση του ποινικού κινδύνου των ναυτιλιακών επιχειρήσεων - στις περισσότερες περιπτώσεις χορηγείται η δυνατότητα στο δικαστήριο να επιβάλει μειωμένη ποινή, ή ακόμα και να απαλλάξει τον δράστη από κάθε ποινή, αν αυτός περιορίσει ουσιωδώς τις αρνητικές επιπτώσεις της ρύπανσης ή με έγκαιρη αναγγελία του στην αρχή συντελέσει στην ουσιώδη μείωση των αρνητικών επιπτώσεων της συμπεριφοράς του. Πρόκειται για μια πρακτικά σημαντική δυνατότητα, η οποία κατ' ορθότερη άποψη θα πρέπει να θεωρηθεί ότι αφορά και στις περιπτώσεις εκείνες όπου ο πλοίαρχος αναθέτει σε *εξειδικευμένο*

τρίτο τον ουσιώδη περιορισμό των αρνητικών συνεπειών της ρύπανσης. Τέτοια ανάθεση έγινε, για παράδειγμα, στο ναυάγιο του κρουαζιερόπλοιου Sea Diamond στη Σαντορίνη το 2007, όπως και δέκα χρόνια αργότερα μετά τη βύθιση του δεξαμενόπλοιου «Αγία Ζώνη II», στον Σαρωνικό.

2.3. Πότε έχουν δικαιοδοσία τα Ελληνικά ποινικά δικαστήρια;

Ως προς την δικαιοδοσία των ελληνικών δικαστηρίων, αυτή είναι ιδιαίτερα διευρυμένη, κατά προβληματικό και κακότεχνο τρόπο. Ενώ στους παλαιότερους σχετικούς νόμους το περιβάλλον αντιμετωπίζεται ως ημεδαπό έννομο αγαθό (άρα το πεδίο εφαρμογής τους περιορίζεται στις περιπτώσεις ρύπανσης των λιμένων και ακτών της χώρας και των Ελληνικών χωρικών υδάτων, και δεν καλύπτονται λ.χ. πράξεις που τελέσθηκαν από Έλληνα σε ξένη χώρα), ειδικά καθόσον αφορά στην ρύπανση από πλοία, ο Ν. 4037/2012 καλύπτει όλες τις σχετικές πράξεις ανεξαρτήτως της σημαίας του πλοίου, ακόμα και αυτές που τελούνται στην αποκλειστική οικονομική ζώνη, στα χωρικά ύδατα και στα εσωτερικά ύδατα τρίτων κρατών, εξαιρουμένων μόνο των περιπτώσεων όπου εμπλέκεται πλοίο με ξένη σημαία σε ξένο λιμένα. Το έγκλημα της θαλάσσιας ρύπανσης έχει έτσι αναχθεί μονομερώς από τον Έλληνα Νομοθέτη περίπου σε γνήσιο διεθνές έγκλημα, που θεωρείται ότι προσβάλλει αγαθά με οικουμενικό χαρακτήρα και στο οποίο εκτείνεται σχεδόν ανεξαιρέτα η εθνική δικαιοδοσία, με βάση, υποτίθεται, την αρχή της παγκόσμιας δικαιοσύνης. Πρόκειται, κατά τη γνώμη μου, για μια προβληματική σύλληψη, η οποία υπερβαίνει το πλαίσιο της σχετικής Οδηγίας 2005/35/ΕΚ και «ξεχειλώνει», θα έλεγε κανείς, το πεδίο στο οποίο εκτείνεται η εξουσία των ελληνικών ποινικών δικαστηρίων. Επιπλέον, πρόκειται για ρύθμιση που ενδέχεται να προσκρούει σε υπέρτερης τυπικής ισχύος συμβατικές διατάξεις, όπως η Σύμβαση για το Δίκαιο της Θάλασσας.

Καθόσον αφορά, πάντως, στην εφαρμογή του Ν. 4037/2012, αυτή είναι ακόμα περιορισμένη στην πράξη, χωρίς αυτό να σημαίνει ότι δεν έχει ξεκινήσει να κάνει αισθητή την παρουσία του.

3. Αξιοποινες πράξεις που αναφύονται στο περιθώριο της πειρατείας

Τέλος, ένας τρίτος κύκλος ιδιαίτερα επίκαιρων τα τελευταία χρόνια ποινικών κινδύνων αφορά στις κατηγορίες με τις οποίες μπορεί να βρεθούν αντιμέτωποι οι ναυτιλιακές επιχειρήσεις ως συνέπεια των αυξημένων περιστατικών πειρατείας. Με αυτό δεν αναφέρομαι, ασφαλώς, σε αυτό καθαυτό το αδίκημα της πειρατείας - του οποίου βέβαια η ναυτιλιακή επιχείρηση αποτελεί θύμα -, αλλά στις *παράπλευρες συνέπειες* που μπορεί να έχει ένα τέτοιο περιστατικό στην ζωή, υγεία, σωματική ακεραιότητα και προσωπική ελευθερία των με-

λών του πληρώματος, λόγω της δράσης των πειρατών, λόγω αδέξιων αντι-δράσεων του πληρώματος ή λόγω ατυχημάτων που λαμβάνουν χώρα κατά τη διάρκεια ή στο περιθώριο της πειρατείας. Οι συνέπειες αυτές εκτείνονται κάποτε μέχρι την κίνηση ποινικών διαδικασιών σε βάρος του πλοιάρχου και των νομίμων εκπροσώπων της διαχειρίστριας εταιρείας για αδικήματα όπως σωματικές βλάβες ή ανθρωποκτονίες εξ αμελείας ή ακόμα και για το ιδιαίτερης ποινικής απαξίας έγκλημα της έκθεσης του άρθρου 306 του Ποινικού Κώδικα, επειδή δεν τηρήθηκαν τα αναγκαία μέτρα ασφαλείας.

Το σημαντικότερο, ίσως, νομικό ζήτημα που εγείρεται σε τέτοιες περιπτώσεις, το οποίο μπορεί να είναι καθοριστικό για την τύχη της οποιαδήποτε κατηγορίας και απαντά συχνά στην ποινική πρακτική, είναι και εδώ το κατά πόσο υφίσταται δικαιοδοσία των Ελληνικών ποινικών δικαστηρίων.⁸ Σημειωτέον ότι το ζήτημα αυτό αφορά και σε πλήθος άλλων αδικημάτων άσχετων με τις πειρατείες και τα παρεπόμενά τους, όπως κατεξοχήν της υπεξαίρεσης φορτίων πλοίου, που έχει κατ' επανάληψη απασχολήσει την ελληνική νομολογία.

Ειδικότερα, όταν το αδίκημα λαμβάνει χώρα στην ανοιχτή θάλασσα ή επί πλοίου που διέρχεται αβλαβώς από αλλοδαπή αιγιαλίτιδα ζώνη, αξιώνουν καταρχήν εφαρμογή, χωρίς ιδιαίτερα περιθώρια αμφισβήτησης, η αρχή της σημαίας, και κατά δεύτερο λόγο οι αρχές της ενεργητικής και της παθητικής προσωπικότητας. Ζήτημα γεννάται, ωστόσο, στη συνηθισμένη περίπτωση, όπου η φερόμενη πράξη, λ.χ. της σωματικής βλάβης, λαμβάνει χώρα επί ελληνικού μεν πλοίου, αλλά ναυλοχούντος σε αλλοδαπό λιμένα ή αγκυροβολημένου στα εσωτερικά ύδατα ξένης χώρας. Ποια χώρα έχει σε αυτές τις περιπτώσεις δικαιοδοσία; Τόπος τέλεσης του αδικήματος εμφανίζεται να είναι η *αλλοδαπή*. Έχει υποστηριχθεί, όμως, και η άποψη, ότι εφαρμόζεται εδώ η αρχή της σημαίας και ότι επομένως υπάρχει συντρέχουσα δικαιοδοσία των δικαστηρίων της Ελλάδας ως κράτους της σημαίας που έφερε το πλοίο, κατ' εφαρμογή του άρθρου 5 παρ. 2 ΠΚ.⁹

8. Το παρόν ζήτημα δεν πρέπει να συγχέεται, βέβαια (όπως συμβαίνει, όμως, όσο παράξενο κι αν ακούγεται, αρκετά συχνά στην πράξη), με εκείνο του προσδιορισμού του τοπικά αρμόδιου δικαστηρίου, για το οποίο βλ. άρθρο 51 περ. Β' και γ' Ν. 2172/1993 (όπως διαμορφώθηκε με το άρθρο 111 παρ. 6 Ν. 4055/2012), στη συνέχεια 586 περ. στ' του νέου ΚΠΔ, και πλέον άρθρο 124 παρ. 1 ΚΠΔ (όπως διαμορφώθηκε με το άρθρο 7 παρ. 15 Ν. 4637/2019, σε συνδυασμό με τη μεταβατική διάταξη του άρθρου 7 παρ. 60 γ' του ίδιου νόμου), βλ. σχετικά και *Τσιρίδη*, «Η αρμοδιότητα των Πειραϊκών Δικαστηρίων επί αδικημάτων τελούμενων εντός Αττικής», σχετιζομένων με ναυτικές διαφορές, *ΠοινΔικ* 23 (2020), σελ. 428 επ.

9. ΣυμβΠλημΚέρκ 684/1954, ΝοΒ 3 (1955), σελ. 152 (με σύμφωνες παρατηρήσεις *Τενεκίδη*)· ΑΠ 186/1967, *ΠοινΧρ* ΙΖ' (1967), σελ. 417· *Γ. Βούλγαρη*, Η ποινική δικαιοδοσία στα πλοία, 2002, σελ. 156 επ.· *του ιδίου*, Η εφαρμογή της ελληνικής ποινικής δικαιοδο-

Εντούτοις, σύμφωνα με το εν λόγω άρθρο, «πλοία ή αεροσκάφη ελληνικά θεωρούνται έδαφος της επικράτειας οπουδήποτε και αν βρίσκονται, εκτός αν σύμφωνα με το διεθνές δίκαιο υπόκεινται σε αλλοδαπό νόμο». Η ορθή ερμηνεία του άρθρου 5 παρ. 2 ΠΚ, όπως προκύπτει δεσμευτικά από το γλωσσικό νόημα της ανωτέρω επιφύλαξης, οδηγεί στο συμπέρασμα ότι ένα ελληνικό πλοίο θεωρείται μεν κατά κανόνα έδαφος της ελληνικής επικράτειας, ο κανόνας αυτός όμως υποχωρεί, όταν το πλοίο εισέλθει σε χώρο που κατά το διεθνές δίκαιο συνιστά έδαφος άλλης επικράτειας, και δη αυτής του παράκτιου κράτους.¹⁰ Αλλιώς, δεν θα είχε ουσιαστικά νόημα η εξαίρεση υπέρ των κανόνων του διεθνούς δικαίου που περιλαμβάνεται στο άρθρο 5 παρ. 2 ΠΚ, η οποία ετέθη ακριβώς για να αποκλείσει την αυτόματη εφαρμογή των ελληνικών ποινικών νόμων σε αντίστοιχες περιπτώσεις. Σημειωτέον, ότι προς την ίδια κατεύθυνση κινείται και η ερμηνεία του παρόμοιου άρθρου 4 παρ. 2 του ιταλικού ΠΚ, το οποίο ακολούθησε ως πρότυπο ο Έλληνας νομοθέτης (μη υιοθετώντας την ευρύτερη διάταξη του άρθρου 4 του γερμανικού ΠΚ). Στο ξένο λιμάνι κυρίαρχη είναι η δικαιοδοσία του ξένου κράτους, η οποία πηγάζει πρωτογενώς από την εδαφική του κυριαρχία και της οποίας την πρωτοκαθεδρία η τυχόν συντρέχουσα δικαιοδοσία των ημεδαπών δικαστηρίων οφείλει να αναγνωρίσει και να σεβαστεί. Η όποια συντρέχουσα δικαιοδοσία των ελληνικών δικαστηρίων επί πράξεων που τελούνται στην αλλοδαπή, δεν μπορεί να στηρίζεται στην οιονεί εδαφικότητα την οποία θεμελιώνει επικουρικά η λεγόμενη αρχή της σημαίας (και μάλιστα την σημερινή εποχή, όπου είναι γνωστή η εξάπλωση των σημαίων ευκαιρίας-flags of convenience¹¹), αλλά αποκλειστικά στις

οίας στα ειδικά ναυτικά αδικήματα που προβλέπονται στον ΚΔΝΔ, ΑρχΝ 2005, σελ. 774· μια σειρά Εισαγγελικών Προτάσεων του ιδίου: ΣυμβΠλημΚέρκ 176/1996, ΠοινΧρ ΜΣΤ' (1996), σελ. 1727· ΣυμβΠλημΠειρ 1519/2000, ΑρχΝ ΝΒ' (2001), σελ. 704· ΣυμβΠλημΠειρ 770/2003, ΑρχΝ ΝΔ' (2003), σελ. 616 = ΝοΒ 2003, σελ. 1714· ΣυμβΠλημΠειρ 1679/2003, ΑρχΝ ΝΕ' (2004), σελ. 453· και ΣυμβΠλημΠειρ 1482/2004, ΑρχΝ ΝΕ' (2004), σελ. 787· Μπρακουμάτσου, Παρατηρήσεις στην ΤριμΠλημΠειρ 5819/2002, ΠοινΔικ 2003, σελ. 51 (53)· και Μυλωνόπουλου, Ποινικό Δίκαιο (Γενικό Μέρος), 2η έκδ., 2020, σελ. 1049 επ.

10. Βλ. την σχετική ανάλυση του Τσιρίδη, Η ποινική αντιμετώπιση του ναυτικού ατυχήματος, ΠειρΝομ 1998, σελ. 129, 141 επ.· του ιδίου, Η ποινική δικαιοδοσία των παρακτίων κρατών μελών της Ε.Ε. επί αδικημάτων θαλάσσιας ρύπανσης, ΤΤ Μανωλεδάκη ΙΙ, 2007, σελ. 669 (680-1), και ιδίως σε: Ποινική δικαιοδοσία στον θαλάσσιο χώρο και εγκλήματα τελούμενα επί πλοίου, 1998, σελ. 86 επ., 115, 132, με πλείστες παραπομπές. Πρβλ. χαρακτηριστικά και τα άρθρα 2 παρ. 1, 27 εδ. 1, 94 παρ. 7 και 97 παρ. 1 της Σύμβασης των Ηνωμένων Εθνών για το δίκαιο της Θάλασσας - Ν. 2321/1995.
11. Η απόδοση μεγαλύτερης σημασίας στην αρχή της σημαίας και δη η αναγνώριση της ισοτιμίας της με την αρχή της εδαφικότητας, ο ισχυρισμός δηλαδή ότι οι δεσμοί ενός πλοίου με το κράτος της σημαίας είναι τόσο στενοί, ώστε να αρκούν για την εγκαθίδρυση μιας άνευ όρων ποινικής εξουσίας και ότι άρα ένα κράτος παραδίδοντας την σημαία του σε κάποιο πλοίο με τη νηολόγηση επεκτείνει το πεδίο εφαρμογής των ποινικών του

αρχές της *ενεργητικής ή παθητικής προσωπικότητας*, υπό τις προϋποθέσεις που θέτει η νομοθεσία μας για την τιμώρηση πράξεων που τελούνται στην αλλοδαπή. Κάθε άλλη ερμηνεία θα πρέπει να θεωρηθεί ότι αντίκειται στο άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος ως ανεπίτρεπτη επέκταση της Ελληνικής δικαιοδοσίας σε βάρος της δικαιοδοσίας της εδαφικότητας του αλλοδαπού κράτους που αποτελεί τον κανόνα κατά το δημόσιο διεθνές δίκαιο.

Στις υπό συζήτηση περιπτώσεις, λοιπόν, στις οποίες οι διερευνώμενες πράξεις λαμβάνουν χώρα σε ξένη επικράτεια, η εφαρμογή του ελληνικού δικαίου σύμφωνα με τα άρθρα 6 και 7 ΠΚ, απαιτεί αφενός η πράξη να είναι αξιόποινη και κατά τους νόμους της χώρας στην οποία τελέστηκε, και αφετέρου (εφόσον πρόκειται για πλημμέλημα) έγκληση του παθόντος (ή αίτηση της κυβέρνησης της χώρας τέλεσης).¹² Η μη πλήρωση αυτών των προϋποθέσεων θέτει φραγμό σε κάθε ενδεχόμενη ποινική ευθύνη των στελεχών της ναυτιλιακής επιχείρησης. Η πιθανότητα δε να τίθεται τέτοιος φραγμός αυξάνει ακόμα περισσότερο αν λάβει κανείς ως δεδομένο, ότι όταν απαιτείται έγκληση, αυτή, σύμφωνα με την απολύτως κρατούσα άποψη θεωρίας και νομολογίας, πρέπει να υποβάλλεται εντός της τρίμηνης προθεσμίας του άρθρου 114 παρ. 1 ΠΚ.¹³ Αλλιώς, εξαλείφεται το αξιόποινο της διερευνώμενης πράξης, ή, σε κάθε περίπτωση, συντρέχει ανυπέρβλητο δικονομικό εμπόδιο για την άσκηση ποινικής δίωξης γι' αυτήν.

Τελικές παρατηρήσεις

Καταλήγοντας, από τα τρία παραδείγματα στα οποία αναφερθήκαμε, εκείνο της θαλάσσιας ρύπανσης φαίνεται να θέτει τους σοβαρότερους κινδύνους

νόμων χωρίς περαιτέρω προϋποθέσεις *οπουδήποτε* κι αν βρεθεί το συγκεκριμένο πλοίο (όχι μόνο στην ανοικτή θάλασσα, αλλά και στην αλλοδαπή), παραγνωρίζει, νομίζω, εντελώς την σύγχρονη πραγματικότητα στον χώρο της διεθνούς ναυτιλίας.

12. Βλ. έτσι ΕφΠειρ 397/1981, ΕΝΔ 9, σελ. 480· την σημαντική ΠεντΕφΠειρ 166/1983, ΕΝΔ 12, σελ. 268, που αφορά σε πράξεις κακουργηματικών υπεξαίρέσεων σε ξένους λιμένες· ΣυμβΠλημΠειρ 155/1985, ΠοινΧρ ΛΣΤ' (1986), σελ. 406· ΣυμβΕφΠειρ 72/1990, ΠοινΧρ Μ' (1990), σελ. 604, που ακολουθεί την ως άνω ΠεντΕφΠειρ 166/1983· ΤριμΠλημΠειρ 5819/2002, ΠοινΔικ 6 (2003), σελ. 48 επ. (με σύμφωνη ΕισΠρότ Π. Ζαφειριάδου)· ΤριμΠλημΑθ 70409/2009, ΠοινΧρ Ξ' (2010), σελ. 698· *Καμπέρου-Ντάλτα*, Εγκλήματα Ελλήνων πολιτών στην αλλοδαπή, 2005, σελ. 82 επ.· *Χαραλαμπίκη/Καμπέρου-Ντάλτα*, ΠΚ Ερμηνεία κατ' άρθρο, Ι, 2η έκδ. 2014, άρθρο 5 αριθ. 36· και *Τσιρίδη*, Ποινική δικαιοδοσία στον θαλάσσιο χώρο και εγκλήματα τελούμενα επί πλοίου, 1998, σελ. 90 επ. με εκτεταμένη, ορθή επιχειρηματολογία.
13. Βλ. όλως ενδεικτικά ΑΠ 722/1984, ΠοινΧρ ΛΔ' (1984), σελ. 1037· ΣυμβαΠ 1292/1995, Υπερ 1996, σελ. 289 με παρατηρήσεις Λ. *Μαργαρίτη*· ΣυμβαΠ 1299/1995, ΠοινΧρ ΜΣΤ' (1996), σελ. 504· ΣυμβΠλημΘεσ 129/2000, Υπερ 2000, σελ. 1239, με παρατηρήσεις Δημήτρηνα.

για τη ναυτιλιακή επιχείρηση, ενώ αξίζει να σημειωθεί ότι για το συγκεκριμένο αδίκημα έχουν υπάρξει και αρκετές περιπτώσεις υποβολής αιτημάτων δικαστικής συνδρομής προς τις ελληνικές αρχές από άλλα κράτη με αντίστοιχες νομοθετικές ρυθμίσεις. Έτσι λ.χ. πρόσφατα η αρμόδια ανακρίτρια δικαστικών συνδρομών του Πρωτοδικείου Αθηνών κλήθηκε να εκτελέσει Ευρωπαϊκή Εντολή Έρευνας των γαλλικών Αρχών που αφορούσε σε αδίκημα θαλάσσιων ρύπανσης από πλοίο με σημαία τρίτης χώρας, αλλά με Έλληνα πλοίαρχο, εντός της Αποκλειστικής Οικονομικής Ζώνης της νήσου Reunion (άρα της Γαλλικής Δημοκρατίας).¹⁴

Στις περιπτώσεις πειρατείας ή εν γένει προσβολών κατά της ζωής και της υγείας που τελούνται επί πλοίων στο εξωτερικό, οι ποινικοί κίνδυνοι για τη ναυτιλιακή επιχείρηση είναι περισσότεροι σε όγκο, τελούν όμως υπό τους περιορισμούς που εκθέσαμε αναφορικά με την δικαιοδοσία των ελληνικών ποινικών δικαστηρίων.

Τέλος, περιορισμένοι είναι προς το παρόν οι ποινικοί κίνδυνοι από παραβιάσεις των διεθνών οικονομικών κυρώσεων. Το άρθρο 43 του Ν. 4557/2018 έχει περιορισμένη εμβέλεια, ενώ το άρθρο 142Α του Ποινικού Κώδικα, που αφορά στις παραβιάσεις Κανονισμών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δεν φαίνεται να έχει εφαρμοσθεί μέχρι σήμερα, παρότι είναι το μόνο που καλύπτει περιπτώσεις όπως εκείνες της Ρωσίας, που είναι η ίδια μόνιμο μέλος του Συμβουλίου Ασφαλείας του ΟΗΕ και επομένως δεν μπορεί να αποτελέσει αποδέκτη κυρώσεων από αυτό. Από την άλλη πλευρά, ο Α.Ν. 92/1967, που αφορά στις παραβιάσεις των αποφάσεων του Συμβουλίου Ασφαλείας, έχει μεν εφαρμοσθεί στο παρελθόν, η επιρροή του στην πράξη παραμένει, ωστόσο, μάλλον περιθωριακή.

Αυτά πάντως προβλέπεται σύντομα να αλλάξουν. Μόλις πριν από λίγους μήνες, στις 25 Μαΐου 2022, με αφορμή τη ρωσική εισβολή στην Ουκρανία, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή δημοσίευσε πρότασή της για την προσθήκη της παραβίασης των κυρώσεων μεταξύ των τομέων εγκληματικότητας του άρθρου 83 παρ. 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ε.Ε., ήτοι στον κατάλογο εγκλημάτων με «ευρωπαϊκή» διάσταση.¹⁵ Αυτό σημαίνει ότι η Ένωση θα μπορέσει άμεσα μέσω Οδηγίας να θεσπίσει ελάχιστους, δεσμευτικούς κανόνες για την

14. ΠαρΕισΕφαΘ ΕΚΔ 48575 ΕΕΕ 126/22, αδημ.

15. COM (2022) 247 final της 25.05.2022: Πρόταση της Επιτροπής για την έκδοση Απόφασης του Συμβουλίου περί προσθήκης της παραβίασης των περιοριστικών μέτρων της Ένωσης μεταξύ των τομέων εγκληματικότητας του άρθρου 83 παρ. 1 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ε.Ε.· COM(2022) 249 final της 25.05.2022: Ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο, Προς μια Οδηγία σχετικά με ποινικές κυρώσεις για την παραβίαση περιοριστικών μέτρων της Ένωσης.

ποινικοποίηση των παραβιάσεων αυτών σε όλα τα κράτη μέλη, ώστε να περιορισθούν οι παρατηρούμενες δυσαρμονίες σε ό,τι αφορά στην αντιμετώπιση των σχετικών παραβάσεων και ειδικά αναφορικά με την εφαρμογή των μέτρων της δέσμευσης, διαχείρισης και δήμευσης περιουσιακών στοιχείων. Ήδη το Συμβούλιο έκανε δεκτή την ως άνω πρόταση και η Επιτροπή παρουσίασε - με εφαρμογή της συνήθους νομοθετικής διαδικασίας και μετά από στοχευμένες διαβουλεύσεις με τα κράτη μέλη στο πλαίσιο της ομάδας «Δικαστική συνεργασία επί ποινικών θεμάτων» (COPEN), της EUROPOL και της Eurojust -, ένα τέτοιο Σχέδιο Οδηγίας, που υποχρεώνει στην ομοιόμορφη ποινικοποίηση πλήθους συμπεριφορών που θεωρούνται παραβιάσεις των περιοριστικών μέτρων της Ένωσης, σε αρκετές περιπτώσεις μάλιστα ακόμα και όταν αυτές διaprάττονται από βαριά αμέλεια.¹⁶

Σε κάθε λοιπόν περίπτωση, υπό το παρόν δύσκολο και διαρκώς μεταβαλλόμενο ρυθμιστικό περιβάλλον, οι ναυτιλιακές επιχειρήσεις οφείλουν να παραμένουν σε αυξημένη εγρήγορση και να λαμβάνουν όλα τα δυνατά μέτρα ασφαλείας και δέουσας επιμέλειας, ώστε να αποφεύγουν την οποιαδήποτε - συχνά επίπονη και κοστοβόρα - εμπλοκή τους στους μηχανισμούς της ποινικής δικαιοσύνης.

16. COM (2022) 684 final της 2.12.2022: Πρόταση Οδηγίας του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τον ορισμό των ποινικών αδικημάτων και των κυρώσεων για την παραβίαση των περιοριστικών μέτρων της Ένωσης.

En quête d'uniformité en matière de documents de transport entraînant application des Règles de La Haye-Visby

Gaël Piette

Professeur à l'Université de Bordeaux

L'uniformité du droit maritime est une idée déjà ancienne¹, car des différences importantes de législation nuisent au commerce maritime. Les armateurs, les chargeurs, les gens de mer ont besoin d'une certaine constance dans les règles auxquelles ils sont soumis. Un auteur français du XIXe siècle, Jean-Marie Pardessus, remarquait que «*Le plus mauvais code civil serait sans contredit celui qu'on destinerait à tous les peuples indistinctement; le plus mauvais code maritime, celui qui n'aurait été dicté que par l'intérêt spécial et l'influence particulière des mœurs d'un seul peuple*»². Telle est d'ailleurs la raison d'être du CMI, aux termes de l'article 1er de ses statuts³.

Les efforts d'uniformisation, déployés par l'International Law Association (notamment pour les Règles d'York et d'Anvers), par le CMI, ou encore par l'Organisation des Nations Unies, au travers de l'OMI, de la CNUDCI, de la CNUCED, ou de l'OIT, ont porté sur de nombreux domaines: abordage, sûretés, saisie, sécurité, etc. Ils ont également concerné, bien évidemment, le contrat de transport de marchandises. En ce domaine, les efforts ont été conséquents, puisque trois grandes conventions ont été adoptées: les Règles de La Haye en 1924 (Convention de Bruxelles du 25

1. Plus généralement, sur cette question, v. J. Nawrot et Z. Peplowska-Dabrowska (dir.), Codification of maritime Law: challenges, possibilities and experience, Informa, 2019; M. Rimaboschi, L'unification du droit maritime; Contribution à la construction d'un ordre juridique maritime, PUAM 2006, préf. P. Bonassies.

2. J.-M. Pardessus, Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle, op. cit., t. 1, p. 3. Voir également G. Ripert, qui remarquait que le droit maritime régit des biens (navire et marchandises) qui ont partout le même aspect, des hommes qui font partout le même métier, des contrats qui répondent aux mêmes utilités et des risques qui présentent pour tous les mêmes dangers (Traité de droit maritime, 4e éd. 1950, n° 74).

3. «Le Comité Maritime International a pour but de contribuer par des conférences, des publications et par tous autres travaux et moyens appropriés, à l'unification du Droit Maritime et Commercial».

août 1924), les Règles de Hambourg en 1978 et les Règles de Rotterdam en 2009. Les Règles de La Haye, les plus ratifiées des trois, ont été amendées par un important protocole en 1968, donnant naissance aux Règles de La Haye-Visby.

Malgré les efforts des rédacteurs des Règles de La Haye-Visby, l'uniformité n'a pas été atteinte, pour plusieurs raisons. L'une d'entre elles est l'article 1b de la Convention, qui précise le domaine du texte quant aux contrats de transport concernés.

Il faut bien reconnaître que si l'objectif était l'unification, le résultat en est très éloigné. Cette intervention aurait tout aussi bien pu s'intituler: «le désordre international en matière de documents de transport entraînant application des Règles de La Haye-Visby». Mais les juristes n'aimant guère le désordre, surtout quand les enjeux sont ceux du transport maritime, il faut tenter d'y remédier. Il est nécessaire, d'abord, de constater le désordre (I), avant de proposer une remise en ordre (II).

I. Le désordre

Pour se convaincre du désordre, il convient d'identifier son origine (A), puis de rendre compte de ses manifestations (B).

A. L'origine du désordre

L'origine du désordre qui règne en matière de documents de transport entraînant application des Règles de La Haye-Visby est à rechercher dans l'article 1b de cette Convention. Ce texte définit le contrat de transport, tel qu'il doit être compris pour déclencher l'application des Règles. Aux termes de ce texte, la Convention «s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer».

Il y a beaucoup à écrire sur ce texte, en précisant immédiatement que le Protocole de Visby de 1968 n'a pas modifié l'article 1b. Ce texte est donc identique dans les Règles de La Haye de 1924 et dans les Règles de La Haye-Visby. Les décisions jurisprudentielles relatives aux Règles de La Haye sont donc exploitables pour les Règles de La Haye-Visby.

La difficulté provient de l'expression «document similaire formant titre». En français, elle n'est pas très significative. Or, rappelons que seule la version française a valeur officielle. En effet, dans les années 1920, le français était la langue diplomatique. Malgré cette dernière idée, la version française de l'article 1b n'est qu'une traduction de l'anglais. Ce texte trouve son origine

dans les Règles de La Haye de 1921, qui étaient rédigées en anglais. L'origine du texte remonte même plus loin, puisqu'elle se retrouve dans le Canadian Water Carriage of Goods Act de 1910.

La version anglaise est différente: «Contract of carriage applies only to contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title, in so far as such document relates to the carriage of goods by sea». Or, ce «similar document of title» employé par la version anglaise est moins large que le «document similaire formant titre pour le transport», car il s'entend comme un document formant titre négociable ou, au moins, représentatif de la marchandise (comme l'est un connaissement).

Il faut dire que la rédaction de l'article 1b a été particulièrement compliquée. Les travaux préparatoires des Règles de La Haye révèlent à quel point les rédacteurs de la Convention ont eu des difficultés à s'entendre sur ce point. Dans l'ouvrage relatant ces travaux préparatoires⁴, la définition du transporteur occupe 2 pages, celle des marchandises 4 pages, celle du navire 1 page, et celle du contrat de transport, 42 pages... Et l'explication de ces difficultés est très simple: si toutes les délégations étaient d'accord sur le point de savoir ce qu'est un connaissement, peu s'entendaient sur la notion de «similar document of title», et encore moins sur sa traduction française («document similaire formant titre»). Entre ceux qui souhaitaient limiter l'application des Règles de La Haye aux seuls connaissements négociables (à l'exclusion par exemple des connaissements nominatifs), ceux qui voulaient appliquer les Règles de La Haye à tous les connaissements, et ceux qui souhaitaient que les Règles de La Haye s'appliquent à tous les documents de transport, les désaccords étaient profonds. Au terme des discussions, M. Berlingieri estimait le texte anglais précis, mais pas le texte français. M. Sohr estimait qu'il y avait une erreur dans la traduction française, et que les mots «formant titre» n'ont aucun sens en français. M. Ripert se demandait ce que peut être un «document similaire».

D'où la dualité d'expressions finalement peu parlantes, que ce soit le «similar document of title» anglais ou le «document similaire formant titre» français.

En réalité, la version française doit être comprise comme visant le connaissement ou tout autre document qui constate un transport maritime de marchandises (document formant titre pour le transport), tandis que la version anglaise aboutit à n'appliquer les Règles de La Haye qu'aux transports

4. CMI, *The travaux préparatoires of the Hague Rules and of the Hague-Visby Rules*, p. 103 et seq.

pour lesquels il y a eu émission d'un connaissance ou d'un autre document donnant droit à la propriété des marchandises (document valant titre).

Les législations internes ne conduisent pas davantage à l'uniformité, car elles sont très diverses. Quelques illustrations permettent de s'en convaincre.

Le COGSA (*Carriage Of Goods by Sea Act*) américain (46 USC §30701) reprend la formulation anglaise des Règles de La Haye: «The term 'contract of carriage' applies only to contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title, insofar as such document relates to the carriage of goods by sea».

Le code civil néerlandais (art. 8:377) utilise une version traduite du français : «In the present Title (Title 8.5) a 'contract of carriage under a bill of lading' means: a contract of carriage embodied in (covered by) a bill of lading or any similar document forming a title for the carriage of goods by sea».

La loi grecque 2107/1992, qui intègre les Règles de La Haye-Visby dans le droit grec, adopte une formulation assez proche: «“Contract of Carriage” means only a contract of carriage, covered by a bill of lading or other similar document, which constitutes the title to the carriage of goods by sea».

Le COGSA1992 du Royaume-Uni est beaucoup plus large (Chapter 50, art. 1): «This Act applies to the following documents, that is to say, any bill of lading, any sea waybill and any ship's delivery order».

Le droit français adopte également une solution large. L'article L. 5422-1 du code des transports définit le contrat de transport maritime, mais sans faire référence au document qui sera remis au chargeur: «Par le contrat de transport maritime, le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre. Ce contrat de transport s'applique depuis la prise en charge jusqu'à la livraison».

Ainsi, si un consensus existe pour considérer qu'un connaissance *on board*, avec mention à ordre ou au porteur, est un *document of title* au sens des Règles de La Haye-Visby, de graves incertitudes subsistent au sujet d'autres documents, plus ou moins proches.

Tel est par exemple le cas du connaissance reçu pour embarquement. Ce connaissance est remis alors que la marchandise n'est pas encore chargée. Comme l'a remarqué Philippe Delebecque, ce n'est pas, juridiquement, un connaissance⁵.

5. Ph. Delebecque, *Droit maritime*, Dalloz, 14e éd., 2020, n° 735.

Une autre difficulté concerne le connaissance nominatif. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un connaissance. Mais il n'est pas négociable. Il peut être transmis, mais selon des procédures lourdes et peu adaptées au commerce maritime.

L'incertitude entoure également le Sea Waybill. Ce document remplit les deux premières fonctions du connaissance: il prouve le contrat de transport maritime et les caractéristiques de la marchandise chargée. Mais, contrairement au connaissance, il ne représente pas cette marchandise et n'est pas négociable. En d'autres termes, la fonction commerciale du connaissance lui fait défaut.

Des questions se posent aussi au sujet du Mate's receipt, document délivré par le capitaine, qui atteste que la marchandise a effectivement été chargée sur le navire et qu'elle est prise en charge pour l'expédition, et au sujet du delivery order. Ce dernier est une «coupure» du connaissance correspondant à l'éclatement de la cargaison en plusieurs lots. Chaque acheteur d'une partie de la cargaison se verra remettre un delivery order, genre de bon d'enlèvement correspondant à une partie seulement de la marchandise. Emis par le vendeur, il n'est en principe pas un titre représentatif de la marchandise.

Enfin, le développement des documents électroniques ne simplifie pas les choses. Les Règles de La Haye et celles de La Haye-Visby n'ont évidemment pas pu anticiper le développement du connaissance électronique ou de la technologie de la blockchain. La négociabilité du connaissance électronique est discutée⁶. Il n'est pas inconcevable de considérer que les connaissances électroniques puissent entrer dans la notion de connaissance au sens de l'article 1b, leur transmission pouvant être réalisée à l'aide d'un mécanisme de clé confidentielle. La technologie blockchain permet de stocker des données ou des transactions, de les enregistrer et d'assurer la traçabilité des opérations. Elle peut être associée à des conventions existantes dont elle facilite la conclusion et la mise en œuvre, par le biais de smart contracts. Il nous semble que les documents de transport constatés dans une blockchain ne relèvent pas, de ce seul fait, des Règles de La Haye ou de La Haye-Visby. La blockchain n'est pas un document, mais un registre partagé. Ce sont les documents qui doivent être examinés, non le fait qu'ils figurent dans une blockchain.

6. En faveur de la négociabilité, v. les Règles du Comité Maritime International relatives aux connaissances électroniques, 1990. Contre la négociabilité, v. notamment *P. Bonassies et Ch. Scapel*, *Traité de droit maritime*, LGDJ, 3e éd. 2016, n° 992.

Au final, il est permis de reprendre l'une des affirmations du Président Louis Franck lors de la Conférence diplomatique d'octobre 1923: «il appartiendra aux tribunaux de décider dans chaque cas s'il y a un connaissance, c'est-à-dire un document représentant la marchandise à bord d'un navire déterminé donnant droit à la délivrance»⁷. On le voit, déjà à l'époque, l'uniformité semblait difficile à atteindre: laisser une trop grande latitude aux juridictions nationales est inévitablement un obstacle à l'uniformité internationale.

B. Les manifestations du désordre

Le désordre créé par la définition de l'article 1b des Règles de La Haye-Visby s'est manifesté dans les jurisprudences nationales. Il faut avouer qu'il s'agit là certainement de la difficulté la plus redoutable sur le chemin de l'uniformité. En effet, l'unification internationale des textes est inutile si les juridictions nationales les interprètent différemment. Il est vrai que ce problème existe également en droit interne: un tribunal de Thessalonique peut juger autrement qu'un tribunal d'Athènes. Mais, à la différence de l'ordre international, dans la plupart des Etats, une juridiction supérieure (Cour suprême ou Cour de cassation) veille à une certaine uniformité de la jurisprudence.

Un bref tour d'horizon, non exhaustif, des jurisprudences nationales montre que l'article 1b a été diversement interprété. Trois situations, en particulier, ont suscité du contentieux: Quand seul un projet de connaissance a été évoqué par les parties (1), quand le document est un connaissance nominatif (2), et quand un document autre qu'un connaissance a été émis (3).

1) Quand un projet de connaissance a au moins été évoqué entre les parties:

Une certaine uniformité règne sur cette question.

Au Royaume-Uni, dans l'affaire *Pyrene*, le juge Devlin a énoncé: «À mon avis, chaque fois qu'un contrat de transport est conclu et qu'il est prévu qu'un connaissance sera émis en temps voulu à son égard, ce contrat est, dès sa création, «couvert» par un connaissance et constitue donc, dès le départ,

7. CMI, *The travaux préparatoires of the Hague Rules and of the Hague-Visby Rules*, p. 117: «It would be up to the courts to decide in each case if there were a bill of lading, that is to say, a document representing the goods on board a specific ship giving title to delivery ».

un contrat de transport au sens des Règles»⁸. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait vraiment un connaissance émis, du moment que les parties avaient prévu d'en émettre un.

Cette décision *Pyrene* a par la suite été appliquée par plusieurs juridictions.

Au Canada, dans l'affaire *Anticosti*, la Cour suprême a appliqué la limite de 500 \$ par colis parce que, même si aucun connaissance n'avait été émis, il était prévu d'en émettre un⁹. De même, dans l'affaire *St Lawrence Construction*, les parties avaient contracté par lettre pour le transport d'équipement et de fournitures de construction. A cette lettre était annexé un connaissance standard, soumettant le contrat à la loi canadienne de 1936 sur le transport maritime de marchandises. La Cour d'appel fédérale a décidé qu'un connaissance avait été envisagé et a par conséquent accordé au transporteur le bénéfice de la limitation des Règles de La Haye¹⁰.

En Australie, dans l'affaire *Beltana*, la Cour suprême d'Australie occidentale a jugé que la loi australienne de 1924 sur le transport maritime des marchandises (dont les conditions d'application sont calquées sur les Règles de La Haye) s'appliquait, alors même que seuls des reçus d'expédition avaient été délivrés, mais sous réserve des «conditions du formulaire habituel de connaissance» émis par les défendeurs¹¹.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence a accepté d'appliquer le COGSA, dont nous vu que ses conditions sont les mêmes que les Règles de La Haye-Visby, alors que seuls des dock receipts avaient été délivrés, ceux-ci faisant référence au connaissance ordinaire de la compagnie¹².

En France, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a appliqué les Règles de La Haye à un transport dans lequel il n'y avait qu'une note de chargement, celle-ci démontrant que les parties étaient d'accord pour que les marchandises soient transportées sous connaissance¹³.

8. *Pyrene Co. Ltd v. Scindia Steam Navigation Co. Ltd* [1954] 2 QB: "In my judgment, whenever a contract of carriage is concluded, and it is contemplated that a bill of lading will, in due course, be issued in respect of it, that contract is from its creation 'covered' by a bill of lading, and is therefore from its inception a contract of carriage within the meaning of the Rules and to which the Rules apply" (traduction libre).

9. *Anticosti Shipping Co. v. St-Amand* [1959] AMC 1526.

10. *St. Lawrence Construction Ltd. v. Federal Commerce and Navigation Co. Ltd* [1985].

11. *The Beltana* [1967] 1 Lloyd's Rep. 531.

12. *Hermann C. Starck Inc. v. Finn Lines* 1978 AMC 1330 (S.D. N.Y. 1978).

13. *CA Aix-en-Provence*, 31 oct. 1980, DMF 1982, p. 23.

La décision *Pyrene* a également été confirmée au Royaume-Uni, dans l'affaire *Happy Ranger*, dans laquelle le contrat consistait en une page imprimée et signée, intitulée «Contrat de transport», avec un avenant imprimé contenant 18 clauses et un modèle de connaissance du transporteur joint. La page imprimée prévoyait l'émission, dans le cadre du contrat, d'un connaissance sous la forme du spécimen de connaissance annexé. Mais aucun connaissance n'a été émis. La Cour a estimé que, puisqu'un connaissance était «à émettre», comme dans l'affaire *Pyrene*, le contrat était «couvert» par un connaissance et était donc un «contrat de transport» au sens de l'article 1b¹⁴.

Enfin, aux Pays-Bas, récemment, le tribunal de Rotterdam s'est prononcé en ce sens¹⁵.

2) Quand un connaissance nominatif a été émis:

La difficulté ici est que le connaissance nominatif n'est pas facilement négociable.

Au Royaume-Uni, dans l'affaire *Rafaela S.*, la Chambre des Lords a estimé qu'un connaissance nominatif peut être considéré comme un titre de propriété au sens des Règles de La Haye-Visby¹⁶.

Cette solution a également été retenue par la Cour fédérale Australienne, dans l'affaire *Beluga*¹⁷: «a straight bill is a sea carriage document for the purposes of the amended Hague Rules».

Aux Pays-Bas, dans l'affaire *LPL Projects*¹⁸, le tribunal de Rotterdam avait à se prononcer sur un document de transport qui précisait: «this is a non negotiable express bill of lading», qui indiquait: «Number of original Bills of Lading: 0 - None» et sur lequel était tamponné «Copy non negotiable». Le tribunal de Rotterdam a décidé que d'après son contenu, le document n'est pas un instrument négociable et n'est donc pas un «titre de propriété» au sens de la traduction anglaise des Règles de La Haye-Visby. Mais il estime que cela n'exclut pas l'application des Règles, car le texte français n'exige pas que le document de transport soit un «titre de propriété». Pour cette

14. *Parsons Corp v. CV Scheepvaartonderneming Happy Ranger* [2002] EWCA Civ 694.

15. *Rechtbank Rotterdam*, 26 fév. 2020, *AXA Affin General Insurance Bhd v. M-Star Freight Services BV*.

16. *Jl MacWilliam Co Inc. v. Mediterranean Shipping Co SA* [2005] UKHL 11.

17. *Beluga Shipping GmbH & Co v. Headway Shipping Ltd* [2008] FCA 1791.

18. *Rechtbank Rotterdam*, 14 mars 2018, *LPL Projects Logistics Spain SL v. Onego Shipping & Chartering BV*.

raison, pour le tribunal, le document de transport relève de la définition d'un «document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer» de l'article 1b.

3) Quand un document autre qu'un connaissance a été émis, sans projet de connaissance:

C'est sur ce point que règnent les plus grandes divergences jurisprudentielles.

Par exemple, la High Court des Iles Salomon a estimé qu'un récépissé de la cargaison («*cargo receipt*»), non négociable, ne constitue pas un connaissance ou un titre de propriété des marchandises, et a rejeté l'application des Règles de La Haye¹⁹.

En sens inverse, la Cour de cassation française a, quant à elle, décidé qu'un accord de réservation peut être qualifié de document similaire formant titre et provoquer l'application des Règles de La Haye-Visby²⁰.

Le plus souvent, la difficulté provient de la lettre de transport maritime (Sea Waybill), pour deux raisons: c'est un document de plus en plus fréquent, et il n'est pas négociable. Les juridictions nationales sont très partagées à son sujet. Certaines estiment que le Sea Waybill est un document relevant de l'article 1b, tandis que d'autres considèrent qu'il ne s'agit pas d'un «similar document of title».

En France, la jurisprudence a tendance à vouloir ne pas distinguer selon que le transport a donné lieu à l'émission d'un connaissance ou d'un Sea Waybill²¹.

19. High Court of Solomon Islands, 23 oct. 1981, *Belae v. Markwarth Shipping Co Ltd* [1981] SBHC 10.

20. Cass. com., 6 janv. 2021, n° 18-15.228, DMF 2021, n° 833, p. 227, obs. C. Bloch: «Il résulte de l'article premier, b) de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, aussi bien dans sa version originelle que dans celle issue du protocole modificatif du 23 février 1968, qu'un document similaire formant titre pour le transport de marchandises par mer équivaut au connaissance, pour l'application de cette convention. Ayant énoncé que l'absence de connaissance peut être suppléée par tout document similaire et relevé que, pour le déplacement, en avril 2014, entre les ports de Gijón (Espagne) et Poole (Royaume-Uni), du camion endommagé pendant la traversée, les parties avaient établi un document intitulé «detalles de reserva» (détails de la réservation), la cour d'appel a fait ressortir que le chargeur et le transporteur maritime avaient conclu un accord de réservation pouvant être assimilé à un contrat de transport».

21. V. récemment dans une affaire où l'application des Règles de La Haye-Visby n'était pas en cause: Cass. com., 23 mars 2022, n° 19-16.466, D. 2022, p. 819, note Ph. Delebecque, DMF 2022, n° 846, p. 423, obs. G. Piette.

Il est également permis de citer, au Royaume-Uni, la décision *Kyokuyo*, dans laquelle la Cour d'appel a décidé que les Règles de La Haye-Visby s'appliquaient à un transport maritime sous Sea Waybill²². Mais il y avait ici eu, en plus, un projet de connaissance. Cette jurisprudence peut donc se rattacher à l'affaire *Pyrene*.

Dans de nombreux autres Etats, les tribunaux ont tendance à refuser d'assimiler le Sea Waybill à un «similar document of title», et rejettent donc l'application des Règles de La Haye-Visby.

En Grèce, la Cour d'appel du Pirée a considéré que le Sea Waybill fonctionne seulement comme une preuve de réception de la cargaison et une preuve de la conclusion et des termes du contrat, mais sans être un titre représentatif de la marchandise. Ce n'est donc pas un «document of title»²³.

En Espagne, la jurisprudence estime que le Sea Waybill est dépourvu des caractéristiques qui définissent les titres de propriété, puisqu'il n'est pas destiné à la négociation. Le «document similaire» sera celui qui, en résumé, remplit les mêmes fonctions que le connaissance, notamment celle de titre de propriété²⁴.

Au Canada, dans l'affaire *Cami Automotive*, la Cour Fédérale a décidé que le Sea Waybill n'est pas un connaissance ou un «similar document of title» au sens de l'art. 1b²⁵. Cette solution a été récemment confirmée par la Cour Fédérale²⁶, qui a pu estimer: «the Shipping Documents are akin to waybills, namely non-negotiable receipts that are not documents of title»²⁷.

Signalons enfin l'affirmation de Lord Steyn dans la décision précitée *Rafaela S.*: «a Sea Waybill is never a document of title»²⁸.

Si l'on souhaite résumer ces jurisprudences, il est donc possible de remarquer une conception stricte et une conception extensive. La conception stricte limite l'application des Règles de La Haye-Visby aux contrats pour lesquels a

22. *AP Møller-Maersk A/S v. Kyokuyo Ltd* [2018] EWCA Civ 778.

23. Cour d'appel du Pirée, décision n° 97/2004.

24. Provincial Court of Barcelona, 15th Civil Section, 15 avr. 2015, *Hapag-Lloyd AG v. Transnatur SA SAP B 2943/2015*. V. aussi Tribunal Supremo, 14 sept. 2021, *Axa Seguros v. Hijos de Cabanellas*.

25. Federal Court, 24 juin 2009, *Cami Automotive Inc. v. Westwood Shipping Lines Inc.* 2009 FC 664.

26. Federal Court, 7 juin 2022, *Arc-en-ciel Inc. v. Ship BF Leticia*.

27. L'auteur remercie Me Marc De Man, avocat au Barreau de Montréal, pour lui avoir communiqué cette décision.

28. *Jl MacWilliam Co Inc. v. Mediterranean Shipping Co SA* [2005] UKHL 11, n° 46.

été émis un connaissance ou un document que l'on peut considérer comme similaire parce qu'il est représentatif de la marchandise et négociable. La conception extensive admet l'application des Règles de La Haye-Visby à tous les contrats de transport maritime, quel que soit le document qui est émis.

Il apparaît ainsi que le désordre est manifeste, ce qui impose de réfléchir à une remise en ordre.

II. La remise en ordre

Avant d'examiner la remise en ordre, précisons simplement qu'un moyen efficace pour les parties d'être certaines que leur document de transport sera soumis aux Règles de La Haye-Visby est la stipulation d'une clause *Paramount*.

Réfléchir à une remise en ordre suppose d'abord de savoir quelle direction elle doit prendre (A) avant de déterminer les voies possibles qu'elle peut emprunter (B).

A. La direction de la remise en ordre

Dans quelle direction la remise en ordre doit-elle s'effectuer? En d'autres termes, entre la conception stricte, qui se limite au connaissance et aux titres similaires, et la conception extensive, qui englobe tous les documents de transport maritime, laquelle choisir? La doctrine a tendance à se partager entre auteurs favorables à la conception stricte²⁹ et auteurs préférant la conception extensive³⁰.

Un argument, peut-être un peu facile, mais percutant en faveur de la conception stricte, réside dans la Convention de Bruxelles elle-même. Cette Convention s'intitule «*Convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance*». En outre, son article 10, qui détermine l'application spatiale de la Convention, stipule que «*les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance relatif à un transport de marchandises*». Les Règles de La Haye ne semblent conçues que pour les connaissances. Le «similar document of title» paraît accessoire, secondaire.

29. R. Aikens, R. Lord et M. Bools, *Bills of lading*, 2006, n° 6.11 et 10.44; G. Traiter et F. M. B. Reynolds, *Carver on bills of lading*, Sweet and Maxwell, 3e éd. 2011, n° 1.016 et 2.040. V. également Scrutton ou Gaskell.

30. P. Bonassies et Ch. Scapel, *Traité de droit maritime*, op. cit., n° 905; P. G. Pamel et R. C. Wilkins, *Bills of lading vs Sea Waybills, and the Himalaya Clause*, Séminaire de la Canadian Maritime Law Association, Ottawa, 15 avril 2011, W. Tetley, *Marine Cargo Claims*, Ed. Y. Blais, 4e éd., vol. 1, p. 16 et seq.

Cependant, des arguments en faveur de la conception extensive existent, et paraissent particulièrement solides. Outre le gain de simplicité et la meilleure unification que cette solution permettrait, deux arguments nous semblent pouvoir être avancés.

D'une part, la diversification des documents de transport précédemment soulignée fait que le connaissement, s'il est encore le roi des documents de transport maritime, n'est plus en situation quasi-monopolistique. Il est de plus en plus concurrencé par d'autres documents, notamment le Sea Waybill. Limiter les Règles de La Haye-Visby aux connaissements et titres similaires laisse donc beaucoup de documents à l'écart, et diminue l'intérêt de la Convention internationale.

D'autre part, il est connu que les règles applicables au contrat de transport, au contraire de celles régissant l'affrètement, se veulent impératives. C'est notamment l'héritage du *Harter Act* de 1893. Or, écarter des documents du champ d'application des Règles de La Haye-Visby revient à permettre d'écarter ces dernières. Le droit du transport de marchandises se veut protecteur des cocontractants du transporteur. Mais quelle est l'effectivité de cette protection s'il suffit au transporteur, pour s'affranchir des textes, de recourir à un document tel qu'un Sea Waybill ?³¹

Il nous semble que ces derniers arguments sont décisifs. Les Règles de La Haye-Visby devraient par conséquent s'appliquer à tous les documents constatant un transport maritime de marchandises.

B. Les voies de la remise en ordre

Si l'on souhaite l'unification du transport de marchandises, quel que soit le document de transport utilisé par les contractants, deux voies semblent envisageables. La première étend le domaine des Règles de La Haye-Visby. La seconde les dépasse.

La première voie consisterait à amender les Règles de La Haye et celles de La Haye-Visby. L'idée serait d'adopter un Protocole qui modifierait la rédaction de l'article 1b. Au lieu de ne viser que les connaissements ou titres similaires, l'article 1b pourrait viser tous les documents constatant un transport maritime. Ou même, il serait encore plus simple d'imaginer que l'article

31. C'est d'ailleurs le sens de l'article 6 de la Convention, qui autorise le transporteur à écarter les règles impératives de celle-ci, lorsque le transport en cause ne concerne pas une «cargaison commerciale ordinaire».

1b ne vise que le contrat de transport, en le définissant, mais sans faire référence aux documents émis dans le cadre du contrat.

Cette solution présenterait néanmoins un inconvénient: malgré les apparences, elle n'est absolument pas une garantie d'uniformité. La pratique des Protocoles, en effet, n'aide guère à l'unification. Certes, les protocoles sont très utiles, puisqu'ils permettent d'adapter et de moderniser une Convention parfois un peu ancienne, sans avoir besoin d'en rédiger et d'en faire adopter une nouvelle. Le problème est qu'il est rarissime que tous les États Parties à la Convention originelle ratifient les Protocoles subséquents. La difficulté serait accrue par le fait qu'il faudrait, sur notre question, que les Règles de La Haye et celles de La Haye-Visby soient amendées, puisque certains États appliquent les premières, d'autres les secondes. Le risque serait alors, en fonction des ratifications, d'aboutir à des États appliquant les Règles de La Haye, d'autres les Règles de La Haye amendées, d'autres encore les Règles de La Haye-Visby et d'autres enfin les Règles de La Haye-Visby amendées... On peut ainsi se rappeler le constat d'Antoine Vialard, grand ami de la Grèce, qui remarquait qu'il résulte des Protocoles «une superposition de conventions conférant à la matière juridique concernée la physionomie d'un mille-feuilles assez déconcertant, exclusif de toute uniformité internationale véritable»³².

La seconde voie serait de ratifier massivement, et donc de faire entrer en vigueur, les Règles de Rotterdam. Ces dernières présentent, sur le sujet qui nous intéresse, au moins deux avantages.

En premier lieu, elles ne distinguent pas selon les documents (art. 1.1 et 1.14). L'article 1.1 stipule que la Convention s'applique aux contrats de transport, sans davantage de précision quant aux documents émis. Et l'article 1.14 définit les documents de transport comme les documents émis en vertu d'un contrat de transport par le transporteur qui constate la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu du contrat de transport et qui constate ou contient le contrat de transport. Est donc évacuée la question du connaissance ou du document similaire.

En second lieu, les Règles de Rotterdam traitent des documents électroniques de transport (art. 8 et s.), en calquant leurs effets sur ceux des documents papier.

32. A. Vialard, *Sisyphe et l'uniformisation internationale du droit maritime*, DMF 1999, n° 591, p. 213.

Mais évidemment, cette seconde voie ne permet pas d'uniformiser l'application des Règles de La Haye-Visby, puisqu'elle leur substitue un autre texte.

Η υποχρέωση αξιοπλοΐας όπως «αναθεωρείται» υπό το πρίσμα των νέων ρυθμιστικών επεμβάσεων στη ναυτιλία

Λουκάς Ι. Ζυγούρος

Δικηγόρος, ΔΝ, LL.M

1. Εισαγωγή

Τα τελευταία χρόνια οι νομοθετικές μεταβολές σε διεθνές επίπεδο αλλά και η ανάγκη για αντιμετώπιση επειγουσών καταστάσεων που προέκυψαν, δημιούργησαν γόνιμο έδαφος για να γεννηθεί ο εξής προβληματισμός, κατά πόσο δηλαδή το περιεχόμενο της έννοιας της αξιοπλοΐας, όπως έχει ερμηνευθεί διά μακρόν και εξαντλητικά από τη θεωρία και τη νομολογία, παραμένει αμετάβλητο ή αν αντίθετα, πρέπει εκ νέου να οριοθετηθεί υπό το πρίσμα νέων παραμέτρων, νέων νομοθετικών δεσπομένων.

Αντικείμενο της μελέτης αποτελεί η διερεύνηση της επανεξέτασης της υποχρέωσης προς αξιοπλοΐα με τα συναφή ζητήματα που ανακύπτουν υπό το πρίσμα νέων ενδεικτικών ρυθμιστικών παρεμβάσεων στη ναυτιλία.

2. Έννοια και διακρίσεις της αξιοπλοΐας¹

Ως αξιοπλοΐα² νοείται γενικά η ικανότητα του πλοίου, όντας κατάλληλα εξοπλισμένο, επανδρωμένο, ικανό να δεχτεί και να διατηρήσει το φορτίο και νομικά κατάλληλο, να ανταποκριθεί και να αντεπεξέλθει επιτυχώς στις δύσκολες συνθήκες που θα αντιμετωπίσει κατά την εκτέλεση του συμφωνημένου ταξιδιού για τη μεταφορά του φορτίου. Το πλοίο πρέπει, συνεπώς, να έχει τον βαθμό καταλληλότητας που ένας συνηθισμένος, προσεκτικός και συνετός πλοιοκτήτης θα απαιτούσε από το πλοίο του να έχει

1. Για τη σχέση των εννοιών «fitness» και «seaworthiness» στο αγγλικό δίκαιο βλ. *Coghlin et. al.*, *Time Charters*, 2014, p. 160 - 161.

2. *The Eurasian Dream* (2002) 1 LR 719. Επίσης Ζυγούρος, Η Υπαναχώρηση από τη σύμβαση της ναύλωσης. Ελληνικό και συγκριτικό δίκαιο 2012, σελ. 86, *Djadjev*, *The Obligations of the carrier regarding the cargo*, 2017, p. 45, *Todd*, *Principles of the carriage of goods by sea*, 2016, p. 61, *Force*, *Admiralty Law*, 2013, p. 61. Επίσης *Riverstone Meat Co. Pty. v. Lancashire Shipping Co. (The Muncaster Castle)* (1961) AC 807, *The Amstelslot* (1963) 2 LR 223, *The Hellenic Dolphin* (1978) 2 LR 336, *The Friso* (1980) 1 LR 469, *The Theodegmon* (1990) 1 LR 52.

κατά την έναρξη του ταξιδιού του, λαμβάνοντας υπόψη όλες τις πιθανές περιστάσεις του ταξιδιού³. Η αξιοπλοΐα, η οποία κατά τη διάκριση των συμβατικών όρων στο αγγλικό δίκαιο των συμβάσεων, εντάσσεται στην κατηγορία των *innominate terms*⁴, διακρίνεται σε: α) υλική και β) νομική αξιοπλοΐα. Ειδικότερα, η φυσική κατάσταση του πλοίου⁵ αποτελεί ζήτημα πραγματικό⁶. Η αξιοπλοΐα ως έννοια δεν είναι απόλυτη⁷ αλλά σχετική⁸, δεν κρίνεται ενιαιά⁹ αλλά διαφοροποιείται ανάλογα με: α) τη χρονική περίοδο που εκτελείται το ταξίδι¹⁰, β) το συγκεκριμένο ταξίδι¹¹, γ) τη γεωγραφική περιοχή στην οποία το συγκεκριμένο πλοίο με τις δεδομένες μεταφορικές και τεχνικές δυνατότητες πλέει στα καθορισμένα ύδατα¹², δ) το συγκεκριμένο πλοίο¹³, ε) το συγκεκριμένο προς μεταφορά φορτίο¹⁴ και στ) την ένταση και το βαθμό των θαλάσσιων κινδύνων που θα αντιμετωπίσει και τη δυνατότητά του να ανταποκριθεί με επιτυχία και με ασφάλεια στους κινδύνους που ενδεχομένως να αντιμετωπίσει¹⁵. Ο εξοπλισμός του πλοίου, θα πρέπει να είναι σύμφωνος με τις προδιαγραφές και τα κριτήρια που θέτουν οι εκάστοτε ισχύοντες Κανονισμοί, εγχώριοι (του κράτους σημαίας ή του τόπου φόρτωσης ή εκφόρτωσης) και διεθνείς (SOLAS). Η πλήρης ή μερική μη συμμόρφωση συνεπάγεται ότι το πλοίο δεν είναι αξιόπλοο. Ενδεικτικά υπογραμμίζεται ότι τόσο οι μηχανές¹⁶,

3. *McFadden v. Blue Star Line* (1905) KB 697, *F. C. Bradley & Sons, Ltd. v. Federal Steam Navigation Company, Ltd.* (1925) 22 Ll.LR 424, *The Fjord Wind* (2000) 2 LR 191.

4. *The Torenia* 1983 2 LR, 217, *Hong Kong Fir Shipping Co v. Kawasaki Kishen Kaisha Ltd* 1961, 2 LR 478.

5. *The Fjord Wind* (2000) 2 LR 191, *Aikens et. al.*, Bills of Lading, 2016, 10.110.

6. *Luckenbach v. McCahan Sugar Co.*, 248 U.S. 139, 145, 39 S.Ct. 53, 63 L.Ed. 170 (1942).

7. *M.D.C., Ltd. v. N.V. Zeevaart Maatschappij (Beursstraat)*, [1962] 1 Lloyd's Rep. 180.

8. *The Bunga Seroja*, (1999) 1 LR 512, *May v. Hamburg-Amerikanische Packetfahrt Aktiengesellschaft*, 290 U.S. 333, 346-49, 54 S.Ct. 162, 78 L.Ed. 348 (1933) (*The Isis*), *J. Gerber Co. v. S.S. Sabine Howaldt*, 437 F.2d 580, 596 (2d Cir. 1971), *Djadjev*, op.cit., 47.

9. Ζυγούρος, ό.π., 2012, 103.

10. *Daniel v. Harris* (1874-1875) L.R. 10 C.P. 1, *Moore v. Lunn* (1923) 15 LILR. 155, *FC Bradley & Sons Ltd v Federal Steam Navigation Co Ltd* (1926) 24 LILR 446.

11. *The Fjord Wind* (2000) 2 LR 191.

12. *The Quebec Marine Insurance Company v. The Commercial Bank of Canada* (1869-1871) L.R. 3 P.C. 234, *Moore v. Lunn* (1923) 15 Ll.LR. 155 and *Burges v. Wicham* (1863) 3 B & S 669.

13. *The Aquacharm* (1982) 1 LR 7.

14. *W Angliss & Co (Australia) Pty Ltd v. P & O Steam Navigation Co* (1927) 28 LILR 202.

15. *Force*, op.cit., 61.

16. *MT Cape Bonny Tankschiffarts GmbH & Co KG v. Ping An Property & Casualty Insurance Co of China Ltd* (2017) EWHC 3036 (Comm), [118], *The Fjord Wind* (2000) 2 LR 191, *The Kriti Rex* (1996) 2 LR 171.

όσο και οι καυστήρες του πλοίου θα πρέπει να λειτουργούν κανονικά¹⁷ καθώς και να λειτουργούν οι καταψυκτικοί χώροι¹⁸ και οι γερανοί φορτοεκφόρτωσης φορτίου¹⁹.

Περαιτέρω, το πλοίο επιβάλλεται να έχει επαρκή αριθμό προσώπων για το ταξίδι²⁰, τα οποία εργάζονται ως ναυτικοί σε αυτό για να εκτελούν τα καθήκοντα για τα οποία έχουν τα προσόντα και στην πραγματικότητα είναι ικανά²¹ και αποτελεσματικά²². Πρέπει να υπάρχει όχι μόνο τυπική συμφωνία όσον αφορά στα πιστοποιητικά ικανότητας του πληρώματος και τα εκδιδόμενα από την Αρχή διπλώματα, αλλά και ουσιαστική εξέταση και τεκμηρίωση των προσόντων των μελών του πληρώματος για να αναλάβουν συγκεκριμένα καθήκοντα ή θέση²³. Η αριθμητική ύπαρξη του πληρώματος κρίνεται τόσο με βάση το εσωτερικό δίκαιο²⁴ όσο και σύμφωνα με τις Διεθνείς Συμβάσεις (π.χ. SOLAS, STCW, MLC 2006, IMO²⁵), η παράβαση των οποίων καθιστά το πλοίο μη αξιόπλοο²⁶ και γεννά ευθύνη προς αποζημίωση. Ο πλοιοκτήτης πρέπει να εξακριβώσει ότι ο ναυτικός είναι εύλογα ικανός να καταλάβει τη θέση στην οποία διορίζεται είτε κατόπιν ελέγχου των εγγράφων του ναυτικού ή ύστερα από επικοινωνία με προηγούμενους εργοδότες του²⁷. Δεν είναι αρκετό να βασιστεί μόνο στα πιστοποιητικά ικανότητας που προσκομίζει ο ναυτικός²⁸.

Το πλοίο πρέπει, επίσης, να είναι εξίσου ικανό προς φόρτωση/στοιβασία και διατήρηση του φορτίου δηλαδή να μπορεί να μεταφέρει και να παραδώσει το φορτίο στον τόπο προορισμού²⁹. Η υποχρέωση αυτή δεν κρίνεται αφηρημέ-

17. *A/B Karlshamns Oljefabriker v. Monarch Steamship Co* (1949) SC(HL) 1.

18. *Martin v. Southwark* (1903) 24 S Ct 1.

19. *The Happy Ranger* (2006) EWHC 122.

20. *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* (1962) 2 QB 26.

21. *Scrutton On Charterparties and Bills of Lading*, 2020, 7-027.

22. *The Aconagua* (2010) 1 LR 1, *Standard Oil v. Clan Line* (1924) AC 10.

23. ΕφΠειρ 735/2005 ΝΟΜΟΣ.

24. ΠΔ 237/1987, ΠΔ 238/1987.

25. Resolution A.1047(27) Adopted on 30 November 2011 (Agenda item 9) PRINCIPLES OF MINIMUM SAFE MANNING.

26. *Chacon*, *The Due Diligence in Maritime Transportation in the Technological Era*, 2016, p. 132.

27. *The Makedonia* (1962) 1 LR 316.

28. *The Farrandoc* (1967) 2 LR 276.

29. *Stanton v. Richardson* (1872) LR 7 CP 421, *Owners of Cargo carried in the Ship 'Gang Cheng' v. Owners and/or Persons Interested in the Ship 'Gang Cheng'* (1998) 6 MLJ 468, *The Fjord Wind* (2000) 2 LR 191, *The Asia Star* (2006) SGHC 115, (2006) 3 SLR(R) 612, *The Good Friend* (1984), 2 LR 586.

να για κάθε πλοίο αλλά αφορά στο κάθε ένα πλοίο συγκεκριμένα που θα μεταφέρει το συγκεκριμένο φορτίο. Συνεπώς, η αξιοπλοΐα θα κριθεί με βάση το συμφωνημένο φορτίο³⁰ που θα μεταφέρει το συγκεκριμένο πλοίο με τα συγκεκριμένα τεχνικά χαρακτηριστικά³¹. Οι χώροι αποθήκευσης πρέπει να είναι αρκετοί, κατάλληλοι για τη διατήρησή του³², καθαροί ώστε να μην μολύνουν το προβλεπόμενο φορτίο³³ και να μην καθιστούν τη μεταφορά του φορτίου επικίνδυνη³⁴. Εάν το φορτίο πρέπει να φορτωθεί σε περισσότερους χώρους αποθήκευσης, είναι προφανές ότι όλοι οι χώροι και όχι ένα μέρος αυτών πρέπει να πληρούν τις προαναφερθείσες προδιαγραφές. Σε περίπτωση που υπάρχει φορτίο, το οποίο χρειάζεται ψυγείο, ο εξοπλισμός πρέπει να είναι επαρκής και κατάλληλος³⁵ και όταν συμφωνείται ότι στο πλοίο θα μεταφερθούν ζώα, πρέπει αυτό να είναι υγειονομικά ασφαλές³⁶. Το φορτίο πρέπει, επιπλέον, να έχει στοιβαχθεί στο πλοίο με τον κατάλληλο τρόπο³⁷ και σύμφωνα με όσα ορίζουν οι Διεθνείς Κανονισμοί³⁸ ώστε να μην επηρεάζεται η ευστάθειά³⁹ του και η ασφάλειά του. Εφόσον, η κακή στοιβασία επηρεάζει την ασφάλεια του πλοίου υπάρχει αναξιοπλοΐα⁴⁰. Ωστόσο, ο κανόνας αυτός δεν ισχύει πάντοτε δεδομένου ότι ενδέχεται μεν το φορτίο να μην έχει στοιβαχθεί σωστά, όμως αυτό να μην δημιουργεί κίνδυνο στο πλοίο αλλά στο φορτίο⁴¹ ή σε άλλο φορτίο.

Από την άλλη, η νομική αξιοπλοΐα έχει διττό περιεχόμενο: πρώτον, σημαίνει ότι το πλοίο πρέπει να είναι εφοδιασμένο με όλα τα έγγραφα και τα πιστοποιητικά που απαιτούνται για την πραγματοποίηση του ταξιδιού. Τα έγγραφα αυτά ποικίλουν ανάλογα με τον τύπο του πλοίου, το μέγεθος και το χρόνο κατασκευής. Ως προς τα απαραίτητα έγγραφα επισημαίνουμε ότι απαιτείται να υπάρχουν σε κάθε πλοίο τα έγγραφα που προβλέπονται στην απόφαση του ΙΜΟ⁴².

30. *The Aquacharm* (1982) 1 LR 7.

31. Η καταλληλότητα φόρτωσης και διατήρησης του φορτίου ισχύει και για τα εμπορευματοκιβώτια (ΑΠ 928/2011 ΝΟΜΟΣ, *The Aconcagua* (2010) 1 LR 1).

32. *Coghlin et. al.*, op.cit., 162.

33. *The Good Friend* (1984) 2 LR 586.

34. *The Fiona* (1994) 2 LR 506.

35. *JP Klausen & Co AS v. Mediterranean Shipping Co SA* (2013) EWHC 3254 (Comm).

36. *Sleigh v. Tyser* (1900) 2 QB 333.

37. *The Friso* (1980) 1 LR 469.

38. IMDG Code, IMSBC Code, IBC Code.

39. *Standard Oil v. Clan Line* (1924) A.C. 100.

40. *Baughen*, Shipping Law, 2019, p. 88, *Scrutton*, op.cit., 7-026, *The Aconcagua* (2010) 1 LR 1.

41. *The Apostolis* (1997) 2 LR 241, *The Aquacharm* (1982) 1 WLR 119, *The Thorsa* (1916) P 257, *Elder, Dempster & Co Ltd v. Paterson, Zochonis & Co Ltd* (1924) AC 522.

42. FAL.2/Circ.131 MEPC.1/Circ.873 MSC.1/Circ.1586 LEG.2/Circ.3 19 July 2017.

Ενδεικτικά αναφέρεται ότι η νομολογία έχει κρίνει ότι η απουσία ενός απαραίτητου πιστοποιητικού από τις υγειονομικές αρχές του λιμανιού⁴³ ή ενός πιστοποιητικού μυοκτονίας⁴⁴ καθιστά το πλοίο μη αξιόπλοο. Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, δεν είναι κάθε έγγραφο απαραίτητο για την εκτίμηση της αξιοπλοΐας. Το κριτήριο σχετικά με το υποχρεωτικό ή μη του εγγράφου είναι το εξής: συνιστά το έγγραφο νομικά επιβαλλόμενη υποχρέωση ή όχι⁴⁵; Η υποχρέωση μπορεί να προκύπτει είτε από το συμβατικό κείμενο (ναυλοσύμφωνο)⁴⁶ είτε από Διεθνή Σύμβαση στην οποία είναι συμβαλλόμενο μέρος το κράτος της σημαίας του πλοίου ή Διεθνή ή Ευρωπαϊκό Κανονισμό ή Οδηγία που έχει ενσωματωθεί στο δίκαιο του κράτους της σημαίας του πλοίου, είτε από εθνικό ή τοπικό κανονισμό του λιμανιού φόρτωσης ή εκφόρτωσης. Ενόψει της παρατήρησης αυτής, πρέπει να σημειωθεί ότι απουσία ενός ή περισσότερων εγγράφων από τα χαρακτηριζόμενα ανωτέρω από τον IMO ως απαραίτητα καθιστά το πλοίο μη αξιόπλοο. Πάντως και ενόψει των ανωτέρω παρατηρήσεων, πρέπει να επισημανθεί ότι στην έννοια των εγγράφων ή πιστοποιητικών δεν συγκαταλέγεται η τυπική άδεια που ενδεχομένως να απαιτείται από τις αστυνομικές αρχές για να αρχίσει η διαδικασία εκ/φόρτωσης του πλοίου⁴⁷. Σε καταφατική περίπτωση η παράλειψη του εγγράφου/πιστοποιητικού επηρεάζει άμεσα το αξιόπλοο, με συνέπεια να γεννάται ευθύνη του εκναυλωτή/μεταφορέα. Το αντίθετο θα συμβαίνει στην αρνητική απάντηση επί του ερωτήματος. Συνεπεία αυτών, έχει κριθεί ότι ένα deck certificate clearance⁴⁸ ή η ITF Blue Card⁴⁹ ή η έγκριση RightShip⁵⁰ δεν συνεπάγονται το μη αξιόπλοο.

Δεύτερον, το πλοίο δεν πρέπει να έχει νομικά ελαττώματα (π.χ. συντηρητική κατάσταση, αναγκαστική εκτέλεση κράτηση - απαγόρευση απόπλου), τα οποία θα παρεμποδίσουν ή θα καθυστερήσουν τον απόπλου.

2.1. Δέουσα επιμέλεια

Το άρθρο 3§1 ΚΧΒ δεν επιβάλλει την υποχρέωση της αξιοπλοΐας ως σιωπηρή απόλυτη υποχρέωση ή εγγύηση⁵¹ αλλά ως υποχρέωση, η οποία πρέπει να εκπληρωθεί υπό το πρίσμα της δέουσας επιμέλειας. Κρίσιμο, εν προκειμένω,

43. *Ciampa v. British India Steam Navigation* (1915) 2 K.B. 774.

44. *The Madeleine* (1967) 2 LR 224.

45. *The Derby* (1985) 2 LR 325.

46. Ενδεικτικά NYPE 2015 cl. 18, 29 b, 44, 45 a (ii).

47. *The Aello* (1960) 1 LR 623.

48. *Chellew Navigation Co Ltd v. AR Appelquist Kolimport AG* (1933) 45 LILR 190.

49. *The Derby* (1985) 2 LR 325.

50. *The Silver Constellation*, (2008) EWHC 1904 (Comm).

51. *Kopitoff v. Wilson* (1876) 1 377, *Steel v. State Line Steamship Co.* (1877) 3 App. Case 86.

είναι το ερώτημα, εάν δηλαδή, γνώριζε το ελάττωμα ένας συνετός πλοιοκτήτης, θα έστελνε το πλοίο στη θάλασσα υπό αυτήν την κατάσταση⁵²; Η απάντηση πρέπει να εστιάζεται σε αντικειμενικά⁵³ κριτήρια δηλαδή πρέπει να μετράται με βάση τα πρότυπα ενός εύλογου πλοιοκτήτη, λαμβάνοντας υπόψη τα διεθνή πρότυπα και τις ιδιαίτερες συνθήκες του υπό εξέταση προβλήματος.

Στο ελληνικό δίκαιο⁵⁴, η δέουσα επιμέλεια νοείται ως η επιμέλεια που απαιτείται στις συναλλαγές (ΑΚ 330 εδ.2) από το μέσο τυπικό εκπρόσωπο του συγκεκριμένου οικονομικού, επαγγελματικού κύκλου⁵⁵ δηλαδή το κριτήριο θα είναι η συμπεριφορά του μέσου συνετού, επιμελή ναυτικού επιχειρηματία/μεταφορέα ή κατ' άλλη διατύπωση, η επιμέλεια που απαιτείται από το μέσο μεταφορέα ως μέσο εκπρόσωπο του κύκλου του. Από τη στιγμή, όμως, που ο επαγγελματικός κύκλος δεν είναι εύκολο να προσδιοριστεί δεδομένου του διεθνούς χαρακτήρα της ναυτιλίας⁵⁶, η επιμέλεια θα πρέπει να αξιολογηθεί στη βάση της ουσιαστικής συμμόρφωσης του μεταφορέα με τα ελάχιστα απαιτούμενα όρια κατασκευής, συντήρησης, εξοπλισμού, στελέχωσης και λειτουργίας του πλοίου που καθορίζουν οι βασικές διεθνείς συμβάσεις π.χ. SOLAS, STCW κτλ.

Ο βαθμός της επιμέλειας που απαιτείται είναι εκείνος του μέσου συνετού μεταφορέα⁵⁷ ή του ικανού μεταφορέα⁵⁸ ή προσώπου⁵⁹ στο αμερικανικό δίκαιο. Συνεπώς, ο μέσος συνετός ή ικανός μεταφορέας θα πρέπει να καταβάλει μία εύλογη, ικανή και γνήσια προσπάθεια να καταστήσει το πλοίο αξιόπλοο⁶⁰ παρά

52. *MDC Ltd v. NV Zeevaart Maatschappij 'Beursstraat'* (1962) 1 LR 180, *Fyffes Group Ltd and Caribbean Gold Ltd v. Reefer Express Lines Pty Ltd and Reefkrit Shipping Inc (The Kriti Rex)* (1996) 2 LR 171, *UBC Chartering Ltd v. Liepaya Shipping Co Ltd (The Liepaya)* (1999) 1 LR 649.

53. *The Kapitan Sakharov* (2000) 2 LR 255, *Κιάντου Παμπούκη*, Ναυτικό Δίκαιο II, 2007, σελ. 360-361.

54. Η προσήκουσα επιμέλεια, στο αγγλικό δίκαιο, ισοδυναμεί με την εύλογη επιμέλεια και ικανότητα (reasonable care and skill). Η δέουσα επιμέλεια είναι όμοια με την υποχρέωση επιμέλειας (duty of care) του κοινοδικαίου και συνεπώς, η έλλειψή της ισοδυναμεί με αμέλεια.

55. *Κιάντου Παμπούκη*, ό.π., 2007, σελ. 361, *Θεοχαρίδης*, Η αδικοπρακτική ευθύνη του θαλάσσιου μεταφορέα ΚΧΒ, 2000, σελ. 50.

56. *Αντάπωσης/Αθανασίου*, Ναυτικό Δίκαιο, 2020, σελ. 632.

57. *FC Bradley & Sons v. Federal Steam Navigation Co.* (1926) 24 LILR 446, *MDC Ltd. v. NV Zeevaart Maatschappij Beursstraat* (1962) 1 LR 180.

58. *Tuxpan Lim. Procs.* 765 F. Supp. 1150 at p. 1179, 1991 AMC 2432 (S.D. N.Y. 1991).

59. *C. Itoh & Co. (America) Inc. v. M/V Hans Leonhardt* 719 F. Supp. 479 at p. 504, 1990 AMC 733 at p. 743 (E.D. La. 1989).

60. *Chacon*, op.cit., 117.

τις οποίες επιφυλάξεις διατυπώνονται από τμήμα της θεωρίας⁶¹. Δεν απαιτείται ο μεταφορέας να λάβει κάθε δυνατή προφύλαξη· χρειάζεται να λαμβάνει μόνο τις προφυλάξεις που θα λαμβάνονταν από έναν εύλογο μεταφορέα⁶². Ο μεταφορέας οφείλει να επιδείξει τη δέουσα επιμέλεια από τη στιγμή που το πλοίο θα περιέλθει σε αυτόν, στον έλεγχό του, στη σφαίρα επιρροής του και όχι σε προγενέστερο χρονικό διάστημα από τα αναφερόμενα⁶³. Δεν απαιτείται ο μεταφορέας να καταβάλει απόλυτη ή εξαιρετική επιμέλεια ούτε και θεωρείται ότι δεν επέδειξε τη δέουσα επιμέλεια εάν η μεταγενέστερη εμπειρία δείξει ότι ήταν απαραίτητη η λήψη μέτρων⁶⁴.

Η υποχρέωση προς αξιοπλοΐα είναι «υπερέχουσα» ή υπέρτερη⁶⁵ με την έννοια ότι εάν ο μεταφορέας δεν έχει επιδείξει, πριν και κατά την έναρξη του πλου, τη δέουσα επιμέλεια δεν θα μπορεί να επικαλεστεί κάποιον από τους λόγους απαλλαγής του άρθρου 4§2 ΚΧΒ σε περίπτωση που η μη εκπλήρωση των υποχρεώσεων του άρθρου 3§1 ΚΧΒ συνδέεται αιτιωδώς με την πρόκληση της ζημιάς. Η θέση αυτή είναι απολύτως κρατούσα στο αγγλικό δίκαιο σε νομολογία⁶⁶ και θεωρία⁶⁷, στο αμερικανικό⁶⁸, καναδικό⁶⁹, ολλανδικό⁷⁰ και αυστραλιανό δίκαιο⁷¹. Εξηγείται, δε, από το γεγονός ότι ενώ στην 3§2 ΚΧΒ υπάρ-

61. *Thomas*, Seaworthiness-the illusion of the Hague compromise 12 JIML 2006, p. 87.

62. *Baughen*, op.cit., 111. Βλ. επίσης *The Hellenic Dolphin* (1978) 2 LR 336.

63. *Riverstone Meat Co. Pty. v. Lancashire Shipping Co. (The Muncaster Castle)* (1961) AC 807, *The Happy Ranger* (2006) EWHC 122.

64. *Scrutton*, op.cit., 14-047, *Union of India v. N.V. Reederij Amsterdam* (1962) 2 LR 336, *The Australia Star* (1940) 67 LILR 110, *A. Meredith Jones & Co Ltd v. Vangemar Shipping Co Ltd (The Apostolis)* (1977) 2 LR 241.

65. Η έννοια της υπερέχουσας ή υπέρτερης υποχρέωσης συναντάται στην απόφαση *Paterson Steamships, Ltd. v. Canadian Co-operative Wheat Producers, Ltd. (The Sarnidoc)* (1934) LILR 421.

66. *Maxine Footwear Co Ltd v. Canadian Government Merchant Marine* (1959) 2 LR 105, *Smith, Hogg v. Black Sea and Baltic General Insurance* (1940) AC 997, *The Fiona* (1994) 2 LR 506, *The Eurasian Dream* (2002) 1 LR 719, *The Apostolis* (1997) 2 LR 241.

67. *Baughen*, op.cit., 114, *Baatz*, Maritime Law, 2018, p. 260, *Djadjev*, op.cit., 48, *Wilson*, *Carriage of goods by sea*, 2010, p. 277, *Todd*, op.cit., 2016, 69, *Cooke et. al.*, *Voyage Charters*, 2014, p. 1024, *Scrutton* op.cit., 14-046, 14-074, *Aikens et al.*, op.cit., 10.97, *Carr/Stone*, *International Trade Law*, 2018, p. 230.

68. *Force*, op.cit., 69, *Schnell & Co. v. S.S. Vallescura*, 293 U.S. 296.

69. *Tetley*, *Marine cargo claims*, 2008, Ch. 15 II. 2.

70. *Margetson*, *The system of liability of articles III and IV of the Hague (Visby) Rules*, 2008, p. 72, *Stevens*, *Apportionment of damages under the Rotterdam Rules*, JIML 2011, 343, 348.

71. *Great China Metal Industries Co Ltd v. Malaysian International Shipping Corporation Berhad* (1998) HCA 65; 196 CLR 161.

χει η επιφύλαξη των διατάξεων του άρθρου 4, δεν ισχύει το ίδιο στο άρθρο 3§1 KXB⁷².

Ο μεταφορέας, κατά την επίδειξη της δέουσας επιμέλειας, πρέπει να εκπληρώσει δύο προϋποθέσεις: α) πρέπει να διενεργήσει τις επιθεωρήσεις, επισκευές ή άλλες προετοιμασίες, τις οποίες υπό τις περιστάσεις θα πραγματοποιούσε εύλογα ένας εξειδικευμένος και συνετός πλοιοκτήτης και β) οποιαδήποτε εργασία που εκτελείται στην πράξη πρέπει να εκτελείται με εύλογη δεξιοσύνη, μέριμνα και ικανότητα⁷³. Η επίδειξη της δέουσας επιμέλειας είναι προσωπική⁷⁴, μη αναθέσιμη, μη μεταβιβάσιμη⁷⁵. Αφορά στο πρόσωπο του μεταφορέα και μόνο, κανέναν άλλο. Αυτό σημαίνει ότι ο μεταφορέας δεν μπορεί να επικαλεστεί άλλα πρόσωπα για να απαλλαγεί από την ευθύνη του⁷⁶. Μπορεί βέβαια να προσλάβει άτομα για να εκτελέσουν μία συγκεκριμένη εργασία, όμως η ευθύνη, εάν αυτά δεν είναι επιμελή, παραμένει στον ίδιο το μεταφορέα⁷⁷ ακόμα και αν πρόκειται για επιθεωρητή των Lloyds με αξιοζήλευτη φήμη. Το ίδιο ισχύει και για πιστοποιητικά των επιθεωρητών⁷⁸.

Η προσήκουσα επιμέλεια εκ μέρους του μεταφορέα πρέπει να επιδειχθεί: πριν και κατά την έναρξη του πλου, όχι κατά τη διάρκεια του ταξιδιού. Ο χρόνος εκπλήρωσης αρχίζει από το σημείο της έναρξης της φόρτωσης και διαρκεί έως την έναρξη του ταξιδιού⁷⁹. Η έκφραση «πριν και κατά την έναρξη του ταξιδιού» συμπεριλαμβάνει ολόκληρη την περίοδο πριν από την έναρξη του ταξιδιού⁸⁰. Από τη στιγμή της έναρξης του ταξιδιού παύει και η υποχρέωση⁸¹, οπότε και εάν υπάρξει επιγενόμενη αναξιοπλοΐα, η υποχρέωση έχει εκπληρωθεί

72. *The Maltasian* (1966) 2 LR 53.

73. *The Amstelslot* (1963) 2 LR 223.

74. *The Happy Ranger* (2006) EWHC 122, *The Antigoni* (1991) 1 LR 209, *Riverstone Meat Co. Pty. v. Lancashire Shipping Co. (The Muncaster Castle)* (1961) AC 807.

75. *Mandaraka-Sheppard*, *Modern Maritime Law*, Vol. 2: Managing Risks and Liabilities 2013, p. 106.

76. *Scrutton*, op.cit., 14-046, *Tetley*, op.cit., Ch. 15 X, *Baughen*, op.cit., 111, *Cooke et al.*, op.cit., p. 1026.

77. *Wilson*, op.cit., 188.

78. *Tetley*, op.cit., Ch. 15.

79. Για την έναρξη του ταξιδιού βλ. *Zygouros*, *Unexpected circumstances and carriage of goods by sea*, 2019, p. 230. Επιπλέον βλ. *Maxine Footwear Co Ltd v. Canadian Government Merchant Marine Ltd* (1959) AC 589, *The Makedonia* (1962) 1 LR 316, *CHS Inc Iberica SL v. Far East Marine SA (The mv Devon)* (2012) EWHC 3747.

80. *The Fjord Wind* (2000) 2 LR 191.

81. *The Chyebassa* (1966) 1 LR 450, *Κιάντου Παμπούκη*, ό.π., 2007, σελ. 358.

και ο μεταφορέας δεν έχει ευθύνη αν ανακαλυφθούν ελαττώματα κατά το ταξίδι ή κατά την προσέγγιση και ελλιμενισμό του πλοίου σε ενδιάμεσο λιμάνι⁸².

3. Νομοθετικές επεμβάσεις και ζητήματα αξιοπλοΐας

3.1. Ασφάλεια πλοίων και λιμενικών εγκαταστάσεων. Νομικό πλαίσιο

Ο IMO με την απόφασή του Α.924(22)⁸³ εξέτασε μέτρα και διαδικασίες για την πρόληψη πράξεων της τρομοκρατίας που απειλούν την ασφάλεια των επιβατών, των πληρωμάτων και των πλοίων⁸⁴. Ένα νέο κεφάλαιο προστέθηκε στη Διεθνή Σύμβαση SOLAS ως Παράρτημα του Κεφαλαίου XI-2 με τίτλο «Ειδικά μέτρα για την ενίσχυση της ασφάλειας στη θάλασσα» μετά το νέο αναριθμημένο κεφάλαιο XI-1⁸⁵. Οι τροποποιήσεις της Σύμβασης SOLAS έγιναν με το σύστημα της σιωπηρής αποδοχής, βάσει του οποίου οι τροποποιήσεις αυτόματα τίθενται σε ισχύ μόλις εγκριθούν από τον IMO, εκτός εάν επαρκής αριθμός κρατών αντιτίθεται⁸⁶.

Στην προαναφερόμενη Σύμβαση ενσωματώθηκε και ο Κώδικας Ασφάλειας Πλοίων και Λιμενικών Εγκαταστάσεων (ISPS Code) (Παράρτημα 2), ο οποίος τέθηκε σε ισχύ τον Ιούλιο του 2004. Αποτελεί, η ΔΣ το διεθνές νομικό πλαίσιο για την ασφάλεια της ναυτιλίας και των εγκαταστάσεων κατά πράξεων τρομοκρατίας, με την παρατήρηση όμως ότι δεν επιτρέπει στα κράτη να «απαντούν» στις πράξεις ή στις απειλές τρομοκρατίας κατά της ναυτιλίας, των λιμένων και των εγκαταστάσεων⁸⁷. Ο Κώδικας αυτός αποτελείται από δύο μέρη. Το μέρος

82. *Wilson*, op.cit., p. 188.

83. “Review of measures and procedures to prevent acts of terrorism which threaten the security of passengers and crews and the safety of ships”.

84. *Baatz*, op.cit., 2018, p. 480 et seq., *Mandaraka-Sheppard*, op.cit., 94 et seq., *Klein*, Legal limitations on ensuring Australia’s maritime security (Melbourne Journal of International Law), 2006, *Kraska/Pedroso*, International Maritime Security Law, 2013, p. 378, *Girvin*, The Commercial Implications of the ISPS Code, 2005, p. 330, *Marlus* 307-355.

85. Σημειώτεον ότι το Κεφάλαιο XI-1 της ΔΣ SOLAS απαιτεί: α) την εγκατάσταση του Αυτόματου Συστήματος Αναγνώρισης (AIS) στα περισσότερα πλοία (Κανονισμός 19), β) τα πλοία θα πρέπει να φέρουν μόνιμα τους αριθμούς αναγνώρισης του IMO (Κανονισμός 3), γ) ο κύριος ή ο διαχειριστής κάθε πλοίου στο οποίο εφαρμόζονται οι διατάξεις του SOLAS 1974, να εκδίδουν και να διατηρούν ένα έγγραφο που ονομάζεται Αρχείο Συνεχούς Σύνοψης (Continuous Synopsis Record) (Κανονισμός 5).

86. *Klein*, Maritime Security and the Law of the Sea, 2011, p. 158.

87. *Cordner*, Maritime Security Risks, Vulnerabilities and Cooperation (Uncertainty in the Indian Ocean), 2017, p. 63.

Α του Κώδικα είναι υποχρεωτικό, όχι όμως και το μέρος Β, το οποίο παρέχει πρόσθετες οδηγίες σχετικά με την εφαρμογή του μέρους Α⁸⁸.

Σε ευρωπαϊκό - ενωσιακό νομοθετικό επίπεδο υπάρχει επίσης: 1) ο Κανονισμός ΕΕ 725/2004⁸⁹ με τον οποίο εφαρμόστηκε ο Κώδικας ISPS. Οι προϋποθέσεις του μέρους Α του κώδικα ISPS, οι οποίες είχαν καταστεί υποχρεωτικές βάσει του κεφαλαίου XI-2 του παραρτήματος της σύμβασης SOLAS, προσαρτήθηκαν ως παράρτημα II στον Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 725/2004. Στις 20/5/2005, ο IMO ενέκρινε το ψήφισμα MSC 196(80) για την τροποποίηση του κώδικα ISPS, όσον αφορά τις υποχρεωτικές προϋποθέσεις των διατάξεων του κεφαλαίου XI-2 του παραρτήματος της ΔΣ SOLAS, που αποτελούν το μέρος Α του εν λόγω κώδικα. Ο Κανονισμός ΕΕ 725/2004 καθιστά υποχρεωτικά ορισμένα μέρη του Μέρους Β του κώδικα ISPS⁹⁰, 2) ο Κανονισμός ΕΕ 324/2008, ο οποίος θεσπίζει διαδικασίες διεξαγωγής των επιθεωρήσεων της Επιτροπής για την παρακολούθηση της εφαρμογής του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 725/2004 τόσο σε επίπεδο κάθε κράτους μέλους όσο και σε επίπεδο λιμενικών εγκαταστάσεων και των αντίστοιχων εταιρειών και 3) η Οδηγία 2005/65, η οποία έχει ως στόχο την εισαγωγή κοινοτικών μέτρων με σκοπό την ενίσχυση της ασφαλείας λιμένων ενόψει απειλών για συμβάντα που θέτουν σε κίνδυνο την ασφάλεια.

Επιπλέον, η Ελλάδα με το ΠΔ 56/2004 προχώρησε στην «*Κύρωση τροποποιήσεων Δ.Σ. «περί ασφαλείας της ανθρώπινης ζωής στην Θάλασσα» που υιοθετήθηκαν στη διάσκεψη των συμβαλλομένων κυβερνήσεων της διεθνούς σύμβασης την 21η Δεκεμβρίου 2002. Παράλληλα, το 2007 ψηφίστηκε από τη χώρα μας ο νόμος 3622/2007, όπως έκτοτε ισχύει, που αφορά στην «*Ενίσχυση της ασφαλείας πλοίων, λιμενικών εγκαταστάσεων και λιμένων και άλλες διατάξεις*».*

3.1.1. Πεδίο εφαρμογής, υποχρέωση συμμόρφωσης και επίπεδα ασφαλείας

Ο Κώδικας ISPS, επικεντρώνεται στο πλοίο ως στόχο, τη δυναμική χρήση του πλοίου ως όπλου και τη χρήση ενός πλοίου ως μέσου μεταφοράς προσώπων που προτίθενται να προκαλέσουν ένα συμβάν ασφαλείας⁹¹. Εφαρμόζεται πρώτον, σε επιβατηγά πλοία, περιλαμβανομένων και επιβατηγών ταχυπλό-

88. Σχετική πρόβλεψη υπάρχει και στο ναυλοσύμφωνο NYPE 2015 (cl. 45). Βλ. επίσης: BIMCO ISPS/MTSA cl. for V. C/P and T. C/P 2005.

89. Τέθηκε σε ισχύ στις 19/5/2004.

90. Βλ. άρθρο 354 και 5. Επίσης *Christodoulou-Varotsi*, Maritime Safety Law and Policies of the European Union and the United States of America: Antagonism or Synergy?, 2008, p. 9, 42.

91. *Kraska/Pedroso*, op.cit., 378.

ων σκαφών, δεύτερον σε φορτηγά πλοία, περιλαμβανομένων και ταχυπλόων σκαφών, 500 κόρων ολικής χωρητικότητας και άνω, και τρίτον σε κινητές μονάδες γεώτρησης ανοικτής θαλάσσης⁹². Παράλληλα, έχει εφαρμογή σε λιμενικές εγκαταστάσεις, οι οποίες εξυπηρετούν πλοία που εκτελούν διεθνείς πλόες. Απεναντίας, δεν εφαρμόζεται ο Κώδικας σε πολεμικά πλοία, σε βοηθητικά πολεμικά πλοία ή άλλα πλοία που ανήκουν σε συμβαλλόμενο κράτος ή που διαχειρίζονται από συμβαλλόμενο κράτος, τα οποία χρησιμοποιούνται αποκλειστικά σε κρατική μη εμπορική υπηρεσία⁹³.

Οι εταιρείες, από τη μία πλευρά, πρέπει να συμμορφώνονται με τις σχετικές απαιτήσεις του Κεφαλαίου⁹⁴ και του Μέρους Α του Κώδικα ISPS, αφού ληφθούν υπόψη οι κατευθυντήριες οδηγίες (σχετικά με τις διατάξεις του Κεφαλαίου XI.2 του παραρτήματος της διεθνούς σύμβασης για την ασφάλεια της ζωής στη θάλασσα) που βρίσκονται στο Μέρος Β του Κώδικα ISPS. Από την άλλη⁹⁵, τα πλοία πρέπει να συμμορφώνονται με τις σχετικές απαιτήσεις του προαναφερόμενου Κεφαλαίου και του Μέρους Α του Κώδικα ISPS, αφού ληφθούν υπόψη οι κατευθυντήριες οδηγίες (σχετικά με τις διατάξεις του Κεφαλαίου XI.2 του παραρτήματος της διεθνούς σύμβασης για την ασφάλεια της ζωής στη θάλασσα) που βρίσκονται στο Μέρος Β του Κώδικα ISPS. Η συμμόρφωσή τους διαπιστώνεται και πιστοποιείται σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Μέρος Α του Κώδικα ISPS⁹⁶.

Τα επίπεδα ασφαλείας όπως καθορίζονται στο Μέρος Α του Κώδικα ISPS είναι τρία⁹⁷. Ως «Επίπεδο Ασφάλειας 1» νοείται το επίπεδο στο οποίο εφαρμόζονται πάντοτε ελάχιστα ενδεδειγμένα προστατευτικά μέτρα ασφαλείας⁹⁸ (Κανονικό Επίπεδο). Ως «Επίπεδο Ασφάλειας 2» νοείται το επίπεδο στο οποίο εφαρμόζονται ενδεδειγμένα πρόσθετα προστατευτικά μέτρα ασφαλείας για μια χρονική περίοδο, ως απόρροια αυξημένου κινδύνου να λάβει χώρα συμβάν που θέτει σε κίνδυνο την ασφάλεια⁹⁹ (Αυξημένο Επίπεδο). Ως «Επίπεδο Ασφάλειας 3» νοείται το επίπεδο στο οποίο εφαρμόζονται περαιτέρω ειδικά προστατευτικά μέτρα ασφαλείας για μια περιορισμένη χρονική περίοδο, όταν είναι πιθανό να

92. Άρθρο 3.1. (1,2,3) ISPS Code, Μέρος Α.

93. Άρθρο 3.3. ISPS Code, Μέρος Α.

94. SOLAS - ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 4.1.

95. SOLAS - ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 4.2.

96. Βλ. επίσης: SOLAS - ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 4.3., SOLAS - ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 4.4., SOLAS - ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 4.5.

97. Βλ. *Daraklis*, *Safety and Security in Shipping Operations in Visvikis/Panayides* (eds.), *Shipping Operations Management*, 2017, p. 209.

98. Άρθρο 2.1.9. ISPS Code Μέρος Α.

99. Άρθρο 2.1.10. ISPS Code Μέρος Α.

λάβει χώρα ή όταν επίκειται συμβάν που θέτει σε κίνδυνο την ασφάλεια, παρόλο που μπορεί να μην είναι δυνατός ο προσδιορισμός του συγκεκριμένου στόχου¹⁰⁰ (Εξαιρετικό Επίπεδο).

3.1.2. Ζητήματα αξιοπλοΐας

Τα κράτη σημαίας είναι υπεύθυνα για την έγκριση των σχεδίων ασφάλειας πλοίων που πρέπει να τηρεί κάθε πλοίο στο οποίο εφαρμόζεται ο Κώδικας ISPS και η Δήλωση ασφάλειας για την αποσαφήνιση των καθηκόντων μεταξύ της λιμενικής εγκατάστασης και του πλοίου. Ως εκ τούτου, πρώτον, σε περίπτωση που απαιτηθεί κατά το άρθρο 5 του Κώδικα ISPS Μέρος Α, Δήλωση Ασφάλειας¹⁰¹, ή ζητηθεί από το πλοίο για τους προβλεπόμενους στην §2 του ίδιου άρθρου λόγους, τότε είναι προφανές ότι η Δήλωση Ασφάλειας θα συμπληρώνεται από: 1) τον Πλοίαρχο ή τον Αξιωματικό ασφάλειας πλοίου εκ μέρους του πλοίου και, εάν κρίνεται σκόπιμο, 2) τον Υπεύθυνο ασφάλειας Λιμενικής Εγκατάστασης ή, εάν ορίζεται διαφορετικά από το συμβαλλόμενο κράτος, οποιονδήποτε άλλο οργανισμό υπεύθυνο για την ασφάλεια της ακτής, εκ μέρους της Λιμενικής Εγκατάστασης. Ως Δήλωση Ασφάλειας νοείται η συμφωνία που συνάπτεται μεταξύ ενός πλοίου και μιας λιμενικής εγκατάστασης ή ενός άλλου πλοίου διασυνδεδεμένου με αυτό, στην οποία προσδιορίζονται τα μέτρα για την ασφάλεια τα οποία θα εφαρμόσει έκαστο συμβαλλόμενο μέρος¹⁰².

Πρόκειται για ένα μηχανισμό κοινής αντιμετώπισης όλων των ζητημάτων της ασφάλειας που ανακύπτουν, πράγμα το οποίο καθίσταται απαραίτητο. Παράλειψη συμπλήρωσής της από τον Πλοίαρχο ή τον Αξιωματικό ασφαλείας του, ασφαλώς και συνιστά μη συμμόρφωση με τις επιταγές που ορίζονται στον Κώδικα και στην κείμενη νομοθεσία (SOLAS- ΚΕΦ. XI -2) και γεννά ζήτημα νομικής αξιοπλοΐας. Πρόκειται για έγγραφο που εφόσον κριθεί από τις περιστάσεις αναγκαία η κατάρτισή του, η ύπαρξή του επί του πλοίου καθίσταται εκ των ων ουκ άνευ. Συνεπώς, η νομική αξιοπλοΐα, εν προκειμένω, έχει διττή υπόσταση: συνίσταται αφενός, στη μη συμμόρφωση με τις νομικές διατάξεις του Κώδικα και αφετέρου, στη μη ύπαρξη του εγγράφου επί του πλοίου.

Δεύτερον, η αξιολόγηση της ασφάλειας πλοίου¹⁰³ αποτελεί βασικό και αναπόσπαστο μέρος της διαδικασίας εκπόνησης και ενημέρωσης του σχεδίου ασφά-

100. Άρθρο 2.1.11. ISPS Code Μέρος Α.

101. Βλ. περισσότερα σε *Kraska/Pedroso*, op.cit., 389, Christopher, *Port Security Management*, 2015, 235et seq.

102. SOLAS- ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 1.1.15.

103. 8.1. ISPS, Μέρος Α.

λειας πλοίου. Ο υπεύθυνος ασφάλειας της εταιρείας¹⁰⁴ διασφαλίζει ότι η αξιολόγηση ασφάλειας πλοίου διενεργείται από άτομα τα οποία διαθέτουν τα κατάλληλα προσόντα για την εκτίμηση της ασφάλειας ενός πλοίου, σύμφωνα με το σημείο αυτό, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο μέρος Β του κώδικα.

Η αξιολόγηση ασφάλειας του πλοίου περιλαμβάνει επιτόπια επιθεώρηση ασφάλειας ως προς¹⁰⁵: 1) τον προσδιορισμό υφιστάμενων μέτρων, διαδικασιών και λειτουργιών ασφάλειας, 2) τον προσδιορισμό και εκτίμηση των βασικών λειτουργιών του πλοίου, η προστασία των οποίων είναι σημαντική, 3) τον προσδιορισμό πιθανών απειλών για τις βασικές λειτουργίες του πλοίου και της πιθανότητας να λάβουν αυτές χώρα, προκειμένου να ορίζονται και να κατατάσσονται κατά σειρά προτεραιότητας μέτρα ασφάλειας και 4) τον προσδιορισμό των αδυναμιών, συμπεριλαμβανομένου του ανθρώπινου παράγοντα, στην υποδομή, στις πολιτικές και στις διαδικασίες. Η αξιολόγηση ασφάλειας πλοίου θα τεκμηριώνεται, θα επανεξετάζεται, θα εγκρίνεται και θα φυλάσσεται από την εταιρεία.

Σε περίπτωση που η εταιρεία δεν πράξει σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον Κώδικα τίθεται θέμα νομικής αξιοπλοΐας¹⁰⁶ αφενός, λόγω μη συμμόρφωσης με την κείμενη νομοθεσία αφετέρου, διότι η αξιολόγηση ασφάλειας πλοίου θα τεκμηριώνεται, θα επανεξετάζεται, θα εγκρίνεται και θα φυλάσσεται από την εταιρεία. Εάν, συνεπώς, η εταιρεία δεν έχει πιστοποίηση και η αξιολόγηση δεν βρίσκεται στα «χέρια» της, τεκμαίρεται ότι το πλοίο έχει πρόβλημα με τα έγγραφά του καθώς υπάρχει έλλειψη. Περαιτέρω, εάν ή έγκρισή της δεν έχει γίνει με τον προβλεπόμενο τρόπο και από μη αναγνωρισμένα άτομα, η νομική ισχύς της είναι ανύπαρκτη.

Τρίτον, και άμεσα συναφής με τα προηγούμενα, είναι και η περίπτωση κατά την οποία στο πλοίο πρέπει να υπάρχει σχέδιο ασφάλειας πλοίου εγκεκριμένο από την Αρχή¹⁰⁷. Και στην περίπτωση αυτή τίθεται σαφώς ζήτημα νομικής αξιοπλοΐας του πλοίου¹⁰⁸, τόσο στην περίπτωση κατά την οποία δεν υπάρχει το συγκεκριμένο έγγραφο επί του πλοίου, όσο και στην περίπτωση κατά την οποία υπάρχει ένα έγγραφο το οποίο όμως δεν πληροί τις προδιαγραφές που ορίζονται στο άρθρο 9.4. του Κώδικα ISPS. Δεν ενδιαφέρει εάν το σχέ-

104. Βλ. 2.1.7. ISPS.

105. 8.4. ISPS, Μέρος Α.

106. Πρβλ. Tetley, op.cit., 949.

107. 9.1. ISPS, Μέρος Α.

108. Chacon, op.cit., 209.

διο τηρείται σε ηλεκτρονική ή μη μορφή¹⁰⁹. Αντίθετα, είναι σημαντικό να τονιστεί: α)ότι το σχέδιο πρέπει να προστατεύεται από μη εξουσιοδοτημένη πρόσβαση ή κοινοποίηση¹¹⁰ και β)ότι δεν υπόκεινται σε επιθεώρηση από αρμόδια όργανα, εξουσιοδοτημένα από συμβαλλόμενο κράτος να εφαρμόζουν μέτρα ελέγχου και συμμόρφωσης σύμφωνα με τον κανονισμό XI-2/9, με εξαίρεση τις περιπτώσεις που ορίζονται στο άρθρο 9.8.1. του Κώδικα ISPS. Η συμμόρφωση με τις επιταγές αυτές του Κώδικα απομακρύνει τον κίνδυνο της νομικής αναξιοπλοΐας.

Τέταρτον, ο μη διορισμός αξιωματικού ασφάλειας του πλοίου¹¹¹ συνεπάγεται καταρχάς, νομική αναξιοπλοΐα διότι δεν υπάρχει συμμόρφωση με τις ρυθμίσεις του Κώδικα. Επιπρόσθετα, τίθεται ζήτημα υλικής αναξιοπλοΐας για τους εξής λόγους: πρώτον, διότι δεν υπάρχει νόμιμη σύνθεση του πληρώματος λόγω της μη ύπαρξης Αξιωματικού ασφαλείας και δεύτερον, διότι δεν θα συντρέχουν οι προϋποθέσεις του άρθρου 12.2. του Κώδικα, πράγμα το οποίο είναι απολύτως απαραίτητο για τη λειτουργία και την ασφάλεια του πλοίου και του πληρώματος.

Πέμπτον, όσον αφορά στην εκπαίδευση, στα γυμνάσια και στις ασκήσεις σχετικά με την ασφάλεια του πλοίου¹¹² σημειώνεται ότι τίθεται ζήτημα υλικής αξιοπλοΐας¹¹³ λόγω έλλειψης των απαιτούμενων γνώσεων και μη εκπαιδευμένου πληρώματος στις προβλεπόμενες από τον Κώδικα ISPS διαδικασίες. Πιο συγκεκριμένα, ο αξιωματικός ασφαλείας πλοίου πρέπει να έχει τις απαραίτητες γνώσεις και να έχει λάβει εκπαίδευση, λαμβανομένων υπόψη των κατευθύνσεων που παρέχονται στο Μέρος Β του Κώδικα. Επίσης, το προσωπικό του πλοίου που έχει συγκεκριμένα καθήκοντα και ευθύνες σχετικά με την ασφάλεια, πρέπει να έχει επίγνωση των ευθυνών του όσον αφορά στην ασφάλεια του πλοίου και επαρκείς γνώσεις και ικανότητες ως προς την επιτέλεση των καθηκόντων που του έχουν ανατεθεί, σύμφωνα και με τις κατευθυντήριες οδηγίες σχετικά με τις διατάξεις του Κεφαλαίου XI.2 του Παραρτήματος της ΔΣ για την ασφάλεια της ζωής στη θάλασσα. Ως εκ τούτου, και για τη διασφάλιση της αποτελεσματικής εφαρμογής του σχεδίου ασφαλείας πλοίου, πρέπει να λαμβάνουν χώρα γυμνάσια ανά τακτά χρονικά διαστήματα, στα οποία λαμβάνεται υπόψη ο τύπος του πλοίου, οι αλλαγές στο προσωπικό του πλοίου, οι λιμενικές εγκαταστάσεις που πρόκειται να επισκεφθεί το πλοίο και άλλες σχετικές περιστάσεις. Αξίζει, πάντως, να σημειωθεί ότι έμμεσα επηρεάζεται η

109. 9.6. ISPS, Μέρος Α.

110. 9.7. ISPS, Μέρος Α.

111. 12. ISPS, Μέρος Α.

112. 13. ISPS, Μέρος Α.

113. *Chacon*, op.cit., 209.

υλική αξιοπλοΐα του πλοίου και από τις ενέργειες του υπεύθυνου ασφάλειας της εταιρείας¹¹⁴. Και τούτο διότι ο τελευταίος διασφαλίζει τον αποτελεσματικό συντονισμό και την εφαρμογή των σχεδίων ασφάλειας πλοίων, συμμετέχοντας σε ασκήσεις ανά τακτά χρονικά διαστήματα.

Επιπροσθέτως, η έλλειψη εξοπλισμού ασφαλείας επί του πλοίου για την αποστολή σήματος στην ακτή σε περίπτωση έκτακτης ανάγκης ή απειλής ασφάλειας ή η μη ύπαρξη συστήματος προειδοποίησης ασφάλειας πλοίου¹¹⁵ ενδέχεται να επηρεάσει αποφασιστικά την υλική αξιοπλοΐα του πλοίου¹¹⁶.

Έκτον, πρέπει κατά το άρθρο 10 του Κώδικα ISPS να υπάρχουν ενημερωμένα αρχεία στο πλοίο για τις δραστηριότητες τις οποίες καλύπτει το σχέδιο ασφάλειας πλοίου για την περίοδο που ορίζει η Αρχή. Τα αρχεία αφορούν σε: εκπαίδευση, γυμνάσια και ασκήσεις, απειλές για την ασφάλεια και συμβάντα που θέτουν σε κίνδυνο την ασφάλεια, παραβιάσεις της ασφάλειας, αλλαγές στο επίπεδο ασφάλειας, ανακοινώσεις οι οποίες σχετίζονται άμεσα με την ασφάλεια του πλοίου, όπως συγκεκριμένες απειλές προς το πλοίο ή τις λιμενικές εγκαταστάσεις στις οποίες βρίσκεται ή έχει βρεθεί το πλοίο, εσωτερικούς ελέγχους και επανεξέτασεις των σχετικών με την ασφάλεια δραστηριοτήτων, περιοδική επανεξέταση της αξιολόγησης ασφάλειας του πλοίου, περιοδική επανεξέταση του σχεδίου ασφάλειας του πλοίου, εφαρμογή οποιωνδήποτε τροποποιήσεων του σχεδίου και συντήρηση, βαθμονόμηση και δοκιμές οποιουδήποτε εξοπλισμού ασφάλειας επί του πλοίου, συμπεριλαμβανομένων των δοκιμών του συστήματος προειδοποίησης ασφάλειας του πλοίου. Είναι προφανές ότι η μη τήρηση μέρους ή του συνόλου των αρχείων για το προβλεπόμενο από την Αρχή χρονικό διάστημα επί του πλοίου είναι σαφές ότι δεν συμβαδίζει με τη νομική αξιοπλοΐα που το πλοίο πρέπει να έχει.

Τέλος, σημαντική παράμετρος στη διερεύνηση της αξιοπλοΐας αποτελεί και η επιθεώρηση και πιστοποίηση για τα πλοία¹¹⁷. Η επιθεώρηση σύμφωνα με τα οριζόμενα στον Κώδικα ISPS διακρίνεται σε: α) αρχική επιθεώρηση πριν το πλοίο τεθεί σε λειτουργία ή πριν το πιστοποιητικό, η οποία αφορά σε πλήρη επιθεώρηση του συστήματος ασφαλείας του και κάθε συναφούς εξοπλισμού ασφάλειας. Με την επιθεώρηση πρέπει να βεβαιώνεται ότι το σύστημα ασφάλειας και οποιοσδήποτε συναφής εξοπλισμός ασφάλειας του πλοίου συμμορφώνονται πλήρως με τις εφαρμοστέες απαιτήσεις του κεφαλαίου XI-2 και του παρόντος μέρους του κώδικα, ότι η κατάστασή τους είναι καθ' όλα ικανοποι-

114. 11. ISPS, Μέρος Α.

115. SOLAS- ΚΕΦ. XI -2/ Καν. 6.

116. *Chacon*, op.cit., 209.

117. Αρ. 19 ISPS Μέρος Α.

ητική και ότι είναι κατάλληλα για την υπηρεσία για την οποία προορίζεται το πλοίο, β) περιοδικές επιθεωρήσεις κατά διαστήματα που δεν υπερβαίνουν τα πέντε έτη, γ) τουλάχιστον μια ενδιάμεση επιθεώρηση, η οποία περιλαμβάνει επιθεώρηση του συστήματος ασφάλειας και κάθε συναφούς εξοπλισμού ασφάλειας του πλοίου, ώστε να διασφαλίζεται ότι η κατάστασή τους παραμένει καθ' όλα ικανοποιητική για την υπηρεσία για την οποία προορίζεται το πλοίο. Αυτή η ενδιάμεση επιθεώρηση καταχωρείται στο πιστοποιητικό και δ) πρόσθετες επιθεωρήσεις που καθορίζονται από την Αρχή.

Μετά την αρχική ή περιοδική επιθεώρηση εκδίδεται ένα Διεθνές Πιστοποιητικό Ασφάλειας Πλοίου¹¹⁸, το οποίο θα εκδίδεται ή θεωρείται είτε από την Αρχή είτε από αναγνωρισμένο οργανισμό ασφάλειας εκ μέρους της Αρχής. Το Διεθνές Πιστοποιητικό Ασφάλειας Πλοίου εκδίδεται για χρονική περίοδο οριζόμενη από την Αρχή, που δεν υπερβαίνει τα πέντε έτη¹¹⁹. Σημειωτέον ότι στο άρθρο 1954 ISPS Code προβλέπεται και η Προσωρινή Πιστοποίηση καθώς και το Προσωρινό Διεθνές Πιστοποιητικό Ασφάλειας Πλοίου.

Ενόψει των ανωτέρω είναι σαφές ότι τυχόν έλλειψη της επιθεώρησης συνιστά μορφή υλικής αναξιπλοΐας. Και τούτο διότι ελέγχεται όχι μόνο το σύστημα ασφάλειας και οποιοσδήποτε συναφής εξοπλισμός ασφάλειας του πλοίου εάν συμμορφώνονται πλήρως με τις εφαρμοστέες απαιτήσεις του κεφαλαίου XI-2 αλλά και αν υπάρχουν σε αυτό και είναι λειτουργικά και απολύτως κατάλληλα για το σκοπό τους. Συνεπώς, με την επιθεώρηση διερευνάται τόσο η ύπαρξη όσο και η λειτουργικότητα του εξοπλισμού και κατά τούτο η έλλειψή τους είναι κομβικής σημασίας για την υλική αξιοπλοΐα.

Από την άλλη πλευρά, η καθ' οιονδήποτε τρόπο μη πιστοποίηση και συνακόλουθα, ο μη εφοδιασμός του πλοίου με τα απαραίτητα πιστοποιητικά καθιστά αυτό νομικά μη αξιόπλοο. Στο συμπέρασμα αυτό καταλήγει κάποιος, αφενός, διότι σε κάθε πλοίο πρέπει να υπάρχουν τα έγγραφα που προβλέπονται στην απόφαση του IMO¹²⁰ μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται τόσο το Διεθνές Πιστοποιητικό Ασφάλειας Πλοίου (ISSC)¹²¹ ή το Προσωρινό Διεθνές Πιστοποιητικό Ασφάλειας Πλοίου¹²² στις περιπτώσεις που αυτό απαιτείται· αφετέρου, η μη συμμόρφωση με το υποχρεωτικό Μέρος Α του Κώδικα συνιστά, όπως και ανωτέρω έχει τονιστεί, νομική αναξιπλοΐα. Δεν υπάρχει διακριτική ευχέρεια συμμόρφωσης. Πάντως, δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής ότι ενδέχεται

118. Αρ. 1952 ISPS Μέρος Α.

119. Αρ. 1953 ISPS Μέρος Α.

120. FAL.2/Circ.131 MEPC.1/Circ.873 MSC.1/Circ.1586 LEG.2/Circ.3 19 July 2017.

121. *Chacon*, op.cit., 209.

122. SOLAS - ΚΕΦ. XI -2/ Καν.9.1.1; αρ. 19 ISPS, Μέρος Α.

το πλοίο να είναι και πάλι μη αξιόπλοο υλικά, παρά το γεγονός ότι έχει Διεθνές Πιστοποιητικό Ασφάλειας Πλοίου, εφόσον υπάρχει ελάττωμα στην κατασκευή ή σε τμήμα του εξοπλισμού του.

3.1.3. Κριτικές παρατηρήσεις

Από τις προηγηθείσες αναφορές πρέπει να κάνουμε τις ακόλουθες παρατηρήσεις:

Πρώτον, αβίαστα συνάγεται το συμπέρασμα ότι πρόκειται για ένα σύνθετο νομικό πλαίσιο, διεθνές και ευρωπαϊκό, εκτός των απορρευουσών και καθιερωμένων αυτονόητων από τους ΚΧΒ υποχρεώσεων. Αυτό σημαίνει ότι πλέον η υποχρέωση προς αξιοπλοΐα, όπως εμφανίζεται στις διεθνείς συναλλαγές, δεν μπορεί να εξετάζεται αποκομμένη από τη διεθνή και ευρωπαϊκή νομοθεσία. Αντίθετα, απαιτείται μία σύζευξη, ένας συγκερασμός των υποχρεώσεων, το οποίο κατ' επέκταση απαιτεί αλλά και προϋποθέτει ταυτόχρονα και ερμηνευτική προσέγγιση.

Δεύτερον, η επιβολή νέων, πρόσθετων υποχρεώσεων συνεπάγεται για τον πλοιοκτήτη και ανάλογη συμπληρωματική οικονομική επιβάρυνση. Η τελευταία συνδέεται αφενός, με τη νομική αξιοπλοΐα υπό τη μορφή της λήψης και ύπαρξης επί του πλοίου των αναγκαίων πιστοποιήσεων και/ή πιστοποιητικών καθώς και των ενημερωμένων αρχείων που προαναφέρθηκαν και αφετέρου, με την υλική αξιοπλοΐα υπό την έννοια ότι απαιτούνται περιοδικές εκπαιδευτικές ασκήσεις ώστε να διασφαλιστεί ότι το πλήρωμα γνωρίζει πλήρως τον απαιτούμενο τρόπο ανταπόκρισης εφόσον αυτός απαιτηθεί.

Τρίτον, η πολυπλοκότητα του ρυθμιστικού πλαισίου και τα διαφορετικά νομοθετικά κείμενα, σε διεθνές και ευρωπαϊκό επίπεδο, παρά την αναντίρρητη σημασία τους φαίνεται πως μάλλον δυσχεραίνουν παρά απλοποιούν τη διαδικασία της εφαρμογής των επιβαλλόμενων μέτρων. Αυτό γίνεται περισσότερο κατανοητό αν ληφθεί υπόψη ότι ένα νομοθετικό κείμενο (Κανονισμός 725/2004) ενσωματώνει και παραπέμπει σε άλλο (ISPS Code, SOLAS).

Τέταρτον, τόσο οι υποχρεώσεις όσο και η οικονομική επιβάρυνση δεν είναι αποκομμένες από τη λοιπή οικονομική δραστηριότητα του πλοιοκτήτη υπό την έννοια της εκμετάλλευσης του πλοίου με δεδομένο ότι φέρει και τα αναγκαία λειτουργικά έξοδά του καθώς και τις άλλες χρεώσεις με τις οποίες βαρύνεται π.χ. λιμενικά τέλη. Πρόκειται, ασφαλώς, για μία προφανή, μη αμελητέα, επιπρόσθετη επιβάρυνση, η οποία δυσχεραίνει σε μεγάλο βαθμό την εκμετάλλευση του πλοίου.

Πέμπτον, κρίσιμο είναι να αναφερθεί και το χρονικό διάστημα που θα κριθεί η συμμόρφωση με τα προαπαιτούμενα: πριν και κατά την έναρξη του πλου (351

ΚΧΒ). Συνεπώς, κατά το διάστημα αυτό η Λιμενική Αρχή προβαίνει σε έλεγχο των πλοίων προς διαπίστωση της συμμόρφωσής τους με τις διατάξεις του Ν. 3622/2007, του Κεφ. XI-2 της ΔΣ SOLAS 74, του Κώδικα ISPS και του Κανονισμού. Αυτό συνεπάγεται ότι αν μετά από έλεγχο διαπιστωθεί ότι δεν υπάρχει συμμόρφωση, μπορεί να απαγορευθεί η είσοδος του πλοίου ή να εκδιωχθεί αυτό ή να απαγορευθεί ο απόπλους (διοικητικές κυρώσεις). Γίνεται αντιληπτό ότι οι επιπτώσεις για τον πλοιοκτήτη είναι δυσμενείς: αφενός, σε επίπεδο ναύλωσης με ορατό το ενδεχόμενο τερματισμού αυτής λόγω ακαταλληλότητας του πλοίου και αφετέρου, στη «σχέση» του με τη αρχή του κράτους του λιμένα. Περαιτέρω, δεν αποκλείεται και η επιβολή ποινικών κυρώσεων για τον πλοίαρχο ημεδαπού ή υπό ξένη σημαία πλοίου, ο οποίος δεν συμμορφώνεται με τα προβλεπόμενα. Δεν επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια του πλοιοκτήτη η συμμόρφωση ή μη αλλά επισύρονται κυρώσεις. Η θέση αυτή τόσο του ενωσιακού όσο και του ημεδαπού νομοθέτη είναι ορθή και σταθμίζει τόσο το συμφέρον της γενικότερης ασφάλειας όσο και της ασφαλούς ναυσιπλοΐας.

Έκτον, δεν πρέπει να παραγνωρίζεται ότι ναι μεν ο πλοιοκτήτης επιβαρύνεται με πρόσθετες υποχρεώσεις, είναι όμως αναγκαίες για την προστασία της ζωής των ναυτικών και εν γένει των επιβαινόντων στο πλοίο. Ορθά επισημαίνεται ότι, το ζητούμενο είναι να υπάρχει διαρκής μέριμνα για την ασφάλεια των θαλάσσιων μεταφορών της ΕΕ και των πολιτών που τις χρησιμοποιούν, καθώς και του περιβάλλοντος, από κάθε απειλή διάπραξης σκόπιμων παράνομων ενεργειών, όπως τρομοκρατικές ενέργειες, πειρατεία ή άλλες αντίστοιχες πράξεις¹²³. Συνεπώς, φαίνεται πως σωστά δίνεται το προβάδισμα στην ασφάλεια εν προκειμένω.

3.2. Η Διεθνής Σύμβαση Ναυτικής Εργασίας

Η Διεθνής Σύμβαση Ναυτικής Εργασίας (Maritime Labour Convention, MLC) υιοθετήθηκε στις 23/2/2006 από τη Γενική Συνδιάσκεψη της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας και κυρώθηκε από την Ελλάδα με το Ν. 4078/2012. Έκτοτε έλαβαν χώρα οι εξής τροποποιήσεις στη Διεθνή Σύμβαση (MLC 2006): α) το 2014, οι οποίες τέθηκαν σε ισχύ στις 18/1/2017 και έγιναν αποδεκτές από την Ελλάδα με το ΠΔ 3/2017, β) το 2016, οι οποίες τέθηκαν σε ισχύ στις 8/1/2019 και έγιναν αποδεκτές από την Ελλάδα με το ΠΔ 113/2018 και γ) το 2018, οι οποίες τέθηκαν σε ισχύ στις 26/12/2020 και έχουν γίνει αποδεκτές από την Ελλάδα με το ΠΔ 8/2021.

Η Διεθνής Σύμβαση MLC, όπως ισχύει, αποτελείται από 16 Άρθρα, περιέχει Κανονισμούς και τον Κώδικα. Τα Άρθρα και οι Κανονισμοί καθορίζουν τα βασικά

123. Κανονισμός 725/2004, σκέψη 2.

δικαιώματα και τις αρχές, καθώς και τις βασικές υποχρεώσεις των κρατών μελών που επικυρώνουν τη Διεθνή Σύμβαση. Ο Κώδικας διαιρείται σε 5 τίτλους, σε κάθε έναν από τους οποίους υπάρχουν Πρότυπα (υποχρεωτικής εφαρμογής) και Οδηγίες (μη υποχρεωτικής εφαρμογής).

Επιπρόσθετα, σε ευρωπαϊκό επίπεδο υπάρχει: α) η Οδηγία 1999/63/ΕΚ του Συμβουλίου, β) η Οδηγία 1999/95/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, γ) η Οδηγία 2009/13 /ΕΚ του Συμβουλίου, δ) η Οδηγία 2013/54/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και ε) η Οδηγία (ΕΕ) 2018/131 του Συμβουλίου. Οι δύο πρώτες από τις Οδηγίες ενσωματώθηκαν στο ελληνικό δίκαιο με το ΠΔ 152/2003, οι δύο επόμενες Οδηγίες ενσωματώθηκαν στο ελληνικό δίκαιο με το ΠΔ 171/2014, ενώ η πέμπτη κατά σειρά ενσωματώθηκε με το ΠΔ 28/2020.

3.2.1. Ζητήματα αξιοπλοΐας

Το ζήτημα της αξιοπλοΐας υπό τη ΔΣ ΜLC εμφανίζεται, σύμφωνα με τους Κανονισμούς και τον Κώδικα είτε:

- α) με τις ελάχιστες απαιτήσεις για την εργασία των ναυτικών επί του πλοίου, δηλαδή το ελάχιστο όριο ηλικίας, το ιατρικό πιστοποιητικό, την εκπαίδευση και τα προσόντα των ναυτικών για να εκτελέσουν τα καθήκοντά τους επί του πλοίου.
- β) με τα πιστοποιητικά και άλλα έγγραφα¹²⁴, δηλαδή, πρώτον, το πιστοποιητικό ναυτικής εργασίας που να πιστοποιεί ότι οι συνθήκες εργασίας και διαβίωσης των ναυτικών στο πλοίο, συμπεριλαμβανομένων των μέτρων για τη συνεχή συμμόρφωση που πρέπει να συμπεριληφθούν στη δήλωση συμμόρφωσης ναυτικής εργασίας, που αναφέρεται στην παράγραφο 4 του Κανονισμού 5.1.3, έχουν επιθεωρηθεί και πληρούν τις απαιτήσεις των εθνικών νόμων ή Κανονισμών ή άλλων μέτρων που εφαρμόζουν την παρούσα Σύμβαση και, δεύτερον, τη δήλωση συμμόρφωσης ναυτικής εργασίας που να αναφέρει τις εθνικές απαιτήσεις που εφαρμόζουν την παρούσα Σύμβαση για τις συνθήκες εργασίας και διαβίωσης των ναυτικών και να προσδιορίζει τα μέτρα που υιοθετήθηκαν από τον πλοιοκτήτη για να εξασφαλίσει τη συμμόρφωση του εν λόγω πλοίου ή πλοίων με τις απαιτήσεις αυτές. Και τα δύο αυτά έγγραφα ελέγχονται από τα κράτη μέλη.

124. Κανονισμός 5.1.3.

- γ) με τις συνθήκες εργασίας δηλαδή τις συμβάσεις εργασίας των ναυτικών¹²⁵, τους μισθούς, τις ώρες εργασίας και ανάπαυσης, την άδεια και το επίπεδο στελέχωσης.
- δ) με την ενδιαίτηση, τις εγκαταστάσεις αναψυχής, τη διατροφή και την τροφοδοσία του πλοίου.
- ε) με την προστασία της υγείας, την ιατρική περίθαλψη, ευημερία και την προστασία κοινωνικής ασφάλειας.

Από την προαναφερθείσα σκιαγράφηση των περιπτώσεων, η έλλειψη των ανωτέρω προϋποθέσεων/καταστάσεων θέτει ξεκάθαρα ζήτημα αξιοπλοΐας, νομικής¹²⁶ (π.χ. έλλειψη εγγράφων και πιστοποιητικών, ή αντίστροφα να μην υπάρχουν, όχι όμως όπως απαιτείται από τη ΔΣ) και υλικής (π.χ. μη καταλληλότητα πληρώματος και πλοίου). Είναι προφανές ότι η αξιοπλοΐα όπως ορίζεται στη ΔΣ είναι αυστηρότερη συγκριτικά με άλλα νομοθετικά κείμενα. Ωστόσο, επειδή η ΔΣ MLC δεν έχει κυρωθεί από όλα τα κράτη, υπάρχει πρόβλεψη σε αυτή περί μη ευνοϊκής μεταχείρισης των πλοίων των κρατών που δεν την έχουν κυρώσει. Συνεπώς, εάν ένα πλοίο καταπλέει σε ένα λιμάνι μίας χώρας, η οποία έχει κυρώσει τη ΔΣ MLC, θα πρέπει να λάβει υπόψη του τους νόμους και τους κανονισμούς που έχει η χώρα αυτή και ασφαλώς, και τη ΔΣ MLC, εφόσον έχει κυρωθεί. Στην περίπτωση αυτή, εάν υπάρχουν αντιθέσεις ή διαφορές ως προς το ζήτημα της αξιοπλοΐας μεταξύ του πλοίου και των ρυθμίσεων του κράτους λιμένα, στις οποίες συμπεριλαμβάνεται και η ΔΣ MLC, το πλοίο θεωρείται μη αξιόπλοο και πρέπει να μην επιτραπεί ο απόπλους του · πρόκειται για ρύθμιση δίκαιη, εύλογη και απολύτως εξισορροπητική των αντιτιθέμενων συμφερόντων.

Ζήτημα, επίσης, φαίνεται πως ανακύπτει σε σχέση με το χρόνο επίδειξης της προσήκουσας επιμέλειας μεταξύ του άρθρου 3§1ΚΧΒ και του Προτύπου Α5.1.3.16 MLC. Σύμφωνα με το Πρότυπο το οποίο ορίζει ότι: «Πιστοποιητικό ναυτικής εργασίας πρέπει να αποσύρεται από την αρμόδια αρχή ή τον αναγνωρισμένο οργανισμό που έχει εξουσιοδοτηθεί δεόντως για το σκοπό αυτό από το Κράτος σημαίας, εάν υπάρχουν αποδείξεις ότι το εν λόγω πλοίο δεν συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της παρούσας Σύμβασης και δεν έχουν γίνει οι απαιτούμενες διορθωτικές ενέργειες», φαίνεται πως καθιερώνεται μία διαρκής υποχρέωση τήρησης των υποχρεώσεων από το μεταφορέα, σε αντίθεση με το χρόνο που η υποχρέωση αυτή απορρέει από τους ΚΧΒ δηλαδή πριν και κατά την έναρξη του πλου.

125. Βλ. Πρότυπο Α2.1.

126. Owen, The law of insurance warranties flawed reform and a new perspective, 2021, p. 33, Soyer, Warranties in Marine Insurance, 2017, p. 134.

Αντίθετα, υπό τους κανόνες του Ρότερνταμ (αρ. 14 «*during the voyage*») δεν υπάρχει κάποια δυσαρμονία με το προαναφερθέν Πρότυπο δεδομένου ότι η υποχρέωση προς αξιοπλοΐα ισχύει για όλη τη διάρκεια του πλου. Για το ζήτημα αυτό, πιστεύουμε ότι πρέπει να επιληφθεί ο διεθνής νομοθέτης για να άρει το αδιέξοδο. Ωστόσο, έως την άρση του νομικού αυτού αδιεξόδου θα πρέπει η διατύπωση «...*εάν υπάρχουν αποδείξεις ότι το εν λόγω πλοίο δεν συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της παρούσας Σύμβασης και δεν έχουν γίνει οι απαιτούμενες διορθωτικές ενέργειες*» να εκλαμβάνεται και να ερμηνεύεται σε συνάρτηση με το επιλεγέν νομικό καθεστώς της θαλάσσιας μεταφοράς, δηλαδή με αναφορά στα χρονικά πλαίσια των ΚΧΒ στη πρώτη περίπτωση και στα χρονικά πλαίσια των Κανόνων του Ρότερνταμ στη δεύτερη. Είναι προφανές ότι στην περίπτωση αυτή, τα χρονικά όρια που καθορίζονται στο νομικό πλαίσιο της θαλάσσιας μεταφοράς αναφορικά με την επίδειξη της προσήκουσας επιμέλειας, θα προσδιορίζουν και το χρόνο κατά τον οποίο θα πρέπει να υπάρχει συμμόρφωση με τις απαιτήσεις της ΔΣ ΜLC.

Όσον αφορά στο δίκαιο της ΕΕ, καταρχάς, σύμφωνα με την Οδηγία 1999/63/ΕΚ, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με την Οδηγία 2009/13/ΕΚ, καθορίζεται το οριακό ωράριο εργασίας ή ανάπαυσης των ναυτικών¹²⁷, απαγορεύεται η νυχτερινή εργασία των ναυτικών που δεν έχουν συμπληρώσει την ηλικία των 18 ετών¹²⁸ εκτός εάν: α) επηρεάζεται η αποτελεσματικότητα της εκπαίδευσης των εν λόγω ναυτικών, σύμφωνα με τα καθιερωμένα προγράμματα και χρονοδιαγράμματα· ή β) η ιδιαίτερη φύση του καθήκοντος ή ένα αναγνωρισμένο πρόγραμμα εκπαίδευσης απαιτεί από τους ναυτικούς, για τους οποίους ισχύει η εξαίρεση, να ασκούν καθήκοντα τη νύχτα και η αρχή κρίνει, κατόπιν διαβούλευσης με τις ενδιαφερόμενες οργανώσεις πλοιοκτητών και ναυτικών, ότι η εργασία δεν θα έχει επιπτώσεις στην υγεία ή στην ευεξία τους. Επιπλέον, προβλέπεται ότι απαγορεύεται η απασχόληση, η πρόσληψη ή η εργασία ναυτικών που δεν έχουν συμπληρώσει την ηλικία των 18 ετών σε περίπτωση που το αντικείμενο της εργασίας είναι πιθανόν να θέσει σε κίνδυνο την υγεία ή την ασφάλειά τους¹²⁹.

Ιδιαίτερη μνεία γίνεται για τον καθορισμό, την έγκριση ή την αναθεώρηση των επιπέδων επάνδρωσης του πλοίου, σημειώνοντας ότι είναι απαραίτητο να λαμβάνεται υπόψη η ανάγκη αποφυγής ή ελαχιστοποίησης όσο το δυνατόν περισσότερο, των υπερβολικά πολλών ωρών εργασίας, ώστε να εξασφαλί-

127. Ρήτρα 5.

128. Σύμφωνα με τη ρήτρα 11: στα πλοία δεν επιτρέπεται να εργάζονται άτομα ηλικίας κάτω των 16 ετών.

129. Ρήτρα 6.

ζεται επαρκής ανάπαυση και να περιορίζεται η κόπωση¹³⁰. Απαραίτητο, επίσης, είναι να έχουν οι ναυτικοί ιατρικό πιστοποιητικό, η έλλειψη του οποίου παρεμποδίζει την εργασία των ναυτικών στο πλοίο¹³¹. Δεν πρέπει να παραλείψουμε ότι οι ναυτικοί τυγχάνουν προστασίας της ασφάλειας και της υγείας τους, ανάλογα με τη φύση της εργασίας τους είτε την ημέρα, είτε τη νύκτα¹³².

Περαιτέρω, κατά το Παράρτημα της Οδηγίας 2009/13/ΕΚ, η οποία περιλαμβάνει τη Συμφωνία¹³³ που συνήψαν η Ένωση Εφοπλιστών της Ευρωπαϊκής Κοινότητας (ECSA) και η Ευρωπαϊκή Ομοσπονδία των Ενώσεων Εργαζομένων στις Μεταφορές (ETF) σχετικά με τη σύμβαση Ναυτικής Εργασίας του 2006, προβλέπονται Κανόνες και Πρότυπα που αφορούν σε: α) ελάχιστες απαιτήσεις ναυτικής εργασίας (π.χ. κατώτατο όριο ηλικίας, ιατρικό πιστοποιητικό, εκπαίδευση και προσόντα), β) προϋποθέσεις εργασίας (π.χ. ώρες εργασίας και ώρες ανάπαυσης, δικαίωμα άδειας, επίπεδα επάνδρωσης), γ) ενδιαίτηση, δυνατότητες ψυχαγωγίας, σίτιση και τροφοδοσία, δ) προστασία της υγείας, ιατρική περίθαλψη και μέτρα πρόνοιας.

Από τα ανωτέρω είναι προφανές ότι υπό το δίκαιο της ΕΕ τίθεται ζήτημα τόσο: πρώτον, υλικής αναξιοπλοΐας, η οποία αφορά: 1) στη μη σωστή επάνδρωση και εκπαίδευση των ναυτικών, 2) στην έλλειψη ικανότητας και καταλληλότητάς τους, η οποία μπορεί να σχετίζεται: α) με την παραβίαση της ελάχιστης ηλικίας για την πρόσληψη, ή β) την εργασία, ή γ) για την προστασία της ασφάλειας και της υγείας τους, ανάλογα με τη φύση της εργασίας τους είτε την ημέρα, είτε τη νύκτα και 3) στην παράβαση του ωραρίου εργασίας και των ωρών της ξεκούρασης όσο και δεύτερον, νομικής αναξιοπλοΐας, όταν λείπει το ιατρικό πιστοποιητικό του ναυτικού. Εάν προσληφθεί ναυτικός χωρίς το ιατρικό πιστοποιητικό, τίθεται ζήτημα και υλικής αναξιοπλοΐας.

3.2.1.1. Πανδημία (COVID - 19) και ναυτική εργασία

Ζήτημα ανακύπτει αναφορικά με το αν είναι ένα πλοίο αξιόπλοο σε περίπτωση που ενσκήψει οποιασδήποτε μορφής πανδημία, όπως το έτος 2020, και επιβληθεί γενικό απαγορευτικό (lockdown). Στην περίπτωση αυτή το πλήρωμα: α) θα αναγκαστεί να εργάζεται πέραν των προβλεπόμενων ωρών εργασίας¹³⁴

130. Ρήτρα 10.

131. Ρήτρα 13.

132. Ρήτρα 15.

133. Η Συμφωνία καλύπτει τους Τίτλους 1 έως 4 της ΔΣ MLC και αναπαράγει σχεδόν κατά λέξη τα Πρότυπα και τους Κανονισμούς της MLC, με την επιφύλαξη της ευνοϊκότερης νομοθεσίας της ΕΕ (άρθρο 3 Οδηγίας 2009/13) και της ΔΣ STCW 1978.

134. Κανονισμός 2.3. MLC.

ή να εργάζεται αν και έχει λήξει η σύμβασή του¹³⁵, β) δεν δύναται να λάβει την προβλεπόμενη άδεια¹³⁶ (αναγκάζεται να βρίσκεται συνεχώς επί του πλοίου λόγω αδυναμίας αποβίβασης σε κάποιο λιμάνι εξαιτίας υφιστάμενων απαγορεύσεων σε αυτό ή άρνησης αποδοχής τους λόγω υφιστάμενων μέτρων) και ασφαλώς, δεν έχει το δικαίωμα παλινόστησης¹³⁷ υπό τις συνθήκες αυτές και γ) δεν έχει ιατρική περίθαλψη¹³⁸. Είναι προφανές ότι οι περιπτώσεις αυτές σαφώς και επηρεάζουν την υλική αξιοπλοΐα του πλοίου ενώ δεν μπορεί να αγνοηθεί και η νομική αναξιοπλοΐα λόγω μη συμμόρφωσης με βασικές διατάξεις της MLC. Επίσης, το αξιόπλοο επηρεάζεται και σε περίπτωση που το επίπεδο στελέχωσης του πλοίου λόγω της πανδημίας δεν είναι το προβλεπόμενο¹³⁹.

Περαιτέρω πρέπει να επισημάνουμε¹⁴⁰ ότι το απροσδόκητο της επέλευσης της πανδημίας οδήγησε τα κράτη μέλη της ΔΣ MLC στην απόφαση να επικαλεστούν ανωτέρα βία (*force majeure*)¹⁴¹ και να αποστούν από την εκπλήρωση των υποχρεώσεων της που απορρέουν από αυτή για το διάστημα που η πανδημία υπάρχει¹⁴². Σε καμία περίπτωση, όμως, δεν καταργείται εξ αυτού του λόγου η υποχρέωση · απλά αναστέλλεται η εφαρμογή της. Ωστόσο, ορθά, διευκρινίστηκε από την Επιτροπή Εμπειρογνομόνων του ILO¹⁴³ ότι επίκληση της ανωτέρας βίας μπορεί να γίνει μόνο στην περίπτωση απρόβλεπτων και μη προβλέψιμων γεγονότων που δημιουργούν απόλυτη και ουσιώδη αδυναμία συμμόρφωσης με αυτήν την υποχρέωση που απορρέει από την ΔΣ. Αντίθετα, οι περιστάσεις που καθιστούν την τήρηση μιας διεθνούς υποχρέωσης πιο δύ-

135. Άρθρο III MLC.

136. Κανονισμός 2.4. MLC.

137. Κανονισμός 2.5. MLC.

138. Κανονισμός 4.1. MLC.

139. Κανονισμός 2.7. MLC.

140. Βλ. “*General observation on matters arising from the application of the Maritime Labour Convention*”, 2006, as amended (MLC, 2006) during the COVID-19 pandemic. Adopted by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) at its 91st session (Nov-Dec. 2020).

141. Βλ. “*United Nations, Yearbook of the International Law Commission*”, 2001, Vol. II, Part Two, σελ. 76, Article 23. Βλ. Επίσης, το σχολιασμό του άρθρου στις σελ. 76επ. Επιπλέον, βλ. *Dörr/Schmalenbach*, Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary, 2018, σελ. 1127επ.

142. “*United Nations, Yearbook of the International Law Commission*”, 2001, Vol. II, Part Two, σελ. 71.

143. “*General observation on matters arising from the application of the Maritime Labour Convention*”, 2006, as amended (MLC, 2006) during the COVID-19 pandemic. Adopted by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) at its 91st session (Nov-Dec. 2020), σελ. 3.

σκολη ή επαχθή δεν συνιστούν περίπτωση ανωτέρας βίας¹⁴⁴. Επομένως, από τη στιγμή που υπάρχουν διαθέσιμες επιλογές, οι οποίες ενδέχεται μεν να είναι πιο δύσκολες, δεν δικαιολογείται η μη συμμόρφωση με τις υποχρεώσεις της ΔΣ ΜLC. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, σε πρακτικό επίπεδο φαίνεται πως μάλλον οδηγείται προς λύση με τη διαμόρφωση των ακόλουθων ρητρών: α) της BIMCO Force Majeure Clause 2022, που περιλαμβάνει σαφώς πλέον την περίπτωση της πανδημίας ((v) plague, epidemic, pandemic) και της ρήτρας BIMCO COVID-19 Crew Change Clause for Time Charter Parties 2020. Απομένει, πάντως, η πρακτική εφαρμογή τους.

3.2.1.2. Κριτικές παρατηρήσεις

Από τα ανωτέρω καταδεικνύεται, εν πρώτοις, ότι η ΔΣ ΜLC αυστηροποιεί την υποχρέωση προς αξιοπλοΐα συγκριτικά με το άρθρο 3§1 ΚΧΒ. Η δέουσα επιμέλεια πρέπει πλέον να αξιολογείται και στη βάση των ισχυόντων διεθνών κανόνων. Επιπλέον, το ενδιαφέρον δεν εστιάζεται απλά στην ασφάλεια του πλοίου και στην καταλληλότητα του πληρώματος αλλά δίνεται, με τρόπο μη επιδεχόμενο αμφισβήτησης, μεγάλη σημασία σε μία σειρά από τομείς που συνδέονται άμεσα με αυτό. Ενδεικτικά αναφέρονται οι αξιοπρεπείς συνθήκες εργασίας, η ενδιαίτηση, οι εγκαταστάσεις αναψυχής, η διατροφή και η τροφοδοσία του πλοίου, η προστασία της υγείας, η ιατρική περίθαλψη, ευημερία και η προστασία κοινωνικής ασφάλειας.

Δεύτερον, το γεγονός ότι στον Κώδικα υπάρχουν πρότυπα (υποχρεωτικής εφαρμογής) σημαίνει ότι η διακριτική ευχέρεια του πλοιοκτήτη μειώνεται δραστικά, όπως μειωμένο φαίνεται πως είναι και το ναυτικό πταίσμα, ακριβώς λόγω της επέκτασης της υποχρέωσης αξιοπλοΐας¹⁴⁵.

Τρίτον, στη ΔΣ υπάρχουν διατάξεις που θα μπορούσαμε βάσιμα να ισχυριστούμε¹⁴⁶ ότι ταυτίζονται με την παραδοσιακή έννοια της αξιοπλοΐας π.χ. εκπαίδευση, ώρες εργασίας και ανάπαυσης, την άδεια, όπως έχει ερμηνευθεί από τη νομολογία. Ενδεικτικά παραθέτουμε τις εξής περιπτώσεις: ένα μέλος

144. “General observation on matters arising from the application of the Maritime Labour Convention”, 2006, as amended (MLC, 2006) during the COVID-19 pandemic. Adopted by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) at its 91st session (Nov-Dec. 2020), σελ. 3, “United Nations, Yearbook of the International Law Commission”, 2001, Vol. II, Part Two, σελ. 77-78.

145. L. Athanassiou, Maritime Labour Convention 2006, as amended: Complying with MLC as an element of seaworthiness (3rd Advanced Seminar on International Maritime Law, Evgenidis Foundation, 11.7.2019), slide 31.

146. L. Athanassiou, op.cit., slide 32.

του πληρώματος μπορεί να είναι¹⁴⁷: απόλυτα ή μερικά ανίκανο προς εκπλήρωση των υποχρεώσεών του, να έχει άγνοια ή έλλειψη εκπαίδευσης αναφορικά με έναν τύπο πλοίου¹⁴⁸ ή ένα συγκεκριμένο τύπο πλοίου ή ένα ειδικό σύστημα επί του πλοίου π.χ. πυροσβεστικό ή συγκεκριμένη λειτουργία¹⁴⁹ ή να έχει έλλειψη σωματικής ή πνευματικής ικανότητας¹⁵⁰ ή αντίληψης¹⁵¹, ή να υπάρχει έλλειψη προσπάθειας, η οποία καθιστά το ναυτικό ακατάλληλο για τη θέση ή ο ναυτικός να μην εκτελεί τα καθήκοντά του προσηκόντως σε μία περίπτωση π.χ. μη σωστή «ανάγνωση» του χάρτη, με συνέπεια την προσάραξη του πλοίου. Δεν απαιτείται ο πλοίαρχος να είναι απολύτως υγιής υπό την προϋπόθεση ότι ο πλοιοκτήτης είναι επιμελής ως προς την επιλογή ενός υγιούς πλοίαρχου¹⁵².

Από την άλλη, υπάρχουν και εκείνες οι διατάξεις που αναφέρονται στις αξιοπρεπείς συνθήκες εργασίας. Ορθά σημειώνεται¹⁵³ ότι παράλληλα με τις καθιερωμένες διαδικασίες του κράτους σημαίας και του κράτους λιμένα, οι οποίες επικεντρώνονται κυρίως στην «κρατική επιθεώρηση», η ΔΣ εισάγει ένα νέο σύνολο διαδικασιών επί του πλοίου και στην ξηρά, που βασίζονται στην έννοια της συνέχειας της «επίγνωσης της συμμόρφωσης», δίνοντας έτσι στους ναυτικούς ένα αρκετά σημαντικό ρόλο στην επιβολή της.

Τέταρτον, σε περίπτωση που ένας ναυτικός επιστρέψει στην πατρίδα του (παλιννόστηση) και δεν αντικατασταθεί από άλλον γεννάται ζήτημα αναξιοπλοΐας. Και τούτο διότι το πλοίο επιβάλλεται να έχει επαρκή αριθμό προσώπων για το ταξίδι¹⁵⁴. Η αριθμητική ύπαρξη του πληρώματος κρίνεται τόσο με βάση το εσωτερικό δίκαιο¹⁵⁵ όσο και σύμφωνα με τις Διεθνείς Συμβάσεις (π.χ. SOLAS, STCW, MLC 2006, IMO¹⁵⁶), η παράβαση των οποίων καθιστά το πλοίο μη αξιόπλοο¹⁵⁷.

147. *The Eurasian Dream* (2002) 1 LR 719.

148. *The Eurasian Dream* (2002) 1 LR 719, *The Safe Carrier* (1994) 1 LR 75.

149. *The Star Sea* (1997) 1 LR 360.

150. Π.χ. μεθυσμένο μέλος του πληρώματος (*Moore v. Lunn* (1923) 15 LILR 155).

151. *Rio Tinto Co Ltd v. Seed Shipping Co Ltd* (1926) 24 LL.LR 316.

152. *Rio Tinto v. Seed Shipping Co* (1926) 42 T.L.R. 381.

153. *Lavelle*, *The Maritime Labour Convention 2006*. International Labour Law Redefined, 2014, p. 172 - 173.

154. *Hongkong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* (1962) 2 QB 26.

155. ΠΔ 237/1987, ΠΔ 238/1987.

156. Resolution A.1047 (27) Adopted on 30 November 2011 (Agenda item 9) PRINCIPLES OF MINIMUM SAFE MANNING.

157. *Chacon*, op.cit., 132.

Πέμπτον, η μη ύπαρξη επί του πλοίου των απαραίτητων πιστοποιητικών συνεπάγεται και ορθά ύπαρξη νομικής αναξιοπλοΐας. Είναι αυτονόητο ότι το ίδιο συμβαίνει όταν λείπει το ιατρικό πιστοποιητικό του ναυτικού ενώ εάν προσληφθεί ναυτικός χωρίς το ιατρικό πιστοποιητικό, τίθεται ζήτημα και υλικής αναξιοπλοΐας.

Έκτον, το ενωσιακό δίκαιο με παρεμφερείς ως προς τη διατύπωση διατάξεις εκείνων της MLC ρυθμίζει θεμελιώδεις υποχρεώσεις των ναυτικών π.χ. εργασία, ανάπαυση, υγεία, αναδεικνύοντας ταυτόχρονα τα προβλήματα αναξιοπλοΐας που γεννώνται από την έλλειψή τους.

3.3. Πρότυπα εκπαίδευσης, έκδοση πιστοποιητικών και τήρησης φυλακών των ναυτικών. Νομικό πλαίσιο

Η Διεθνής Σύμβαση «Για πρότυπα εκπαίδευσης, έκδοσης πιστοποιητικών και τήρησης φυλακών των ναυτικών, 1978» υιοθετήθηκε στις 7/7/1978, κυρώθηκε από την Ελλάδα με το Ν. 1314/1983 και τέθηκε σε ισχύ στις 25/4/1984. Η Διεθνής Σύμβαση STCW του 1978 ήταν η πρώτη¹⁵⁸ που καθιέρωσε βασικές απαιτήσεις για την εκπαίδευση, την πιστοποίηση και τη φύλαξη των ναυτικών σε διεθνές επίπεδο. Διακρίνεται σε οχτώ κεφάλαια, καθένα από τα οποία περιέχει Κανονισμούς. Πριν τη ΔΣ, αυτές οι απαιτήσεις καθορίζονταν από τις κυβερνήσεις των κρατών, χωρίς αναφορά σε πρακτικές άλλων κρατών οπότε και τα πρότυπα και οι διαδικασίες ήταν διαφορετικά. Πλέον, με την υπογραφή και θέση σε ισχύ της Διεθνούς Σύμβασης, ορίζονται τα ελάχιστα πρότυπα σχετικά με την εκπαίδευση, την πιστοποίηση και τη φύλαξη των ναυτικών, τα οποία οι Συμβαλλόμενες χώρες υποχρεούνται να τηρούν. Η ΔΣ δεν προνοεί για τα επίπεδα επάνδρωσης/στελέχωσης των πλοίων, πράγμα το οποίο γίνεται στη ΔΣ SOLAS κεφ. V Κανονισμός 14.

Το 1995 έγιναν τροποποιήσεις στη ΔΣ, τόσο στη βάση της επικαιροποίησής της, όσο και προς διασάφηση αόριστων φράσεων που δημιουργούσαν ερμηνευτικές δυσκολίες, οι οποίες κυρώθηκαν από την Ελλάδα με τα Π.Δ. 132/1997, 268/1999, 124/2004, 243/2004, 241/2006 και 109/2008. Βασικό χαρακτηριστικό της αναθεώρησης του 1995 της ΔΣ, οι τροποποιήσεις της οποίας τέθηκαν σε ισχύ την 1/2/1997, ήταν πρώτον, ο επιμερισμός του τεχνικού παραρτήματος σε Κανονισμούς, οι οποίοι περαιτέρω χωρίζονται σε Κεφάλαια και δεύτερον, η υιοθέτηση του Κώδικα STCW στον οποίο μεταφέρθηκαν

158. Παρεμφερείς υποχρεώσεις υπάρχουν και σε άλλες Διεθνείς Συμβάσεις π.χ. Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για το Δίκαιο της Θάλασσας αρ. 94 (ν. 2321/1995), και στην όχι ευρείας αποδοχής Διεθνή Σύμβαση για τις Προϋποθέσεις Νηολόγησης Πλοίων (United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships) 1986, αρ. 9.

πολλοί τεχνικοί κανονισμοί. Το Μέρος Α του Κώδικα είναι υποχρεωτικό, ενώ για το Μέρος Β που περιέχει Κατευθυντήριες Γραμμές υπάρχει προτροπή προς τα συμβαλλόμενα μέρη να λαμβάνεται υπόψη. Το δεύτερο χαρακτηριστικό της ΔΣ ήταν η απαίτηση τα Συμβαλλόμενα μέρη να παρέχουν λεπτομερή ενημέρωση στον ΙΜΟ σχετικά με τα διοικητικά μέτρα που έχουν ληφθεί από αυτά ώστε να διασφαλιστεί η συμμόρφωση με τη ΔΣ.

Στις 25/6/2010 έλαβαν χώρα οι ευρείες, εκτεταμένες τροποποιήσεις (αναθεώρηση) της Μανίλα τόσο στη ΔΣ όσο και στον Κώδικα, τέθηκαν σε ισχύ την 1/1/2012 και κυρώθηκαν από την Ελλάδα με το ΠΔ 79/2012. Περαιτέρω, έγιναν και άλλες τροποποιήσεις τόσο στη ΔΣ όσο και στον Κώδικα, οι οποίες κυρώθηκαν από την Ελλάδα με τα ΠΔ 74/2016¹⁵⁹ και 108/2018¹⁶⁰.

Παράλληλα, ιδιαίτερη, συγκεκριμένη πρόβλεψη¹⁶¹ για το ανθρώπινο δυναμικό και την άμεση σύνδεσή του με την αξιοπλοΐα υπάρχει και στον όρο 2(b) του NYPE 2015, ο οποίος παραπέμπει στη Διεθνή Σύμβαση STCW και υπογραμμίζεται η σπουδαιότητα της υποχρέωσης κατά την παράδοση του πλοίου, ενώ δεν πρέπει να παραβλέπεται το άρθρο 6§2¹⁶² του Κώδικα Ασφαλούς Διαχείρισης (ISM Code)¹⁶³, ¹⁶⁴. Ορθά επισημαίνεται¹⁶⁵, ως προς αυτό, ότι η ΔΣ STCW καθορίζει τις προαναφερόμενες διεθνείς απαιτήσεις και ότι αποτελεί ενίσχυση του Κώδικα ISM. Οποιαδήποτε αποτυχία ενός πλοιοκτήτη να συμμορφωθεί με τις απαιτήσεις της Σύμβασης STCW θα μπορούσε να εκληφθεί ως παραβίαση του Κώδικα ISM και μια τέτοια αποτυχία, εάν είναι αρκετά σοβαρή, θα μπορούσε να ερμηνευθεί ως σημαντική μη συμμόρφωση με τον Κώδικα ISM.

Όσον αφορά στο ενωσιακό δίκαιο, πρέπει να επισημανθεί ότι η Διεθνής Σύμβαση STCW ενσωματώθηκε για πρώτη φορά στο δίκαιο της Ένωσης με την Οδηγία 94/58/ΕΚ¹⁶⁶. Ακολούθησαν η Οδηγία 2001/25/ΕΚ και η Οδηγία 2003/103/ΕΚ. Η ελληνική νομοθεσία προσαρμόστηκε στις Οδηγίες αυτές με το ΠΔ 89/2005. Οι κανόνες της Ένωσης σχετικά με την εκπαίδευση και την πιστοποίηση των ναυτικών προσαρμόστηκαν αργότερα σύμφωνα με τις μεταγενέστερες τροποποιήσεις της Σύμβασης STCW και θεσπίστηκε κοινός μηχανισμός

159. Μ.Σ.Κ.373(93)/22.5.2014 και Μ.Σ.Κ.374, (93)/22.5.2014.

160. Μ.Σ.Κ.396 (95)/11.6.2015, Μ.Σ.Κ.397 (95)/11.6.2016, Μ.Σ.Κ.416 (97)/25.11.2016 και Μ.Σ.Κ.417 (97)/25.11.2016.

161. Βλ. επίσης ρήτρα 6(a) NYPE 2015.

162. Υ.Α. 4113.320/02/2014/2014 (ΦΕΚ 3191/Β' 27.11.2014).

163. Βλ. επίσης: Κανονισμό (ΕΚ) αριθ. 336/2006, όπως ισχύει.

164. Resolution A.1047 (27), Adopted on 30 November 2011.

165. Baatz, *op.cit.*, 2018, p. 484.

166. Βλ. ΠΔ 210/1996, το οποίο καταργήθηκε με το άρθρο 27 ΠΔ 89/2005, ΦΕΚ Α 127/31.5.2005.

της Ένωσης για την αναγνώριση των συστημάτων εκπαίδευσης και πιστοποίησης των ναυτικών τρίτων χωρών. Οι κανόνες αυτοί, ως αποτέλεσμα αναδι-ατύπωσης, περιλαμβάνονται στην Οδηγία 2008/106/EK, η οποία τροποποιή-θηκε εκτενώς από την Οδηγία 2012/35/EK και ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ΠΔ 119/2014¹⁶⁷, προσφάτως, δε, τροποποιήθηκε από την Οδη-γία 2019/1159/ΕΕ¹⁶⁸, η οποία ενσωματώθηκε στο ελληνικό δίκαιο με το ΠΔ 49/2021.

3.3.1. Ζητήματα αξιοπλοΐας

Ο πλοίαρχος που θα εργαστεί σε ένα πλοίο θα πρέπει να έχει τα απαιτούμε-να προσόντα για τη θέση αυτή, τα οποία θα πρέπει συνοδεύονται από τα κα-τάλληλα πιστοποιητικά επάρκειας¹⁶⁹. Σύμφωνα με τον Κανονισμό STCW I/5 (Εθνικές διατάξεις)¹⁷⁰, τα συμβαλλόμενα μέρη λαμβάνουν και επιβάλλουν τα κατάλληλα μέτρα για την πρόληψη της απάτης και άλλων παράνομων πρα-κτικών που περιλαμβάνουν πιστοποιητικά και εγκρίσεις. Οι ναυτικοί που ερ-γάζονται στο πλοίο θα πρέπει να είναι εφοδιασμένοι με τα κατάλληλα πιστο-ποιητικά στην αγγλική γλώσσα¹⁷¹ και σε πρωτότυπη μορφή¹⁷². Κάθε Αρχή θα πρέπει να αναγνωρίσει με θεώρηση το πιστοποιητικό που εκδόθηκε από ή υπό την Αρχή άλλου Μέρους σε πλοίαρχο, αξιωματικό ή χειριστή ραδιοεπικοινων-ιών¹⁷³. Ο πλοίαρχος καθώς και το τμήμα καταστρώματος πρέπει να έχουν πι-στοποιητικό ικανότητας¹⁷⁴, τα οποία θα επανεπικυρώνονται μετά από 5 χρό-νια¹⁷⁵. Ο πλοίαρχος πρέπει να διαθέτει επαρκή εμπειρία και εκπαίδευση πριν αναλάβει τη διοίκηση μεγάλων πλοίων ή πλοίων που έχουν ασυνήθιστα χαρα-κτηριστικά ελιγμού και χειρισμού, διαφορετικά από αυτά που μπορεί να είχε υπηρετήσει προηγουμένως¹⁷⁶.

167. Το ΠΔ 89/2005 τροποποιήθηκε από το ΠΔ 119/2014. Παράλληλα, το ΠΔ 119/2014 κα-τήργησε το: α) ΠΔ 210/1996 β) το ΠΔ 295/1999 και γ) το ΠΔ 3/2005.

168. Η προαναφερθείσα Οδηγία 2019/1159/ΕΕ κατήργησε και την Οδηγία 2005/45/ΕΕ.

169. Βλ. αναλυτικά σε Carter et al., *The International Law of the Shipmaster*, 2009, 212 et seq.

170. Σε ευρωπαϊκό επίπεδο προβλέπονται κυρώσεις στο Άρθρο 9 Οδηγίας 2008/106/EK, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

171. STCW Convention, Καν. I/2 (Πιστοποιητικά και θεωρήσεις).

172. STCW Convention, Καν. I/2 (Πιστοποιητικά και θεωρήσεις).

173. STCW Convention, Καν. I/10 (Αναγνώριση πιστοποιητικών), STCW Code A-I/10.

174. STCW Convention, Καν. I/2 (Πιστοποιητικά και θεωρήσεις), STCW Code A-II/1, 2, 3, 4.

175. STCW Convention, Καν. I/11 (Επανεπικύρωση πιστοποιητικών), STCW Code A-I/11.

176. STCW, Κώδικας, Μέρος Β, s. B-V/a (1).

Επιπλέον, πρέπει να υπάρχει: ιατρική καταλληλότητα των ναυτικών¹⁷⁷, πιστοποιητικά για τους αξιωματικούς και το πλήρωμα της μηχανής¹⁷⁸, κάθε άτομο που προΐσταται ή εκτελεί καθήκοντα ασυρμάτου σε πλοίο, το οποίο υποχρεούται να συμμετέχει στο σύστημα GMDSS, πρέπει είναι κάτοχος κατάλληλου πιστοποιητικού GMDSS¹⁷⁹, πιστοποιητικά που να βεβαιώνουν ότι υπάρχει εκπαίδευση του προσωπικού σε συγκεκριμένο τύπο πλοίου ή σε πολιτικά ύδατα¹⁸⁰, πιστοποιητικά επάρκειας σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης, εργασιακής ασφάλειας, ιατρικής περίθαλψης και στις διαδικασίες διάσωσης¹⁸¹. Δυνατή είναι ακόμη η περίπτωση της εναλλακτικής πιστοποίησης¹⁸² και τέλος, πρέπει να υπάρχει καταλληλότητα προς άσκηση των καθηκόντων¹⁸³. Επίσης, πριν από τη ναυτολόγηση, ο πλοίαρχος πρέπει να ενημερώνεται για τα χαρακτηριστικά χειρισμού του πλοίου και να εξοικειώνεται με όλη την πλοήγηση και τα βοηθήματα ελιγμών, τα τοποθετημένα στο πλοίο¹⁸⁴.

Πιο αναλυτικά, στο Κεφάλαιο II της ΔΣ STCW καθορίζονται για τον πλοίαρχο και τον κλάδο καταστρώματος: α) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για πιστοποιητικά αξιωματικών που είναι υπεύθυνοι φυλακής ναυσιπλοΐας σε πλοία 500 ο.χ. και άνω¹⁸⁵, β) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης πλοιάρχων και υποπλοιάρχων πλοίων 500 ο.χ. ή άνω¹⁸⁶, γ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης αξιωματικών που είναι υπεύθυνοι τήρησης φυλακής ναυσιπλοΐας και πλοιάρχων πλοίων κάτω των 500 ο.χ.¹⁸⁷, δ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης για κατώτερους ναυτικούς που αποτελούν μέρος φυλακής ναυσιπλοΐας¹⁸⁸ και ε) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης κατώτερου ναυτικού ως ειδικευμένου ναυτικού καταστρώματος¹⁸⁹.

Για τον κλάδο μηχανής προβλέπονται οι: α) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για πιστοποίηση αξιωματικών υπεύθυνων φυλακής μηχανοστασίου σε

177. STCW Convention, Καν. I/9 (Ιατρικά πρότυπα), STCW Code A-I/9.

178. STCW Code A-III/1, 2, 3, 4, 5, 6, 7.

179. STCW Convention, Καν. IV/2, STCW Code A-IV/2.

180. STCW Convention, Καν. V/1-1, 1-2, 2, 3, 4, STCW Code A-V/1-1, 1-2, 2, 3, 4.

181. STCW Convention, Καν. VI/1, 2, 3, 4, 5, 6, STCW Code A-VI/1, 2, 3, 4, 5, 6.

182. STCW Convention, Καν. VII/1, 2, 3, STCW Code A-VII/1, 2, 3.

183. STCW Convention, Καν. VIII/1, 2, STCW Code A-VIII/1, 2.

184. STCW, Κώδικας, Μέρος Β, σ. Β-V/a (2).

185. STCW Convention, Καν. II/1.

186. STCW Convention, Καν. II/2.

187. STCW Convention, Καν. II/3.

188. STCW Convention, Καν. II/4.

189. STCW Convention, Καν. II/5.

επανδρωμένα μηχανοστάσια ή οριζόμενων αξιωματικών υπηρεσίας μηχανοστασίου σε περιοδικά μη επανδρωμένα μηχανοστάσια¹⁹⁰, β) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης πρώτου και δεύτερου μηχανικού πλοίων, των οποίων η ισχύς της κύριας μηχανής πρόωσης είναι 3000 KW και άνω¹⁹¹, γ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης πρώτου και δεύτερου μηχανικού πλοίων, των οποίων η ισχύς της κύριας μηχανής πρόωσης είναι μεταξύ 750 και 3000 KW¹⁹², δ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης κατώτερων ναυτικών που αποτελούν μέρος φυλακής μηχανοστασίου σε επανδρωμένα μηχανοστάσια ή έχουν οριστεί να εκτελούν καθήκοντα σε περιοδικά μη επανδρωμένα μηχανοστάσια¹⁹³, ε) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης κατώτερων ναυτικών που υπηρετούν ως ειδικευμένοι ναυτικοί μηχανής σε επανδρωμένα μηχανοστάσια ή μελών πληρώματος που έχουν οριστεί να εκτελούν καθήκοντα σε περιοδικά μη επανδρωμένα μηχανοστάσια¹⁹⁴, στ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης ηλεκτροτεχνικού αξιωματικού¹⁹⁵, ζ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης ηλεκτροτεχνικών κατώτερων ναυτικών¹⁹⁶.

Περαιτέρω, καθορίζονται οι υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για πιστοποιητικά χειριστών ασυρμάτου GMDSS¹⁹⁷ ενώ υπάρχουν και ειδικές απαιτήσεις εκπαίδευσης για προσωπικό ορισμένων τύπων πλοίων. Ειδικότερα, ως προς τους τελευταίους περιέχονται: α) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για την εκπαίδευση και τα προσόντα πλοιάρχων, αξιωματικών και κατώτερων ναυτικών σε πετρελαιοφόρα και χημικά δεξαμενόπλοια¹⁹⁸, β) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για την εκπαίδευση και τα προσόντα πλοιάρχων, αξιωματικών και κατώτερων ναυτικών υγραεριοφόρων δεξαμενοπλοίων¹⁹⁹, γ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για την εκπαίδευση και τα προσόντα πλοιάρχων, αξιωματικών, μελών πληρώματος και λοιπού προσωπικού σε επιβατηγά πλοία²⁰⁰, δ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις εκπαίδευσης και προσόντων πλοιάρχων, αξιωματικών, μελών πληρώματος και λοιπού προσωπι-

190. STCW Convention, Kav. III/1.

191. STCW Convention, Kav. III/2.

192. STCW Convention, Kav. III/3.

193. STCW Convention, Kav. III/4.

194. STCW Convention, Kav. III/5.

195. STCW Convention, Kav. III/6.

196. STCW Convention, Kav. III/7.

197. STCW Convention, Kav. IV/2.

198. STCW Convention, Kav. V/1-1.

199. STCW Convention, Kav. V/1-2.

200. STCW Convention, Kav. V/2.

κού στα πλοία που υπόκεινται στον κώδικα IGF²⁰¹, ε) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για την εκπαίδευση και τα προσόντα πλοιάρχων και αξιωματικών καταστρώματος πλοίων που πλέουν σε πολικά ύδατα²⁰².

Στο κεφάλαιο VI που αφορά στην κατάσταση έκτακτης ανάγκης, εργασιακή ασφάλεια, ασφάλεια του πλοίου, ιατρική περίθαλψη και διαδικασίες διάσωσης, περιέχονται: α) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για εξοικείωση σε θέματα ασφάλειας, βασική εκπαίδευση και κατάρτιση για όλους τους ναυτικούς²⁰³, β) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για την έκδοση πιστοποιητικών επάρκειας στη χρήση σωστικών μέσων, λέμβων διάσωσης και ταχύπλων λέμβων διάσωσης²⁰⁴, γ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για εκπαίδευση σε προηγμένες τεχνικές πυρόσβεσης²⁰⁵, δ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις σχετικά με τις πρώτες βοήθειες και την ιατρική περίθαλψη²⁰⁶, ε) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για την έκδοση πιστοποιητικών επάρκειας για αξιωματικούς ασφάλειας πλοίου²⁰⁷, στ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις εκπαίδευσης και κατάρτισης σε θέματα ασφαλείας για όλους τους ναυτικούς²⁰⁸. Οι ναυτικοί, στους οποίους ανατίθενται συγκεκριμένα καθήκοντα ασφαλείας, ανταποκρίνονται στο πρότυπο ικανότητας που ορίζεται στο τμήμα A-VI/6 παράγραφοι 6 έως 8 του κώδικα STCW. Σε περίπτωση που η εκπαίδευση σε συγκεκριμένα καθήκοντα ασφαλείας δεν συμπεριλαμβάνεται στα προσόντα του ναυτικού για την έκδοση πιστοποιητικού, εκδίδεται πιστοποιητικό επάρκειας στο οποίο επισημαίνεται ότι ο κάτοχός του έχει παρακολουθήσει πρόγραμμα εκπαίδευσης σε συγκεκριμένα καθήκοντα ασφαλείας²⁰⁹.

Τέλος, στον Κανονισμό VII/1 προβλέπεται η έκδοση εναλλακτικών πιστοποιητικών. Κάθε ναυτικός που εκτελεί οιοδήποτε καθήκον ή ομάδα καθηκόντων τα οποία ορίζονται στους πίνακες A-II/1, A-II/2, A-II/3, A-II/4 ή A-II/5 του κεφαλαίου II ή στους πίνακες A-III/1, A-III/2, A-III/3 ή A-III/4 ή A-III/5 του κεφαλαίου III ή A-IV/2 του κεφαλαίου IV του κώδικα STCW, είναι κάτοχος πιστοποιητικού ικανότητας ή πιστοποιητικού επάρκειας, κατά περίπτωση²¹⁰.

201. STCW Convention, Καν. V/3.

202. STCW Convention, Καν. V/4.

203. STCW Convention, Καν. VI/1.

204. STCW Convention, Καν. VI/2.

205. STCW Convention, Καν. VI/3.

206. STCW Convention, Καν. VI/4.

207. STCW Convention, Καν. VI/5.

208. STCW Convention, Καν. VI/6.

209. STCW Convention, Καν. VI/6.

210. STCW Convention, Καν. VII/2.

Η μη ύπαρξη κατάλληλου πληρώματος, ηλικιακά, ποσοτικά/αριθμητικά, ποιοτικά, μη κατάλληλα εκπαιδευμένου ή μη εκπαιδευμένου στο ελάχιστο, χωρίς προσόντα ή χωρίς τις απαιτούμενες γνώσεις, επάρκεια και εμπειρία για τον συγκεκριμένο τύπο πλοίου ή χωρίς ναυτική εμπειρία και χωρίς να πληρούνται οι ελάχιστες απαιτούμενες απαιτήσεις/προδιαγραφές, ασφαλώς και εγείρουν σοβαρότατο ζήτημα υλικής αναξιοπλοΐας. Το ίδιο ισχύει και για την μη ιατρική καταλληλότητα του πλοίαρχου, των ναυτικών, πολλώ δε μάλλον εάν δεν υπάρχει και η αντίστοιχη πιστοποίηση τόσο της ικανότητας, όσο και της πνευματικής κατάστασής τους.

Τόσο η μη κατοχή από τον πλοίαρχο και το πλήρωμα των απαιτούμενων πιστοποιητικών κατά περίπτωση επί του πλοίου, όσο και η ύπαρξή τους όχι όμως στην κατάλληλη μορφή (π.χ. ύπαρξη εγγράφων τα οποία δεν είναι ανανεωμένα) ή τύπο ή σύμφωνα με τα οριζόμενα στη ΔΣ STCW όσο και η εν όλω ή εν μέρει παράβλεψη του Μέρους Β που αφορά σε Κατευθυντήριες Οδηγίες, από τις οποίες ναι μεν δεν προκύπτει νομικά επιβαλλόμενη υποχρέωση, αφορούν όμως στην εφαρμογή των διατάξεων της Διεθνούς Σύμβασης και συνιστώνται να λαμβάνονται υπόψη²¹¹, αποτελούν ξεκάθαρη περίπτωση νομικής αναξιοπλοΐας. Γίνεται στο πλαίσιο αυτό δεκτό ότι εάν ένας πλοιοκτήτης αποφασίσει να μεταβιβάσει την ευθύνη για θέματα προσωπικού και συμμόρφωσης με τη Διεθνή Σύμβαση STCW σε τρίτο μέρος, οι συμβατικές ρυθμίσεις μεταξύ του πλοιοκτήτη και του τρίτου πρέπει να αναφέρουν σαφώς ποιος αναλαμβάνει την ευθύνη για τη συμμόρφωση με τη Σύμβαση²¹².

Από την άλλη πλευρά, όσον αφορά στο δίκαιο της ΕΕ, τα κράτη μέλη λαμβάνουν όλα τα αναγκαία μέτρα προκειμένου να εξασφαλίζουν ότι οι ναυτικοί οι οποίοι εργάζονται σε ποντοπόρα πλοία²¹³ είναι εκπαιδευμένοι τουλάχιστον σύμφωνα με τις απαιτήσεις της σύμβασης STCW και διαθέτουν πιστοποιητικά ή/και αποδεικτικά έγγραφα. Τα κράτη μέλη λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα προκειμένου να εξασφαλίζουν ότι όσα μέλη του πληρώματος πρέπει να διαθέτουν πιστοποιητικό σύμφωνα με τον Κανονισμό III/10.4 της σύμβασης SOLAS 74 είναι εκπαιδευμένα και έχουν πιστοποιηθεί σύμφωνα με την παρούσα Οδηγία.

211. STCW Convention, Καν. I/1.

212. Baatz, *op.cit.*, 2018, p. 486.

213. Εξαιρούνται της εφαρμογής τα: α) τα πολεμικά πλοία, τα βοηθητικά του πολεμικού ναυτικού ή άλλα πλοία των οποίων την κυριότητα ή διαχείριση έχει κράτος μέλος και τα οποία απασχολούνται μόνο σε κυβερνητική μη εμπορική υπηρεσία· β) τα αλιευτικά σκάφη· γ) οι θαλαμηγοί αναφυκής που δεν χρησιμοποιούνται για εμπορικούς σκοπούς· δ) τα ξύλινα πλοία πρωτόγονης ναυπήγησης.

Ως εκ τούτου: α) οι ναυτικοί οι οποίοι εργάζονται σε πλοία είναι εκπαιδευμένοι τουλάχιστον σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Σύμβασης STCW²¹⁴, β) πρέπει να υπάρχουν πιστοποιητικά ικανότητας, πιστοποιητικά επάρκειας και οι συναφείς θεωρήσεις²¹⁵, γ) η κατά το άρθρο 3 της Οδηγίας απαιτούμενη εκπαίδευση είναι τύπου κατάλληλου για τις θεωρητικές γνώσεις και τις πρακτικές ικανότητες που απαιτούνται από το παράρτημα Ι, ιδίως για τη χρήση σωστικών και πυροσβεστικών μέσων, και είναι εγκεκριμένη από την αρμόδια αρχή ή όργανο που έχει ορίσει κάθε κράτος μέλος²¹⁶ δ) πρέπει να υπάρχουν πρότυπα ποιότητας²¹⁷, ε) ιατρικά πρότυπα²¹⁸, στ) επανεπικύρωση των πιστοποιητικών²¹⁹, ζ) καταλληλότητα προς εκτέλεση υπηρεσίας²²⁰.

Επιπλέον, στο Παράρτημα Ι της Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει καθορίζονται για τον πλοίαρχο και τον κλάδο καταστρώματος οι: α) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις για πιστοποιητικά αξιωματικών που είναι υπεύθυνοι φυλακής ναυσιπλοΐας σε πλοία 500 ο.χ. και άνω²²¹, β) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης πλοιάρχων και υποπλοιάρχων πλοίων 500 ο.χ. ή άνω²²², γ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης αξιωματικών που είναι υπεύθυνοι τήρησης φυλακής ναυσιπλοΐας και πλοιάρχων πλοίων κάτω των 500 ο.χ.²²³, δ) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης για κατώτερους ναυτικούς που αποτελούν μέρος φυλακής ναυσιπλοΐας²²⁴ και ε) υποχρεωτικές ελάχιστες απαιτήσεις πιστοποίησης κατώτερου ναυτικού ως ειδικευμένου ναυτικού καταστρώματος²²⁵.

Ενόψει όλων των ανωτέρω είναι σαφές ότι η μη ύπαρξη των κατάλληλων και απαιτούμενων πιστοποιητικών από τον πλοίαρχο και το πλήρωμα (κλάδος καταστρώματος και μηχανής) συνιστά περίπτωση νομικής αναξιοπλοΐας. Το ίδιο ισχύει και για τη μη πιστοποίηση ή τη μη κατάλληλη πιστοποίηση των απαιτούμενων εγγράφων από αυτούς. Από την άλλη πλευρά, η έλλειψη ή η μη κατάλληλη εκπαίδευση σύμφωνα με τις ελάχιστες απαιτούμενες προδιαγραφές

214. Άρθρο 3 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

215. Άρθρο 5 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

216. Άρθρο 5 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

217. Άρθρο 10 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

218. Άρθρο 11 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

219. Άρθρο 12 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

220. Άρθρο 15 Οδηγίας 2008/106/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει.

221. Κανονισμός ΙΙ/1.

222. Κανονισμός ΙΙ/2.

223. Κανονισμός ΙΙ/3.

224. Κανονισμός ΙΙ/4.

225. Κανονισμός ΙΙ/5.

καθιστά τόσο το πλοίο μη αξιόπλοο (υλικά) όσο και το πλήρωμα ανίκανο εν όλω ή εν μέρει, σε περίπτωση που δεν έχει λάβει μία συγκεκριμένης μορφής εκπαίδευση (υλική αναξιопλοΐα).

3.3.2. Κριτικές παρατηρήσεις

Οι υποχρεωτικές διατάξεις του Κώδικα STCW αφενός, προσδιορίζουν τις προϋποθέσεις, με τις οποίες κρίνεται η ικανότητα και καταλληλότητα των μελών του πληρώματος και αφετέρου, παρέχουν τα κριτήρια με τα οποία αυτά πιστοποιούνται. Ακόμη υπάρχουν διατάξεις για την επίβλεψη της ναυσιπλοΐας, της μηχανής και της φυλακής ασυρμάτου καθώς και τα απαιτούμενα ανά ειδικότητα και μέλος του πληρώματος πιστοποιητικά. Πρόκειται ασφαλώς για διατάξεις που είναι ειδικότερες και λεπτομερέστερες συγκριτικά με εκείνη του 351 ΚΧΒ, την οποία συμπληρώνουν. Συνεπώς, η διερεύνηση εφαρμογής των προϋποθέσεων της ΔΣ και του Κώδικα και κατά περίπτωση του ενωσιακού δικαίου είναι επιβεβλημένη. Προς την ίδια κατεύθυνση, άλλωστε, είναι και οι διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με την εκπαίδευση και την πιστοποίηση των ναυτικών.

Περαιτέρω, είναι χρήσιμο να τονιστεί ότι οι ΔΣ STCW 2010 και ΔΣ MLC 2006, αν και φαίνεται ότι έχουν το ίδιο αντικείμενο, αυτό δεν είναι ακριβές. Η στόχευσή τους είναι σαφώς διαφορετική. Ειδικότερα, η ΔΣ STCW 2010 είναι αποτέλεσμα εργασιών του IMO²²⁶, ενώ η ΔΣ MLC 2006 του ILO²²⁷. Η ΔΣ STCW 2010 εφαρμόζεται στους ναυτικούς καταστρώματος και μηχανής, στον αξιωματικό ή χειριστή ραδιοεπικοινωνιών και στα πρόσωπα που χειρίζονται τα θέματα ασφάλειας και προστασίας, ενώ η ΔΣ MLC 2006 έχει εφαρμογή σε όλους τους ναυτικούς. Επιπροσθέτως, η ΔΣ STCW 2010 προϋποθέτει ελάχιστες απαιτήσεις για την πιστοποίηση, εκπαίδευση και την ικανότητα των ναυτικών, ενώ η ΔΣ MLC 2006 καθιερώνει τις ελάχιστες απαιτήσεις για την εργασία ναυτικών επί πλοίου, τις συνθήκες εργασίας, προβλέπει για την ενδιαίτηση, τις εγκαταστάσεις αναψυχής, τη διατροφή και την τροφοδοσία, την προστασία της υγείας, την ιατρική περίθαλψη, την ευημερία και προστασία κοινωνικής ασφάλειας.

Η ΔΣ STCW 2010 δεν κάνει νύξη για ώρες εργασίας αλλά για ώρες ανάπαυσης. Αντίθετα, η ΔΣ MLC 2006 θέτει τις ώρες εργασίας και ανάπαυσης²²⁸. Επιπλέον, η ΔΣ STCW 2010 «αναστέλλει» κατά κάποιο τρόπο την περίοδο ανάπαυσης όταν τίθεται ζήτημα ασφάλειας του πλοίου ή σε οποιοσδήποτε άλλες επιτακτι-

226. International Maritime Organization.

227. International Labour organization.

228. Κανονισμός 2.3.

κές λειτουργικές συνθήκες²²⁹. Στη ΔΣ MLC 2006 ορίζεται ότι καμία διάταξη του Προτύπου A2.3. δεν πρέπει να θεωρείται ότι παρεμποδίζει το δικαίωμα του πλοίαρχου να απαιτήσει από ναυτικό να εκτελέσει όσες ώρες εργασίας είναι απαραίτητες για την άμεση ασφάλεια του πλοίου, των επιβαινόντων ή του φορτίου, ή με σκοπό την παροχή συνδρομής σε άλλα πλοία ή πρόσωπα που κινδυνεύουν στη θάλασσα. Αναλόγως, ο πλοίαρχος μπορεί να αναστείλει το πρόγραμμα των ωρών εργασίας ή ωρών ανάπαυσης και να απαιτήσει από ένα ναυτικό να εκτελέσει όσες ώρες εργασίας είναι απαραίτητες έως ότου αποκατασταθεί η φυσιολογική κατάσταση. Το ταχύτερο δυνατόν μετά την αποκατάσταση της φυσιολογικής κατάστασης, ο πλοίαρχος πρέπει να εξασφαλίζει ότι όποιοι ναυτικοί εκτέλεσαν εργασία σε προγραμματισμένη περίοδο ανάπαυσης, λαμβάνουν επαρκή περίοδο ανάπαυσης.

Πρέπει, επίσης, να σημειωθεί ότι όσον αφορά στο ελάχιστο όριο ανάπαυσης η μεν ΔΣ STCW 2010 προβλέπει²³⁰ ότι το ελάχιστο όριο ανάπαυσης δεν είναι δυνατόν να είναι λιγότερο από 70 ώρες ανά εβδομάδα, η δε ΔΣ MLC 2006 ορίζει τις 77 ώρες ανά εβδομάδα ως ελάχιστο όριο. Η ΔΣ STCW 2010 όσον αφορά στην ανάπαυση αναφέρεται στα μέλη του πληρώματος που έχουν βάρδια²³¹ ενώ η ΔΣ MLC 2006 σε όλο το πλήρωμα.

4. Συμπέρασμα

Από τα ανωτέρω, είναι προφανές ότι η υποχρέωση της αξιοπλοΐας έχει πλέον διευρυμένο πεδίο εφαρμογής τόσο ως προς τον ανθρώπινο παράγοντα, όσο και ως προς τη ναυτική ασφάλεια, ακριβώς λόγω των πολλών και αναγκαίων σύγχρονων νομοθετικών επεμβάσεων στη ναυτιλία. Ωστόσο, όπως εκτέθηκε, στους τομείς που εξετάστηκαν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της και το περιεχόμενό της, όπως έχει δια μακρόν διαμορφωθεί από τη νομολογία και έχει επεξεργαστεί από τη θεωρία, παραμένουν αμετάβλητα. Υπάρχει, ωστόσο, ανάγκη προσαρμογής του περιεχομένου της αξιοπλοΐας στη νέα νομική πραγματικότητα, όπως αυτή διαμορφώνεται.

229. Section A-VIII/1. 4.

230. Section A-VIII/1. 9.

231. Section A-VIII/1.2.

Challenges facing the International Oil Pollution Compensation Funds - current issues

Gaute Sivertsen

Director IOPC Funds

Introduction

The International Oil Pollution Compensation Funds (IOPC Funds) provide financial compensation for oil pollution damage that occurs in Member States, resulting from spills of persistent oil from tankers.

The history of the IOPC Funds began with the oil spill from the Torrey Canyon, which ran aground near the Scilly Isles in 1967, fouling UK and French coastlines. This incident exposed a number of serious shortcomings, in particular the absence of an international agreement on liability and compensation in the event of such a spill. It led the international community to establish, under the auspices of the International Maritime Organization (IMO), a regime for compensation for victims of oil pollution.

The framework for the regime was the 1969 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1969 Civil Liability Convention) and the 1971 International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution (1971 Fund Convention). Over time, it became clear that the amount of compensation available for major incidents needed to be increased and the scope of the regime widened. This resulted in two further instruments, known as the 1992 Civil Liability Convention and the 1992 Fund Convention. Following the *Erika* and *Prestige* incidents, a third instrument, the Protocol to the 1992 Fund Convention (Supplementary Fund Protocol), was adopted in 2003, providing additional compensation over and above that available under the 1992 Fund Convention for pollution damage in the States that become Parties to the Protocol.

The two intergovernmental organisations, the 1992 Fund and the Supplementary Fund, which together form the International Oil Pollution Compensation Funds (IOPC Funds) were established in 1996 and 2005 respectively. The Supplementary Fund was established to supplement the compensation available under the 1992 Civil Liability and Fund

Conventions with an additional third tier of compensation. Membership of the Supplementary Fund is optional and any State which is a member of the 1992 Fund may join. The membership of both Funds is increasing.

The IOPC Funds are financed by contributions paid by entities that receive certain types of oil by sea transport. These contributions are based on the amount of oil received in the relevant calendar year, and cover expected claims, together with the costs of administering the Funds.

Since their establishment, the 1992 Fund and the preceding 1971 Fund have been involved in 150 incidents of varying sizes all over the world. In the great majority of cases, all claims have been settled out of court.

Since it was established in 1996, the 1992 Fund has steadily grown from nine Member States to 120 as at the October 2022 sessions. The wide membership of the IOPC Funds that keeps growing year after year reflects the importance that States give to the international liability and compensation regime.

Current and future challenges faced by the IOPC Funds

The current and future challenges facing the IOPC Funds are as follows:

1. Ensuring that oil reports are presented in a correct and timely manner, and that contributions to the Funds are paid;
2. Ensuring insurance arrangements are made in accordance with treaty obligations;
3. Dealing with the effects of sanctions;
4. Assisting States with progress towards the entry into force of the 2010 HNS Convention; and
5. Ongoing incidents

1. Oil reports: *Ensuring that oil reports are presented in a correct and timely manner, and contributions are paid*

The submission of oil reports forms the basis for levying contributions and therefore the financing of the IOPC Funds. However, a small number of States have not submitted their annual oil reports in 2022 or have outstanding reports for many years. This leads to inequalities and unfairness in the international regime and effects the Secretariat's ability to calculate an accurate levy per tonne.

A possible solution would be to levy contributions based on estimates when the Secretariat has not received an oil report from the concerned Member State. The Secretariat will use third party sources and statistics to calculate

the amount of oil received and levy contributions based on that information. The timely and correct presentation of oil reports ensures the equitable sharing of the financial burden between contributors and that funds are available to pay compensation to victims.

2. Insurance problems: *Ensuring that insurance arrangements are made in accordance with treaty obligations*

In some incidents, the 1992 Fund has been faced with insurers who are not part of the International Group of P&I Associations (the International Group or IG) and who are incapable or unwilling to comply with treaty obligations to pay the first tier of compensation which, under the Conventions, should be paid by the shipowner (shipowner's liability). In these cases, the 1992 Fund has had to pay from the outset and then seek to recover funds from the insurer and shipowner. Some Flag States have not complied with their duties under IMO circular 3464, to verify financial standing and solvency of the non-IG insurers before accepting "blue cards" from such entities and have issued Civil Liability Convention (CLC) certificates based on unsatisfactory information. When shipowners do not comply with their obligations to pay the first tier of compensation, the balance of the liability and compensation regime is negatively affected, and an extra burden is put on the contributors.

The issue of uninsured or badly insured ships has been discussed for a long time. The IMO Legal Committee has included this issue in its work program and has formed a correspondence group to identify possible solutions to this problem. It is likely that several measures will need to be taken in order to address and solve this issue. One possible solution to this insurance problem could be to strengthen IMO Circular 3464. In addition, some non-IG insurers have formed the Association of Commercial P&I Insurers Limited (ACPII). The Association has been founded to support and promote commercial P&I in the global markets. Such an initiative could provide a clearly defined quality alternative in the non-IG market.

3. Sanctions: *Dealing with the effects of sanctions*

Different sanction regimes can affect the IOPC Funds as they may prohibit insurers from insuring ships from certain States, e.g. Russian Federation. Sanctions can also prohibit the carriage and insurance of certain oils e.g. Russian oil. Tankers trading internationally are normally insured by P&I Clubs in the International Group. These are now affected by the sanction rules, and this will force shipowners engaged in the transportation of this oil to look for other insurers. They may not be able or willing to comply with their

obligations under the Conventions. In addition, many ships engaged in this trade use tactics such as turning off AIS transponders, conducting ship-to-ship (STS) operations at high seas, identity tampering and other activities that increase the risk of an incident. This means that the risk of exposure increases for coastal States, the IOPC Funds and the contributors.

4. 2010 HNS Convention: *Assisting States with the entry into force of the 2010 HNS Convention*

At the Diplomatic Conference to adopt the 2010 HNS Protocol, the IOPC Funds was tasked to prepare for the entry into force of the Protocol and the establishment of the HNS Fund. The Secretariat is currently working on a range of tasks in that respect. It is developing a claims manual and has undertaken administrative tasks in preparation for the first meeting of the HNS Fund Assembly after the entry into force. Efforts are focused on assisting Member States to ensure that all States who are, or who become Parties to the 2010 HNS Convention, apply identical processes to obtain HNS reports from their industry and submit them correctly to the HNS Fund Secretariat. A viable reporting and contributions system is key to bringing the Convention into force and to ensuring that Member States will be able to report the amounts of received goods and to identify the receivers. This is essential for levying contributions to run the HNS Fund and to pay claimants.

5. Ongoing incidents: *Smaller incidents do not mean small problems*

Alfa1 (Greece 2012): The insurer in this incident refused to pay claims or establish a limitation fund. The insurer refused to accept that the 1992 CLC applied as the vessel had less than 2 000 tons of persistent oil on board. It claimed that the blue card was issued by mistake. The 1992 Fund had to pay from the outset and sought to recover funds from the insurer. The insurer is in liquidation, but still fighting the 1992 Fund's claim.

Agia Zoni II (Greece 2017): The *Agia Zoni II* sunk under suspicious circumstances. The two investigations into the incident reached different conclusions. One determined that the ship had sank after an explosion, while the other concluded that the ship had sank after sea water ballast tanks were opened. The insurance policy stated that it covered both oil pollution and wreck removal expenses. No separate fund was established for wreck removal. The Public Prosecutor's report into the investigation is still awaited five years after incident.

Bow Jubail (Netherlands 2018): The *Bow Jubail*, a chemical tanker in ballast, collided with a jetty and spilled bunker fuel in the Port of Rotterdam. The shipowner claims that the vessel had been cleaned in accordance with the MARPOL procedure. The shipowner was not allowed to establish a limitation fund under the Bunkers Convention, as the Court held that he had not proved that there were no residues of persistent oil on board from previous voyages and that the 1992 CLC therefore applied. The 1992 Fund appealed to the Supreme Court in support of the shipowner based on facts and on procedural grounds to support the due process.

Incident in Israel (2021): In February 2021 tar balls washed-up along the coastline of Israel. No ship was clearly identified to be the source of the pollution, but oil fingerprint tests concluded that it was crude oil from a tanker. The 1992 Fund is paying from the outset as there is no identified shipowner or insurer. This is a so-called mystery spill.

Η αναζήτηση κατάλληλου ρυθμιστικού πλαισίου για την αποκατάσταση ζημιών ρύπανσης από πλατφόρμες εξόρυξης υδρογονανθράκων και ο κίνδυνος μαζικών αξιώσεων¹

Νικόλαος Θ. Κωνσταντινίδης

Δρ. Ν., Δικηγόρος Πειραιώς,
Νομικός Σύμβουλος στην ΟΛΠ ΑΕ²

Είναι επίκαιρο ζήτημα η αποτελεσματική νομική προστασία σε περίπτωση μίας εκτεταμένης περιβαλλοντικής καταστροφής από μεγάλη διαρροή πετρελαίου ή και φυσικού αερίου, για οποιαδήποτε αιτία (λχ. από έκρηξη), από τις εξέδρες εξόρυξης υδρογονανθράκων, όπως έγινε το 2010 στον Κόλπο του Μεξικού με το Deep Water Horizon³. Τότε ο εφιαλτικός απολογισμός ήταν: διαρροή, επί 87 ημέρες, 5.000.000 βαρελιών πετρελαίου και συνολικό κόστος αποζημιώσεων 65 δις δολάρια. Δυστυχώς ο κίνδυνος είναι υπαρκτός και ελλοχεύει, πάντοτε, με πρόσφατα, ενδεικτικά, παραδείγματα, τόσο, στον Κόλπο του Μεξικού, τον Ιούλιο του 2021, όσο και στην παραλία Huntington της Καλιφόρνιας τον Οκτώβριο του 2021.

Η *de lege lata* νομοθεσία μπορεί να διερευνηθεί, συνοπτικά, σε επίπεδο Διεθνούς Δικαίου (1), αναλυτικότερα, δε, τόσο, σε επίπεδο Ενωσιακού Δικαίου (2), όσο και σε επίπεδο Ελληνικού Δικαίου (3). Η αναζήτηση προτάσεων *de lege ferenda* είναι, εκ των πραγμάτων, αναπόφευκτη (4).

-
1. Στη μνήμη της Καθηγήτριας Θεοδώρας Νικάκη, με την οποία είχα την τιμή να ανταλλάξω πολύτιμες νομικές απόψεις, επί του θέματος. Μας λείπει όμως, σήμερα, το επισημονικό ήθος, όπως και το χαμόγελό της.
 2. Οι απόψεις στο παρόν, εκφράζουν και δεσμεύουν, μόνο, τον υπογράφοντα.
 3. United States Congress, House, Committee On Natural Resources, Final report of the President's National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling, first session, Washington, U.S. G.P.O., Library of Congress <<https://lccn.loc.gov/2011388947>>; *Macondo, The Gulf Oil Disaster*, Chief Counsel's Report, National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling (2011), <<https://cybercemetery.unt.edu/archive/oilspill/20121210190115/http://www.oilspillcommission.gov/chief-counsels-report>>.

1. Διεθνές Δίκαιο

Οι σημαντικότερες διεθνείς Συμβάσεις, οι οποίες, έμμεσα, αναφέρονται στην προστασία από την υπεράκτια ρύπανση είναι:

- (α) η Σύμβαση για το Δίκαιο της Θάλασσας του Ο.Η.Ε. (1982),
- (β) η Σύμβαση για την Βιοποικιλότητα (1992),
- (γ) η Σύμβαση MARPOL για την πρόληψη της ρύπανσης από πλοία (1973/1978), όπως σήμερα ισχύει,
- (δ) η Σύμβαση του Λονδίνου για την πρόληψη της ρύπανσης από ρίψη απορριμμάτων και άλλων υλικών (1972),
- (ε) Σύμβαση για την ετοιμότητα, απάντηση και συνεργασία για τη ρύπανση πετρελαίου (1990) και
- (στ) οι εκάστοτε Κατευθυντήριες Γραμμές του Ι.Μ.Ο. (2009), όπως σήμερα ισχύουν.

Υπάρχουν, επίσης, ad hoc διεθνείς Περιφερειακές Συμβάσεις για την υπεράκτια θαλάσσια ρύπανση, όπως ενδεικτικά οι: (α) η North-East Atlantic Ocean Convention (OSPAR) του 1993, (β) Πρωτόκολλο της Μαδρίτης του 1994 στη Σύμβαση της Βαρκελώνης για τη Μεσόγειο του 1976 και (γ) η Οδηγία 2013/30 Ε.Ε. (βλ. αναλυτικά, infra).

Ως προς το ιδιαίτερα σημαντικό Πρωτόκολλο της Μαδρίτης του 1994 στη Σύμβαση της Βαρκελώνης για τη Μεσόγειο⁴ του 1976^{5,6}, αξίζει να παρατεθεί, τόσο, η εισαγωγή⁷, όσο και τα άρθρα 7 περί κυρώσεων και 27 περί ευθύνης / αποζημιώσεως.

4. Η Μεσόγειος (*mare nostrum* κατά τους Ρωμαίους), αν και καλύπτει μόνο το 0,8% της συνολικής επιφάνειας των θαλασσών παγκοσμίως, αποτελεί ένα ιδιαίτερος σημαντικό οικοσύστημα, αφού είναι η θάλασσα με τη μεγαλύτερη βιοποικιλότητα στην Ευρώπη, καθώς φιλοξενεί μεγάλη ποικιλία οργανισμών, με πάνω από 12.000 είδη φυτών και ζώων. Η Μεσόγειος, ανήκει στις « ημίκλειστες θάλασσες », σύμφωνα με το Άρθρο 122 της Διεθνούς Σύμβασης του Δικαίου Θαλάσσης του 1982, περί των « Κλειστών και Ημίκλειστων Θαλασσών » (*Enclosed or Semi-Enclosed Seas*), αφού έχει 2 μόνο στενά σημεία επαφής με τους ωκεανούς (τη διώρυγα του Suez στα ανατολικά, και τα στενά του Gibraltar στα δυτικά) με αποτέλεσμα τα νερά της να χρειάζονται έναν αιώνα για να καθαριστούν, και να ανανεωθούν.

5. Με τον Ν. 3022/2002 έγινε η κύρωση των τροποποιήσεων της Σύμβασης της Βαρκελώνης του 1976 «για την προστασία της Μεσογείου Θάλασσας από τη ρύπανση».

6. Ιδιαίτερα σημαντική είναι η απόφαση Δ.Ε.Ε. του 2004 / Arrêt du 7-10-2004 Cour de Justice de l' Union Européenne (*Affaire C-239/03 Commission / République Française*).

7. Στην Απόφαση του Συμβουλίου της 17ης Δεκεμβρίου 2012 για την προσχώρηση της Ευρωπαϊκής Ένωσης στο Πρωτόκολλο για την προστασία της Μεσογείου Θαλάσσης από τη ρύπανση που προκαλείται από την εξερεύνηση και την εκμετάλλευση του θαλάσσιου βυ-

The Protocol For The Protection Of The Mediterranean Sea Against Pollution
Resulting From Exploration And Exploitation Of The Continental Shelf And
The Seabed And Its Subsoil

Preamble

The Contracting Parties to the present Protocol,

*Being Parties to the Convention for the Protection of the Mediterranean Sea
against Pollution, adopted at Barcelona on 16 February 1976,*

Bearing in mind Article 7 of the said Convention,

*Bearing in mind the increase in the activities concerning exploration and
exploitation of the Mediterranean seabed and its subsoil,*

*Recognizing that the pollution which may result therefrom represents a
serious danger to the environment and to human beings,*

*Desirous of protecting and preserving the Mediterranean Sea from pollution
resulting from exploration and exploitation activities,*

*Taking into account the Protocols related to the Convention for the Protection
of the Mediterranean Sea against Pollution and, in particular, the Protocol
concerning Cooperation in Combating Pollution of the Mediterranean Sea
by Oil and Other Harmful Substances in Cases of Emergency, adopted at
Barcelona on 16 February 1976, and the Protocol concerning Mediterranean
Specially Protected Areas, adopted at Geneva on 3 April 1982,*

*Bearing in mind the relevant provisions of the United Nations Convention on
the Law of the Sea, done at Montego Bay on 10 December 1982 and signed by
many Contracting Parties,*

*Recognizing the differences in levels of development among the coastal
States, and taking account of the economic and social imperatives of the
developing countries,*

Article 7

Sanctions

*Each Party shall prescribe sanctions to be imposed for breach of obligations
arising out of this Protocol, or for non-observance of the national laws or*

θού και του υπεδάφους του (2013/5/Ε.Ε.) και ειδικότερα, στο Προοίμιο (παρ. 4.) αναφέρεται ότι: «Λόγω του ημίκλειστου χαρακτήρα και της ιδιαίτερης υδροδυναμικής της Μεσογείου Θαλάσσης, ένα ατύχημα του είδους που συνέβη στον Κόλπο του Μεξικού το 2010 θα μπορούσε να έχει άμεσες αρνητικές συνέπειες στη μεσογειακή οικονομία και τα εύθραυστα θαλάσσια και παράκτια οικοσυστήματα».

regulations implementing this Protocol, or for non-fulfilment of the specific conditions attached to the authorization.

Article 27

Liability and Compensation

1. The Parties undertake to cooperate as soon as possible in formulating and adopting appropriate rules and procedures for the determination of liability and compensation for damage resulting from the activities dealt with in this Protocol, in conformity with Article 12 of the Convention.

2. Pending development of such procedures, each Party:

(a) Shall take all measures necessary to ensure that liability for damage caused by activities is imposed on operators, and they shall be required to pay prompt and adequate compensation;

(B) Shall take all measures necessary to ensure that operators shall have and maintain insurance cover or other financial security of such type and under such terms as the Contracting Party shall specify in order to ensure compensation for damages caused by the activities covered by this Protocol.

2. Ενωσιακό Δίκαιο

Η καταστροφή της εξέδρας εξόρυξης υδρογονανθράκων της Piper Alpha το 1988 στη Βόρειο Θάλασσα (Σκωτία), με τον τραγικό απολογισμό των 165 νεκρών και του κόστους αποζημιώσεων 1,7 δις λιρών, ήταν ένας καταλυτικός παράγοντας για την ευαισθητοποίηση όχι μόνο της κοινής γνώμης, αλλά και των όλων των Αρχών στην Ευρώπη.

Το κυριότερο νομοθετικό κείμενο σε επίπεδο Ε.Ε.⁸ είναι ασφαλώς η Οδηγία 2013/30.

Η Οδηγία 2013/30/ Ε.Ε.

Η Οδηγία 2013/30/ ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12ης Ιουνίου 2013 «για την ασφάλεια των υπεράκτιων εργασιών πετρελαίου και φυσικού αερίου και την τροποποίηση της οδηγίας 2004/35/ΕΚ » αποτέλεσε τομή στο Ενωσιακό και Εθνικό Δίκαιο.

Στο Προοίμιο της Οδηγίας 2013/30/ ΕΕ αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι : « Τα σοβαρά ατυχήματα που σχετίζονται με υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και

8. Στην λεγόμενη περιβαλλοντική Οδηγία (European Environment Liability Directive / L 143/30.4.2004) και ειδικότερα στο άρθρο 14. 2 προβλέπεται η σύνταξη από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή έκθεσης σχετικά με την αποζημίωση για περιβαλλοντική ζημία και την ανάπτυξη μέσων αποζημίωσης.

φυσικού αερίου είναι πιθανόν να έχουν καταστρεπτικές και μη αναστρέψιμες συνέπειες στο περιβάλλον των θαλασσών και των παράκτιων περιοχών, καθώς και σημαντικό αρνητικό αντίκτυπο στις παράκτιες οικονομίες. Τα ατυχήματα που σχετίζονται με υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου, κυρίως δε το ατύχημα που συνέβη το 2010 στον Κόλπο του Μεξικού, ευαισθητοποίησαν το κοινό για τους κινδύνους που ενέχουν οι εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου και απετέλεσαν κίνητρο για επανεξέταση των πολιτικών που αποσκοπούν στη διαφύλαξη της ασφάλειας αυτών των εργασιών. Οι κίνδυνοι σχετικά με σοβαρά υπεράκτια ατυχήματα στο πλαίσιο δραστηριοτήτων πετρελαίου και φυσικού αερίου είναι μεγάλοι. Με τη μείωση του κινδύνου ρύπανσης των υπεράκτιων υδάτων, η παρούσα Οδηγία θα πρέπει να συμβάλει στη διασφάλιση της προστασίας του θαλάσσιου περιβάλλοντος, ιδίως δε στην επίτευξη ή διατήρηση καλής περιβαλλοντικής κατάστασης το αργότερο έως το 2020, στόχος που ορίζεται στην οδηγία 2008/56/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 17ης Ιουνίου 2008, περί πλαισίου κοινοτικής δράσης στο πεδίο της πολιτικής για το θαλάσσιο περιβάλλον (οδηγία-πλαίσιο για τη θάλασσα στρατηγική). Η Οδηγία 2008/56/ΕΚ θέτει ως έναν εκ των κεντρικών στόχων της την αντιμετώπιση των αθροιστικών επιπτώσεων όλων των δραστηριοτήτων στο θαλάσσιο περιβάλλον, αποτελεί δε τον περιβαλλοντικό πυλώνα της ολοκληρωμένης θαλάσσιας πολιτικής. Η εν λόγω πολιτική αφορά τις υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου, καθώς απαιτεί να συνδεόνται οι ιδιαίτερες ανησυχίες κάθε οικονομικού κλάδου με τον γενικό σκοπό της εξασφάλισης πλήρους κατανόησης των ωκεανών, των θαλασσών και των παράκτιων περιοχών, με στόχο τη διαμόρφωση συνεκτικής προσέγγισης για τις θάλασσες η οποία θα λαμβάνει υπόψη όλες τις οικονομικές, περιβαλλοντικές και κοινωνικές πτυχές, μέσω της χρησιμοποίησης θαλάσσιου χωροταξικού σχεδιασμού και γνώσεων για τη θάλασσα. ».

Σύμφωνα με το άρθρο 4 της Οδηγίας 2013/30/ΕΕ «Ζητήματα που αφορούν την ασφάλεια και το περιβάλλον σε σχέση με τις άδειες» αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «1. Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι οι αποφάσεις για τη χορήγηση ή τη μεταβίβαση αδειών εκτέλεσης υπεράκτιων εργασιών πετρελαίου και φυσικού αερίου λαμβάνουν υπόψη την ικανότητα του αιτούντος τέτοια άδεια να πληροί τις απαιτήσεις για εργασίες στο πλαίσιο της άδειας, όπως απαιτείται στις σχετικές διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, ιδίως δε της παρούσας Οδηγίας».

2. Συγκεκριμένα, κατά την αξιολόγηση της τεχνικής και οικονομικής ικανότητας του αιτούντος άδεια, λαμβάνονται δεόντως υπόψη τα εξής: α) ο κίνδυνος, η επικινδυνότητα και τυχόν άλλες συναφείς πληροφορίες που σχετίζονται με τη συγκεκριμένη περιοχή αδειοδότησης, συμπεριλαμβανομένου, κατά περίπτωση, του κόστους της υποβάθμισης του θαλάσσιου περιβάλλοντος σύμφωνα με το άρθρο 8 παράγραφος 1 στοιχείο γ) της Οδηγίας 2008/56/ΕΚ, β) το

συγκεκριμένο στάδιο στο οποίο βρίσκονται οι υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου, γ) οι χρηματοοικονομικές δυνατότητες του αιτούντος, συμπεριλαμβανομένης οποιασδήποτε χρηματοοικονομικής ασφάλειας, για την κάλυψη των ευθυνών που ενδέχεται να προκύψουν από τις εν λόγω υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου, συμπεριλαμβανομένης της ευθύνης για ενδεχόμενες οικονομικές ζημιές όταν αυτή η ευθύνη προβλέπεται στην εθνική νομοθεσία, δ) οι διαθέσιμες πληροφορίες σχετικά με τις επιδόσεις του αιτούντος όσον αφορά την ασφάλεια και το περιβάλλον, μεταξύ άλλων και όσον αφορά σοβαρά ατυχήματα, εφόσον ενδείκνυται για τις εργασίες για τις οποίες ζητήθηκε η χορήγηση άδειας. Πριν από τη χορήγηση ή τη μεταβίβαση άδειας υπεράκτιων εργασιών πετρελαίου και φυσικού αερίου, η αδειοδοτούσα αρχή ζητεί, εφόσον κρίνεται σκόπιμο, τη γνώμη της αρμόδιας αρχής.

3. Τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι η αδειοδοτούσα αρχή χορηγεί άδεια μόνο στην περίπτωση που θεωρήσει επαρκείς τις αποδείξεις του αιτούντος ότι ο αιτών έχει λάβει ή θα λάβει κατάλληλη μέριμνα, βάσει ρυθμίσεων που θα αποφασιστούν από τα κράτη μέλη, προκειμένου να καλυφθούν ευθύνες που ενδέχεται να προκύψουν από τις υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου του αιτούντος. Αυτή η μέριμνα τίθεται σε ισχύ και ενεργοποιείται κατά την έναρξη των υπεράκτιων εργασιών πετρελαίου και φυσικού αερίου. Τα κράτη μέλη ζητούν από τους αιτούντες να αποδείξουν, με τον κατάλληλο τρόπο, τις τεχνικές και οικονομικές τους ικανότητες και να παράσχουν οποιαδήποτε άλλη σχετική πληροφορία αναφορικά με την περιοχή που καλύπτεται από την άδεια και το συγκεκριμένο στάδιο υπεράκτιων εργασιών πετρελαίου και φυσικού αερίου. Τα κράτη μέλη εκτιμούν την επάρκεια της μέριμνας που αναφέρεται στο πρώτο εδάφιο προκειμένου να διαπιστώσουν εάν ο αιτών διαθέτει επαρκείς χρηματοοικονομικούς πόρους για την άμεση έναρξη και την απρόσκοπτη συνέχιση όλων των δράσεων που είναι αναγκαίες για αποτελεσματική αντιμετώπιση καταστάσεων εκτάκτου ανάγκης και την επακόλουθη αποκατάσταση..... Τα κράτη μέλη θεσπίζουν, τουλάχιστον, διαδικασίες που διασφαλίζουν άμεσο και αποτελεσματικό χειρισμό των αγωγών αποζημίωσης, μεταξύ άλλων και όσον αφορά αποζημιώσεις για διασυννοριακά περιστατικά. EL L 178/76 Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 28.6.201. Τα κράτη μέλη απαιτούν από τους κατόχους άδειας να διατηρούν επαρκείς ικανότητες ώστε να ανταποκρίνονται στις χρηματοοικονομικές υποχρεώσεις τους που προκύπτουν από υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου.

4. Η αδειοδοτούσα αρχή ή ο κάτοχος άδειας διορίζουν τον φορέα εκμετάλλευσης. Όταν ο φορέας εκμετάλλευσης πρόκειται να διοριστεί από τον κάτοχο άδειας, η αδειοδοτούσα αρχή ενημερώνεται εκ των προτέρων για τον διορισμό. Σε τέτοιες περιπτώσεις, η αδειοδοτούσα αρχή, αν κριθεί απαραίτητο σε

διαβούλευση με την αρμόδια αρχή, έχει τη δυνατότητα να προβάλει αντιρρήσεις στον διορισμό του φορέα εκμετάλλευσης.....

5. Οι διαδικασίες αδειοδότησης για υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου που αφορούν μια δεδομένη περιοχή αδειοδότησης οργανώνονται με τρόπο ώστε οι πληροφορίες που συγκεντρώνονται κατόπιν εξερεύνησης να μπορούν να εξεταστούν από το κράτος μέλος πριν από την έναρξη της παραγωγής.

6. Όταν εκτιμώνται οι τεχνικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες αιτούντος άδεια, δίνεται ιδιαίτερη προσοχή σε κάθε περιβαλλοντολογικά ευαίσθητο θαλάσσιο και παράκτιο περιβάλλον, συγκεκριμένα στα οικοσυστήματα που διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο μετριασμού της αλλαγής του κλίματος και προσαρμογής σε αυτήν, όπως είναι τα αλατούχα έλη και τα υποθαλάσσια λιβάδια, καθώς επίσης και στις θαλάσσιες προστατευόμενες περιοχές, όπως είναι οι ειδικές ζώνες διατήρησης σύμφωνα με την οδηγία 92/43/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Μαΐου 1992, για τη διατήρηση των φυσικών οικοτόπων καθώς και της άγριας πανίδας και χλωρίδας (1), οι ζώνες ειδικής προστασίας σύμφωνα με την οδηγία 2009/147/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 30ής Νοεμβρίου 2009, περί της διατηρήσεως των αγρίων πτηνών (2) και οι θαλάσσιες προστατευόμενες περιοχές που έχουν συμφωνηθεί από την Ένωση ή τα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη στο πλαίσιο οποιωνδήποτε διεθνών ή περιφερειακών συμφωνιών των οποίων είναι συμβαλλόμενα μέρη.».

Σύμφωνα, επίσης, με το άρθρο 7 της Οδηγίας 2013/30/ ΕΕ « Ευθύνη για περιβαλλοντικές ζημιές » αναφέρεται, μεταξύ άλλων, ότι: «Με την επιφύλαξη του υφιστάμενου πεδίου εφαρμογής των ευθυνών σχετικά με την πρόληψη και την αποκατάσταση περιβαλλοντικής ζημίας δυνάμει της οδηγίας 2004/35/ΕΚ, τα κράτη μέλη διασφαλίζουν ότι ο κάτοχος άδειας είναι οικονομικά υπεύθυνος για την πρόληψη και αποκατάσταση των περιβαλλοντικών ζημιών, κατά τα οριζόμενα στην εν λόγω οδηγία, που προκαλούνται από υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου οι οποίες πραγματοποιούνται από τον κάτοχο άδειας ή τον φορέα εκμετάλλευσης ή για λογαριασμό τους. 2. Συγκεκριμένα, κατά την αξιολόγηση της τεχνικής και οικονομικής ικανότητας του αιτούντος άδεια, λαμβάνονται δεόντως υπόψη τα εξής:

- α) ο κίνδυνος, η επικινδυνότητα και τυχόν άλλες συναφείς πληροφορίες που σχετίζονται με τη συγκεκριμένη περιοχή αδειοδότησης, συμπεριλαμβανομένου, κατά περίπτωση, του κόστους της υποβάθμισης του θαλασσίου περιβάλλοντος σύμφωνα με το άρθρο 8 παράγραφος 1 στοιχείο γ) της οδηγίας 2008/56/ΕΚ,
- β) το συγκεκριμένο στάδιο στο οποίο βρίσκονται οι υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου,

- γ) οι χρηματοοικονομικές δυνατότητες του αιτούντος, συμπεριλαμβανομένης οποιασδήποτε χρηματοοικονομικής ασφάλειας, για την κάλυψη των ευθυνών που ενδέχεται να προκύψουν από τις εν λόγω υπεράκτιες εργασίες πετρελαίου και φυσικού αερίου, συμπεριλαμβανομένης της ευθύνης για ενδεχόμενες οικονομικές ζημιές όταν αυτή η ευθύνη προβλέπεται στην εθνική νομοθεσία,
- δ) οι διαθέσιμες πληροφορίες σχετικά με τις επιδόσεις του αιτούντος όσον αφορά την ασφάλεια και το περιβάλλον, μεταξύ άλλων και όσον αφορά σοβαρά ατυχήματα, εφόσον ενδείκνυται για τις εργασίες για τις οποίες ζητήθηκε η χορήγηση άδειας.

Πριν από τη χορήγηση ή τη μεταβίβαση άδειας υπεράκτιων εργασιών πετρελαίου και φυσικού αερίου, η αδειοδοτούσα αρχή ζητεί, εφόσον κρίνεται σκόπιμο, τη γνώμη της αρμόδιας αρχής.....

6. Όταν εκτιμώνται οι τεχνικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες αιτούντος άδεια, δίνεται ιδιαίτερη προσοχή σε κάθε περιβαλλοντολογικά ευαίσθητο θαλάσσιο και παράκτιο περιβάλλον, συγκεκριμένα στα οικοσυστήματα που διαδραματίζουν σημαντικό ρόλο μετριασμού της αλλαγής του κλίματος και προσαρμογής σε αυτήν, όπως είναι τα αλατούχα έλη και τα υποθαλάσσια λιβάδια, καθώς επίσης και στις θαλάσσιες προστατευόμενες περιοχές, όπως είναι οι ειδικές ζώνες διατήρησης σύμφωνα με την οδηγία 92/43/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Μαΐου 1992, για τη διατήρηση των φυσικών οικοτόπων καθώς και της άγριας πανίδας και χλωρίδας (1), οι ζώνες ειδικής προστασίας σύμφωνα με την Οδηγία 2009/147/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 30ής Νοεμβρίου 2009, περί της διατηρήσεως των αγρίων πτηνών (2) και οι θαλάσσιες προστατευόμενες περιοχές που έχουν συμφωνηθεί από την Ένωση ή τα ενδιαφερόμενα κράτη μέλη στο πλαίσιο οποιωνδήποτε διεθνών ή περιφερειακών συμφωνιών των οποίων είναι συμβαλλόμενα μέρη ».

3. Ελληνικό Δίκαιο

Στο Εθνικό Δίκαιο δύο (2) νομοθετήματα⁹ είναι οι βασικοί νομοθετικοί πυλώνες: ο Ν. 4409/2026, ο οποίος, ουσιαστικά, εναρμονίζει το Ελληνικό με το Ενωσιακό Δίκαιο και το Π.Δ. 148/2009.

9. Αξιοσημείωτα είναι και τα νεότερα νομοθετήματα: η Οδηγία 2014/89/ΕΕ για τον θαλάσσιο χωροταξικό σχεδιασμό (Ν. 4546/2018, Ν. 4447/2016), η Οδηγία 2008/98/ΕΚ για τα απόβλητα (Ν. 4042/2012), οι Οδηγίες 2000/60/ΕΚ, 2008/105/ΕΚ και 2013/39/ΕΕ για την προστασία των υδάτων (Ν. 3199/2003, Π.Δ. 51/2007), η Οδηγία 2008/56/ΕΚ για τη θαλάσσια στρατηγική (Ν. 3983/2011, ΥΑ 126635/2016, 142569/2017).

Ο Ν. 4409/2016

Σύμφωνα με το άρθρο 7 (Ευθύνη για περιβαλλοντικές ζημιές / Άρθρο 7 της Οδηγίας 2013/30/ΕΕ) προβλέπεται ότι: « Με την επιφύλαξη του υφιστάμενου πεδίου εφαρμογής των ευθυνών σχετικά με την πρόληψη και την αποκατάσταση περιβαλλοντικής ζημίας σύμφωνα με το Π.Δ. 148/2009 (Α΄ 190), σε κάθε περίπτωση, ο κάτοχος άδειας είναι οικονομικά υπεύθυνος για την πρόληψη και αποκατάσταση των περιβαλλοντικών ζημιών όπως αυτές ορίζονται στο Π.Δ. 148/2009, που προκαλούνται από υπεράκτιες εργασίες υδρογονανθράκων, οι οποίες πραγματοποιούνται από τον κάτοχο άδειας ή το διαχειριστή ή για λογαριασμό τους.

Στο άρθρο 21 (Διασφάλιση συμμόρφωσης προς το ρυθμιστικό πλαίσιο για την πρόληψη σοβαρών ατυχημάτων / Άρθρο 21 της Οδηγίας 2013/30/ΕΕ) ορίζεται ότι : « 1. Οι διαχειριστές και οι ιδιοκτήτες Μ.Π.Εγκ. συμμορφώνονται με τα μέτρα που καθορίζονται στην έκθεση μεγάλων κινδύνων και στα σχέδια, που αναφέρονται στην κοινοποίηση εργασιών γεώτρησης, καθώς και στην κοινοποίηση συνδυασμένων εργασιών, οι οποίες υποβάλλονται σύμφωνα με τις περιπτώσεις ε, η΄ και θ΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 11 αντίστοιχα....3. Η Αρμόδια Αρχή καταρτίζει ετήσια σχέδια για την αποτελεσματική εποπτεία μεγάλων κινδύνων, μεταξύ άλλων και μέσω επιθεωρήσεων, βάσει διαχείρισης κινδύνου και λαμβάνοντας ιδιαιτέρως υπόψη τη συμμόρφωση προς την έκθεση μεγάλων κινδύνων και τα λοιπά έγγραφα που υποβάλλονται σύμφωνα με το άρθρο 11. Η αποτελεσματικότητα των σχεδίων επανεξετάζεται ανά τακτά χρονικά διαστήματα που καθορίζει η Αρμόδια Αρχή, η οποία και λαμβάνει όλα τα αναγκαία μέτρα για τη βελτίωσή τους.

Στο άρθρο 29 (Εξωτερικά σχέδια αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης και ετοιμότητα για την αντιμετώπιση καταστάσεων έκτακτης ανάγκης/ Άρθρο 29 της Οδηγίας 2013/30/ΕΕ) προβλέπεται ότι : «1. Η Αρμόδια Αρχή, σε συνεργασία με τη Γενική Γραμματεία Πολιτικής Προστασίας και τους λοιπούς αρμόδιους φορείς, καταρτίζει σε εθνικό επίπεδο σχέδιο αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης που καλύπτει όλες τις υπεράκτιες εγκαταστάσεις υδρογονανθράκων ή συνδεδεμένες υποδομές, καθώς και περιοχές που ενδέχεται να πληγούν. Μετά την κατά νόμο έγκριση του ανωτέρω εθνικού σχεδίου και με βάση αυτό, η Αρμόδια Αρχή σε συνεργασία με συναρμόδιους φορείς, τους οικείους διαχειριστές και ιδιοκτήτες Μ.Π.Εγκ. και, κατά περίπτωση, τους κατόχους άδειας, καταρτίζουν εξωτερικά σχέδια αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης που καλύπτουν όλες τις υπεράκτιες εγκαταστάσεις υδρογονανθράκων ή συνδεδεμένες υποδομές, καθώς και περιοχές που ενδέχεται να πληγούν...2. Τα ως άνω εξωτερικά σχέδια αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης λαμβάνουν υπόψη την πλέον επικαιροποιημένη έκδο-

ση των εσωτερικών σχεδίων αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης για τις υφιστάμενες ή προγραμματιζόμενες εγκαταστάσεις ή για τις συνδεδεμένες υποδομές στην περιοχή που καλύπτεται από το εξωτερικό σχέδιο αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης. 3. Τα εξωτερικά σχέδια αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης καταρτίζονται σύμφωνα με το Παράρτημα 7 και είναι διαθέσιμα στην Ευρωπαϊκή Επιτροπή, σε άλλα κράτη - μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης που ενδέχεται να επηρεαστούν και στο κοινό. Κατά τη διάθεση των εξωτερικών σχεδίων αντιμετώπισης καταστάσεων έκτακτης ανάγκης, οι πληροφορίες που δημοσιοποιούνται δεν πρέπει να θέτουν σε κίνδυνο την ασφάλεια και τη λειτουργία των υπεράκτιων εγκαταστάσεων υδρογονανθράκων ούτε να βλάπτουν τα οικονομικά συμφέροντα του Δημοσίου ή την ατομική ασφάλεια και προσωπικότητα των υπαλλήλων που ασκούν σχετικά καθήκοντα... ».

Στο άρθρο 30 (Αντιμετώπιση καταστάσεων έκτακτης ανάγκης/ Άρθρο 30 της Οδηγίας 2013/30/ΕΕ) προβλέπεται ότι : «1. Ο διαχειριστής ή, κατά περίπτωση, ο ιδιοκτήτης Μ.Π.Εγκ. υποχρεούνται να ειδοποιεί αμελλητί τις, κατά περίπτωση, αρμόδιες αρχές και φορείς, σε περίπτωση σοβαρού ατυχήματος ή κατάστασης, συναρτώμενης με άμεσο κίνδυνο σοβαρού ατυχήματος. Στην εν λόγω ειδοποίηση περιγράφονται οι συνθήκες, συμπεριλαμβανομένων, όποτε είναι δυνατόν, της προέλευσης, των πιθανών επιπτώσεων στο περιβάλλον και των πιθανών σοβαρών συνεπειών τους...3. Σε περίπτωση σοβαρού ατυχήματος, ο διαχειριστής ή ο ιδιοκτήτης Μ.Π.Εγκ. υποχρεούνται να λαμβάνουν αμελλητί όλα τα απαραίτητα μέτρα για την αποτροπή της κλιμάκωσής του και τον μετριασμό των επιπτώσεών του. Οι, κατά περίπτωση, αρμόδιες αρχές και φορείς δύναται να συνδράμουν το διαχειριστή ή τον ιδιοκτήτη Μ.Π.Εγκ. περιλαμβανομένης, μεταξύ άλλων, της παροχής πρόσθετων πόρων. 4. Κατά την αντιμετώπιση έκτακτης ανάγκης, συλλέγονται οι πληροφορίες που απαιτούνται για τη διεξοδική διερεύνηση του ατυχήματος σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 26 ».

Επίσης, στο άρθρο 33 (Τροποποίηση του Π.Δ. 148/2009 (Α' 190)/ Άρθρο 38 της Οδηγίας 2013/30/ΕΕ) ορίζεται ότι: « Η περίπτωση β' της παρ. 1 του άρθρου 3 του Π.Δ. 148/2009 αντικαθίσταται ως ακολούθως: «β) Ζημία των υδάτων, ήτοι οποιαδήποτε ζημία επηρεάζει δυσμενώς σε σημαντικό βαθμό: αα) την οικολογική, χημική ή ποσοτική κατάσταση ή το οικολογικό δυναμικό των υδάτων, όπως ορίζουν ο Ν. 3199/2003 (Α' 280) και το Π.δ. 51/2007 (Α' 54) που θεσπίσθηκαν για την ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/60/ΕΚ, εξαιρουμένων των δυσμενών επιπτώσεων στις οποίες εφαρμόζεται η παρ. 7 του άρθρου 4 του ανωτέρω Π.δ., ή ββ) την περιβαλλοντική κατάσταση των θαλάσσιων υδάτων, όπως ορίζει ο Ν. 3983/2011 (Α' 144), για τις πτυχές της περιβαλλο-

ντικής κατάστασης του θαλάσσιου περιβάλλοντος που δεν καλύπτονται από το Ν. 3199/2003 και το Π.δ. 51/2007».

Το Π.Δ. 148/2009

Στο άρθρο 1, αναφέρεται ότι: « Με τις διατάξεις του παρόντος διατάγματος προσαρμόζεται η εθνική νομοθεσία προς τις διατάξεις της Οδηγίας 2004/35/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 21ης Απριλίου 2004 (Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων L 143/56/30.4.2004), όπως η Οδηγία αυτή τροποποιήθηκε με το άρθρο 15 της Οδηγίας 2006/21/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 15ης Μαρτίου 2006 (Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων L 102/15/11.4.2006).

Στο άρθρο 8 (Πρόληψη περιβαλλοντικών ζημιών / άρθρα 5 και 11 παρ. 3 Οδηγίας) νομοθετείται, ρητά, ότι:

«1. Σε περίπτωση άμεσης απειλής περιβαλλοντικής ζημίας, ο φορέας εκμετάλλευσης υποχρεούται, χωρίς προειδοποίηση, να λαμβάνει αμελλητί τα κατά την κρίση του απαραίτητα προληπτικά μέτρα και να ενημερώνει αμέσως την αρμόδια αρχή, για όλες τις σχετικές πτυχές της κατάστασης. Για τον προσδιορισμό των εν λόγω μέτρων λαμβάνονται υπόψη κατ' αναλογία και στο μέτρο του δυνατού, τα κριτήρια που προβλέπονται στην παράγραφο 1.3 του Παραρτήματος II του άρθρου 21. Είναι δυνατόν, με απόφαση του Υπουργού ΠΕΧΩΔΕ, μετά από εισήγηση του ΣΥΓΑΠΕΖ, να προσδιορίζονται πρόσθετα κριτήρια για τα λεγόμενα μέτρα πρόληψης από τους φορείς εκμετάλλευσης.

2. Η αρμόδια αρχή μπορεί ανά πάσα στιγμή: α) να απαιτήσει από τον φορέα εκμετάλλευσης την παροχή πληροφοριών για την τυχόν άμεση απειλή περιβαλλοντικής ζημίας, ή για περιπτώσεις που υπάρχουν υποψίες για τέτοια άμεση απειλή, β) να απαιτήσει από τον φορέα εκμετάλλευσης να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του για την άμεση λήψη των αναγκαίων μέτρων πρόληψης, γ) να δώσει εγγράφως εντολές και οδηγίες στον φορέα εκμετάλλευσης, σχετικά με τα αναγκαία προληπτικά μέτρα που υποχρεωτικά πρέπει αυτός να λάβει, δ) να λάβει η ίδια, σε βάρος του φορέα εκμετάλλευσης που ευθύνεται, τα αναγκαία προληπτικά μέτρα.

3. Η αρμόδια αρχή σύμφωνα με την ως άνω παράγραφο 2: α) λαμβάνει η ίδια τα ανωτέρω προληπτικά μέτρα και σε περίπτωση που ο φορέας εκμετάλλευσης δεν είναι δυνατόν να προσδιορισθεί ή δεν υποχρεούται δυνάμει του άρθρου 11 (παρ. 4 και 5) του παρόντος διατάγματος, αναλαμβάνει τις σχετικές δαπάνες, β) μπορεί να εξουσιοδοτεί τρίτους ή να απαιτεί από τρίτους να εκτελέσουν τα εν λόγω προληπτικά μέτρα.

Στο άρθρο 9 (Δράση αποκατάστασης/ άρθρα 6 και 11 παρ. 2 και 3 Οδηγίας) προβλέπεται, ρητά, ότι: «1. Όταν επέλθει περιβαλλοντική ζημία, ο φορέας εκ-

μετάλλευσης υποχρεούνται: α) να ενημερώνει αμελλητί το ΥΠΕΧΩΔΕ ή την αρμόδια υπηρεσία περιβάλλοντος της οικείας Περιφέρειας για όλες τις σχετικές πτυχές της κατάστασης, β) να λαμβάνει ο ίδιος, χωρίς προειδοποίηση, όλα τα αντικειμενικώς εφικτά μέτρα, σύμφωνα με τα κριτήρια του Παραρτήματος ΙΙ του άρθρου 21 και τυχόν πρόσθετα κριτήρια που προσδιορίζονται με απόφαση του Υπουργού ΠΕΧΩΔΕ, για τον άμεσο έλεγχο, περιορισμό, απομάκρυνση ή άλλου είδους διαχείριση των συγκεκριμένων ρύπων ή/και οποιωνδήποτε άλλων ζημιογόνων παραγόντων, προκειμένου να περιορισθεί ή να προληφθεί η περαιτέρω περιβαλλοντική ζημία και οι δυσμενείς συνέπειες αυτής στην ανθρώπινη υγεία ή η περαιτέρω υποβάθμιση των υπηρεσιών, γ) να υποβάλλει προς έγκριση στην αρμόδια αρχή πρόταση μέτρων αποκατάστασης των περιβαλλοντικών ζημιών, σύμφωνα με το άρθρο 10 του παρόντος διατάγματος και δ) να διενεργεί αμελλητί την δική του αξιολόγηση για το μέγεθος και τη σοβαρότητα της προκληθείσας ζημίας και να παράσχει κάθε αναγκαία πληροφορία και στοιχείο στην αρμόδια αρχή καθώς και στην εταιρία ή τον οργανισμό που τυχόν του παρέχει χρηματοοικονομική ασφάλεια, σύμφωνα με το άρθρο 14.

2. Η αρμόδια αρχή μπορεί ανά πάσα στιγμή: α) να απαιτεί από τον φορέα εκμετάλλευσης συμπληρωματικές πληροφορίες για οποιαδήποτε προκληθείσα ζημία, β) να λάβει όλα τα εφικτά μέτρα ή να απαιτήσει από τον φορέα εκμετάλλευσης να λάβει υποχρεωτικά τα μέτρα αυτά ή να του δώσει εγγράφως σχετικές εντολές, για τον άμεσο έλεγχο, περιορισμό, απομάκρυνση ή άλλου είδους διαχείριση των συγκεκριμένων ρύπων ή/και οποιωνδήποτε άλλων ζημιογόνων παραγόντων, προκειμένου να περιορισθούν η ήδη επελθούσα περιβαλλοντική ζημία και οι τυχόν δυσμενείς συνέπειες αυτής στην ανθρώπινη υγεία ή να προληφθεί περαιτέρω περιβαλλοντική ζημία ή υποβάθμιση των υπηρεσιών, γ) να δώσει εγγράφως εντολές και οδηγίες στον φορέα εκμετάλλευσης, σχετικά με τα αναγκαία μέτρα αποκατάστασης, που υποχρεωτικά πρέπει αυτός να λάβει δ) να λάβει η ίδια, σε βάρος του φορέα εκμετάλλευσης που ευθύνεται, τα αναγκαία μέτρα αποκατάστασης...».

Επιπροσθέτως, στο άρθρο 11 (Δαπάνες πρόληψης και αποκατάσταση/ άρθρα 8 και 10 Οδηγίας) καθορίζεται ότι: « 1. Ο φορέας εκμετάλλευσης επιβαρύνεται με τις δαπάνες των δράσεων πρόληψης και αποκατάστασης που αναλαμβάνονται σύμφωνα με το παρόν διάταγμα. 2. Με την επιφύλαξη των παραγράφων 4 και 5 του παρόντος άρθρου, η αρμόδια αρχή ανακτά από τον φορέα εκμετάλλευσης που προκάλεσε την περιβαλλοντική ζημία ή την άμεση απειλή τέτοιας ζημίας, μέσω ασφαλιστικής κάλυψης ή άλλων χρηματοοικονομικών εγγυήσεων κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 14, τις δαπάνες με τις οποίες αυτή επιβαρύνθηκε για την ανάληψη δράσεων πρόληψης ή αποκατάστασης, κατ' εφαρμογή του παρόντος διατάγματος... 3. Η αρμόδια αρχή, μπορεί να αποφασίσει να μην ανακτήσει το συνολικό ποσόν των δαπανών σε περίπτωση που τα απαιτούμε-

να προς τούτο έξοδα υπερβαίνουν το ανακτήσιμο ποσόν ή σε περίπτωση που δεν μπορεί να προσδιορισθεί ο υπεύθυνος φορέας εκμετάλλευσης.

4. Ο φορέας εκμετάλλευσης απαλλάσσεται από την υποχρέωση του να καταβάλει στην αρμόδια αρχή, τις δαπάνες των δράσεων πρόληψης ή αποκατάστασης που αναλαμβάνονται δυνάμει του παρόντος διατάγματος, εάν αποδείξει ότι η περιβαλλοντική ζημία ή η άμεση απειλή τέτοιας ζημίας: α) ανάγεται σε πράξη ή παράλειψη τρίτου και επήλθε παρά την ύπαρξη των ενδεδειγμένων μέτρων ασφαλείας, ή β) ανάγεται σε συμμόρφωση προς υποχρεωτική διαταγή ή εντολή δημόσιας αρχής, η οποία οδήγησε τον φορέα εκμετάλλευσης σε ενέργειες, στο πλαίσιο της δραστηριότητας του, που προκάλεσαν την περιβαλλοντική ζημία ή την άμεση απειλή τέτοιας ζημίας. Εξαιρούνται οι περιπτώσεις που η διαταγή ή εντολή έχει δοθεί για την αντιμετώπιση μιας εκπομπής ή ενός τυχαίου γεγονότος που προκλήθηκε προγενέστερα, εξ αιτίας της δραστηριότητας του φορέα εκμετάλλευσης

5.1. Ο φορέας εκμετάλλευσης απαλλάσσεται από την υποχρέωση του να καταβάλει τις δαπάνες των δράσεων αποκατάστασης, που αναλαμβάνονται δυνάμει του παρόντος διατάγματος, εφόσον αποδείξει ότι δεν ενήργησε με δόλο ή αμέλεια και ότι για την περιβαλλοντική ζημία συντρέχει μία από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η εκπομπή ή το γεγονός που αποτελεί την άμεση αιτία της περιβαλλοντικής ζημιάς, έχει προβλεφθεί ρητά στην έγκριση ή άδεια που του χορηγήθηκε από δημόσια αρχή, σύμφωνα με τις κείμενες σχετικές διατάξεις, για τη νόμιμη άσκηση της δραστηριότητας του, η οποία περιλαμβάνεται στο Παράρτημα ΙΙΙ.... β) η περιβαλλοντική ζημία προκλήθηκε από εκπομπή ή δραστηριότητα ή οποιοδήποτε τρόπο χρήσης προϊόντος στο πλαίσιο δραστηριότητας του, η οποία δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθεί ότι θα προκαλούσε περιβαλλοντική ζημία, σύμφωνα με το επίπεδο των επιστημονικών και τεχνικών γνώσεων που υπήρχε κατά τον χρόνο που έλαβε χώρα η εκπομπή ή η δραστηριότητα.

5.2. Όταν συντρέχει μία από τις ανωτέρω προϋποθέσεις, ο φορέας εκμετάλλευσης υποχρεώνεται στην τήρηση και εφαρμογή μέτρων πρόληψης και αποκατάστασης των περιβαλλοντικών ζημιών. Τις σχετικές δαπάνες που καταβάλει, τις ανακτά, εφαρμοζομένων κατ' αναλογία των διατάξεων της παραγράφου 2 του άρθρου 18 του παρόντος διατάγματος.

6. Η αναγκαστική είσπραξη των δαπανών πρόληψης και αποκατάστασης γίνεται σύμφωνα με τις διατάξεις του ΚΕΔΕ, υπέρ του Δημοσίου. Σε περίπτωση θανάτου ή εξαφάνισης του φορέα εκμετάλλευσης, η σχετική υποχρέωση θα βαρύνει ανάλογα τους καθολικούς του διαδόχους.

7. Η αξίωση της αρμόδιας αρχής να ανακτήσει τις δαπάνες από τον φορέα εκμετάλλευσης παραγράφεται μετά πενταετία αφότου ολοκληρώθηκαν τα ανα-

γκαία μέτρα πρόληψης ή αποκατάστασης και εντοπίσθηκε ο φορέας εκμετάλλευσης.

8. Είναι δυνατόν στις περιπτώσεις που προβλέπονται στο παρόν διάταγμα, αντί της αρμόδιας αρχής, να αναλαμβάνει η αδειοδοτούσα ή άλλη δημόσια αρχή, μετά από συνεννόηση με την αρμόδια αρχή, το σύνολο ή μέρος των δαπανών για τις δράσεις πρόληψης και αποκατάστασης των περιβαλλοντικών ζημιών.

9. Σε περίπτωση που φυσικό ή νομικό πρόσωπο ενεργεί με δική του πρωτοβουλία, κατόπιν όμως συνεννόησης και συνεργασίας με την αρμόδια αρχή, προς αντιμετώπιση περιβαλλοντικής ζημίας ή άμεσης απειλής τέτοιας ζημίας και λάβει στο σύνολο τους ή μερικώς, τα αναγκαία σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος διατάγματος μέτρα πρόληψης ή αποκατάστασης, δικαιούται να αναζητήσει από τον φορέα εκμετάλλευσης που προκάλεσε την περιβαλλοντική ζημία ή την άμεση απειλή τέτοιας ζημίας, τις δαπάνες που κατέβαλε για τη λήψη των ανωτέρω μέτρων, σύμφωνα με τις διατάξεις του Αστικού Κώδικα περί αδικαιολόγητου πλουτισμού (άρθρα 904 επ.) ή διοίκησης αλλοτρίων (άρθρα 730 επ.), εφαρμοζομένων εν προκειμένω αναλογικώς. Η ανωτέρω αξίωση παραγράφεται μετά πενταετία αφότου ολοκληρώθηκαν τα αναγκαία μέτρα πρόληψης ή αποκατάστασης και εντοπίσθηκε ο φορέας εκμετάλλευσης.

Συναφώς στο άρθρο 12 (Καταλογισμός δαπανών πρόληψης και αποκατάστασης στην περίπτωση πλειόνων υπευθύνων φορέων εκμετάλλευσης -Συντρέχον πταίσμα/ άρθρο 9 Οδηγίας) ορίζεται ότι : «1. Σε περίπτωση που η αρμόδια αρχή διαπιστώσει ότι για την προκληθείσα περιβαλλοντική ζημία ή την άμεση απειλή τέτοιας ζημίας ευθύνονται πλείονες φορείς εκμετάλλευσης, για τον καταλογισμό και την αναζήτηση των δαπανών πρόληψης ή αποκατάστασης εφαρμόζονται αναλογικώς τα άρθρα 926 και 927 του Αστικού Κώδικα. Η αναγωγική απαίτηση ενός φορέα εκμετάλλευσης έναντι άλλου συνυπεύθυνου φορέα εκμετάλλευσης, βάσει του άρθρου 927 του Αστικού Κώδικα, παραγράφεται μετά πενταετία αφότου ο πρώτος κατέβαλε στην αρμόδια αρχή τις γενόμενες από αυτήν δαπάνες και έλαβε γνώση του προσώπου του συνυπεύθυνου φορέα εκμετάλλευσης` σε κάθε περίπτωση, ανεξάρτητα από την τελευταία γνώση, η αναγωγική αυτή απαίτηση παραγράφεται μετά την πάροδο είκοσι ετών από την καταβολή των δαπανών στην αρμόδια αρχή.... 2. Όταν η περιβαλλοντική ζημία ή η άμεση απειλή τέτοιας ζημίας προκαλούνται από τη χρήση προϊόντος, ο φορέας εκμετάλλευσης μπορεί να στραφεί αναγωγικά κατά του παραγωγού, του εισαγωγέα ή του προμηθευτή του προϊόντος και να ζητήσει απ' αυτόν το ποσόν των δαπανών που έχει καταβάλει, εφόσον ο φορέας εκμετάλλευσης περιορίσθηκε αυστηρά, κατά την ανάπτυξη της δραστηριότητάς του, στις προϋποθέσεις που είχαν καθορισθεί για τη χρήση του προϊόντος καθώς και στην ισχύουσα νομοθεσία κατά το χρόνο του γεγονότος που προ-

κάλεσε την περιβαλλοντική ζημία ή την άμεση απειλή τέτοιας ζημίας.....3. Σε περίπτωση που υφίσταται από την πλευρά της αρμόδιας αρχής ή άλλης δημόσιας αρχής συντρέχον πταίσμα στην πρόκληση ή την επέκταση της περιβαλλοντικής ζημίας ή της άμεσης απειλής τέτοιας ζημίας, είτε διά πράξεως είτε διά παραλείψεως της εν λόγω αρχής ή άλλης δημόσιας αρχής, για τον καταλογισμό και την αναζήτηση των δαπανών πρόληψης ή αποκατάστασης εφαρμόζεται, υπέρ του υπεύθυνου φορέα εκμετάλλευσης, αναλογικώς το άρθρο 300 του Αστικού Κώδικα.

Τέλος, στο άρθρο 14 (Χρηματοοικονομική ασφάλεια/ άρθρο 14 Οδηγίας) αναφέρονται τα εξής: «Οι φορείς εκμετάλλευσης των επαγγελματικών δραστηριοτήτων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος διατάγματος, προκειμένου να καλύψουν την ευθύνη τους που απορρέει από τις διατάξεις του παρόντος διατάγματος, μπορούν να κάνουν χρήση χρηματοοικονομικής ασφάλειας (ιδιωτικής ασφάλισης καθώς και άλλων μορφών χρηματοοικονομικών εγγυήσεων), μέσω των κατάλληλων οικονομικών και χρηματοπιστωτικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων χρηματοπιστωτικών μηχανισμών σε περίπτωση αφερεγγυότητας....2. Από την 1η Μαΐου 2010, ξεκινά η υποχρεωτική υπαγωγή των επαγγελματικών δραστηριοτήτων που αναφέρονται στο παράρτημα ΙΙΙ, σε σύστημα χρηματοοικονομικής ασφάλειας (ιδιωτικής ασφάλισης καθώς και άλλων μορφών χρηματοοικονομικών εγγυήσεων), μέσω των κατάλληλων οικονομικών και χρηματοπιστωτικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων χρηματοπιστωτικών μηχανισμών σε περίπτωση αφερεγγυότητας... 3. Για όσες από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα ΙΙΙ, έχει ήδη θεσπισθεί, πριν από τη θέση σε ισχύ του παρόντος διατάγματος, σύστημα υποχρεωτικής χρηματοοικονομικής ασφάλειας (ιδιωτικής ασφάλισης καθώς και άλλων μορφών χρηματοοικονομικών εγγυήσεων), για τη νόμιμη άσκηση τους, οι εν λόγω δραστηριότητες εξακολουθούν και μετά την έναρξη ισχύος του παρόντος διατάγματος να παραμένουν στο καθεστώς της εν λόγω χρηματοοικονομικής ασφάλειας....».

Το νομικό πλαίσιο αστικής ευθύνης προς αποζημίωση.

Το γενικό νομοθετικό πλαίσιο αστικής ευθύνης προς αποζημίωση, κατά το Ελληνικό Δίκαιο, ορίζεται από τις κατωτέρω, γενικές διατάξεις του Αστικού Κώδικα (Α.Κ.):

Άρθρο 914 ΑΚ: «Όποιος ζημιώσει άλλον παράνομα και υπαίτια έχει υποχρέωση να τον αποζημιώσει».

Άρθρο 922 ΑΚ: «Ο κύριος ή ο προστήσας κάποιον άλλον σε μια υπηρεσία ευθύνεται για τη ζημία που ο υπηρέτης ή ο προστηθείς προξένησε σε τρίτον παράνομα κατά την υπηρεσία του».

Άρθρο 105 Εισ.Ν. Α.Κ.: «Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παράλειψη έγινε κατά παράβαση διάταξης, που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος. Μαζί με το δημόσιο ευθύνεται εις ολόκληρον και το υπαίτιο πρόσωπο...».

Άρθρο 106 Εισ.Ν. Α.Κ.: « Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται και για την ευθύνη των δήμων, των κοινοτήτων ή των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρεσία τους ».

Το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο αστικής ευθύνης προς αποζημίωση, προσδιορίζεται με ειδικούς Νόμους, όπως (ενδεικτικά, αναφερόμενη) η κύρωση με Νόμο το 2019 μίας Σύμβασης Μίσθωσης μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της εταιρείας «.... Ανώνυμη Εταιρεία» για την παραχώρηση του δικαιώματος έρευνας και εκμετάλλευσης υδρογονανθράκων στη θαλάσσια Περιοχή, στο Ιόνιο Πέλαγος. Οι σημαντικότερες διατάξεις περιλαμβάνονται:

στο άρθρο 9 (εκτέλεση εργασιών πετρελαίου στη συμβατική περιοχή - υποχρεώσεις του μισθωτή) όπου ορίζεται, μεταξύ άλλων, ότι: «..(ζ) συνομολογεί και διατηρεί ασφαλιστική κάλυψη για τις Εργασίες Πετρελαίου, με τη μορφή και για τα ποσά, που συνηθίζονται κατά τις πρακτικές της διεθνούς βιομηχανίας πετρελαίου και σύμφωνα με τους Κανόνες Επιστήμης και Τέχνης Έρευνας και Εκμετάλλευσης Υδρογονανθράκων,..... Η εν λόγω ασφάλιση,.... πρέπει να συνάπτεται με ασφαλιστές και/ή αντασφαλιστές (συμπεριλαμβανομένων Συγγενών Επιχειρήσεων και ασφαλιστικών εταιρειών μορφής «captive») με βαθμολογία τουλάχιστον A- από τον οίκο αξιολόγησης «Standard and Poors»».

στο άρθρο 12 (περιβαλλοντική προστασία) όπου προβλέπεται ότι: « Όλοι οι όροι με κεφαλαία αρχικά γράμματα στο παρόν Άρθρο 12, οι οποίοι δεν ορίζονται άλλως σε αυτή τη Σύμβαση, ερμηνεύονται σύμφωνα με το νόημα που τους αποδίδεται στη σχετική Περιβαλλοντική Νομοθεσία και στο Νόμο Υπεράκτιας Ασφάλειας» και ειδικότερα της παρ. 13 όπου συμφωνείται, δεσμευτικά, ότι: «Στην περίπτωση επείγοντος περιστατικού ή ατυχήματος το οποίο προκαλείται από τις Εργασίες Πετρελαίου και επηρεάζει το περιβάλλον, ο Μισθωτής ειδοποιεί αμελλητί τον Εκμισθωτή, παρέχοντας τις σχετικές με το περιστατικό λεπτομέρειες και εφαρμόζει αμέσως το αντίστοιχο σχέδιο έκτακτης ανάγκης. Κατά την αντιμετώπιση οποιουδήποτε επείγοντος περιστατικού ή ατυχήματος που επηρεάζει το περιβάλλον, ο Μισθωτής υποχρεούται ανά πάσα στιγμή να προβεί σε κάθε ενέργεια με συνετό και αναγκαίο τρόπο σύμφωνα με τη Περιβαλλοντική Νομοθεσία και τους Κανό-

νες Επιστήμης και Τέχνης Έρευνας και Εκμετάλλευσης Υδρογονανθράκων που αρμόζουν στις περιστάσεις».

στο άρθρο 22 (φερεγγυότητα του μισθωτή) όπου συμφωνείται, επίσης, ότι: «...ο Εκμισθωτής έχει το δικαίωμα, κατόπιν έγγραφης ειδοποίησης προς τον Μισθωτή προ τουλάχιστον τριάντα (30) τουλάχιστον Εργασίμων Ημερών, να δηλώσει ότι ο Μισθωτής εκπίπτει των δικαιωμάτων του υπό την παρούσα Σύμβαση και ότι η παρούσα Σύμβαση λύεται».

στο άρθρο 28 (επιστολή υποστήριξης μητρικής εταιρείας).

στο άρθρο 31 (γλώσσα, εφαρμοστέο δίκαιο και σχέση μεταξύ της σύμβασης με την νομοθεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης), όπου στην παρ. 4 ορίζεται, ρητά, ότι : «Εφόσον υφίσταται περίπτωση κατά την οποία οποιαδήποτε τροποποίηση, απόκλιση, εξαίρεση ή προσαρμογή στον ελληνικό νόμο που προβλέπεται από την παρούσα σύμβαση ήθελε κριθεί αντισυνταγματική ή παρά την ύπαρξη του Άρθρου 31.3 μη συμβατή με διάταξη ή και με κάποια απαίτηση που περιέχεται σε Συνθήκη της Ε.Ε., τα Μέρη είναι υποχρεωμένα να διαπραγματευτούν άμεσα μια τροποποίηση στην παρούσα Σύμβαση, έτσι ώστε μια λειτουργικά ισοδύναμη τροποποίηση, απόκλιση, εξαίρεση ή προσαρμογή στο Ελληνικό Νόμο, η οποία θα είναι συνταγματική και σύμφωνη με τις απαιτήσεις του Ευρωπαϊκού Δικαίου, να ενσωματωθεί στην παρούσα Σύμβαση».

στο Παράρτημα Ε, τέλος, στα περί Ασφαλειών, όπου προβλέπεται, ότι: «Ο Μισθωτής οφείλει να συνομολογεί και να διατηρεί σε ισχύ ασφαλιστική σύμβαση για τις Εργασίες Πετρελαίου, για εκείνα τα ποσά και έναντι εκείνων των κινδύνων, που ασφαρίζονται κατά συνήθεια ή με σύνεση στη διεθνή πετρελαϊκή βιομηχανία, η οποία ασφαλιστική σύμβαση θα καλύπτει:... (β) κάθε αιφνίδια και προκληθείσα εξαιτίας ατυχήματος ρύπανση που προκλήθηκε κατά την εκτέλεση των Εργασιών Πετρελαίου και για την οποία ο Μισθωτής ή ο Εκμισθωτής μπορεί να θεωρηθούν υπεύθυνοι».

Επίσης, στο ad hoc άρθρο 110 του Ν. 4685/2020 (Δικαιώματα διέλευσης για έρευνα υδρογονανθράκων) προβλέπεται, ότι: «Για τη διενέργεια των σεισμικών ή άλλων γεωφυσικών και γεωλογικών ερευνών που προβλέπονται στις άδειες αναζήτησης καθώς και στις συμβάσεις έρευνας και εκμετάλλευσης υδρογονανθράκων που συνάπτει το Ελληνικό Δημόσιο, ο Ανάδοχος δύναται να χρησιμοποιεί εκτάσεις που ανήκουν στο Δημόσιο, στους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης και στα νομικά πρόσωπα αυτών, για το χρονικό διάστημα διενέργειας των παραπάνω ερευνών. Για την ανωτέρω προσωρινή χρήση δεν απαιτείται η λήψη οποιασδήποτε άδειας, έγκρισης ή συναίνεσης από τα παραπάνω πρόσωπα υπό την ιδιότητά τους ως κυρίων, νομέων ή κατόχων των εκτάσεων αυτών...Σε εκάστη των εκτάσεων αυτών η διάρκεια των εργασιών

έρευνας δεν μπορεί να υπερβεί τους τρεις (3) μήνες. Για παράταση του προγράμματος εργασιών έρευνας η διάρκεια των οποίων υπερβαίνει τους τρεις (3) μήνες απαιτείται η συναίνεση των παραπάνω προσώπων».

Στο επίπεδο δικαστικής πρακτικής η *ad hoc* απόφαση ΣτΕ 975/2015 (περί αστικής ευθύνης του Δημοσίου) δημιούργησε πάγια νομολογία¹⁰, δεχόμενη, αμετάκλητα, ότι: «....εφόσον ο συντακτικός και ο κοινοτικός νομοθέτης, έχοντας επίγνωση του οικολογικού προβλήματος, ανήγαγε το φυσικό περιβάλλον σε αντικείμενο ιδιαίτερης έννομης προστασίας, η προστασία αυτή πρέπει να είναι πλήρης και αποτελεσματική. η ως άνω συνταγματική διάταξη καθιστά υποχρεωτική για μεν τον κοινό νομοθέτη και τη Διοίκηση τη λήψη των προς τούτο αναγκαίων προληπτικών και κατασταλτικών μέτρων, και δη είτε κανονιστικών είτε γενικών ατομικών είτε ατομικών, για δε τα Δικαστήρια την παροχή αποτελεσματικής προστασίας στο φυσικό περιβάλλον. Εντεύθεν έπεται ότι παράλειψη της Διοικήσεως προς λήψιν των μέτρων αυτών είναι, παράλειψη οφειλομένης ενεργείας υποκειμένη σε ακύρωση από το Συμβούλιο της Επικρατείας,.....εφόσον άλλως η μεν συνταγματική επιταγή θα μετέπιπτε σε θεωρητική διακήρυξη αρχής, το δε φυσικό περιβάλλον θα παρέμενε άνευ προστασίας, εκτεθειμένο σε καταστροφή, εναντίον της σαφούς βουλήσεως του συνταγματικού νομοθέτη (ΣτΕ 3976/2010, 7μ., 1242/2008, 2818/1997 κ.ά.)».

Κατά συνέπεια, υπάρχει μεν, ένα συγκεκριμένο και ειδικό νομικό πλαίσιο μέτρων πρόληψης, αλλά, ταυτόχρονα προκύπτει και ένα αόριστο / γενικό πλαίσιο μέτρων αποζημίωσης.

4. Προτάσεις de lege ferenda.

Είναι, γενικά, αποδεκτό ότι η απόσταση από το γράμμα του Νόμου με την σκληρή πραγματικότητα αποδεικνύεται, πολλές φορές, μεγάλη, όπως ακριβώς απέχει και η Θεωρία από την Πράξη.

Μπορεί, εύκολα να φαντασθεί κανείς τι θα σήμανε, όχι μόνο για την καθημερινότητα των πολιτών, αλλά ευρύτερα για την αλιεία, τον τουρισμό και την εθνική οικονομία στην Ελλάδα μία περιβαλλοντική καταστροφή ισοδύναμη με εκείνη του κόλπου του Μεξικού (λ.χ. στο Αιγαίο ή στο Ιόνιο ή και γενικότερα στην κλειστή Μεσόγειο θάλασσα). Θα ήταν δυνατόν να αντιληφθεί κανείς την έκταση ενός παρόμοιου οικολογικού/ περιβαλλοντικού εγκλήματος, μόνο, εάν αναλογισθεί τι περιβαλλοντικό αποτύπωμα άφησε στον Σαρωνικό κόλπο μία, μικρή, συγκριτικά με εκείνη του Κόλπου του Μεξικού, πετρελαιοκηλίδα, που διέρρευσε από το ναυάγιο Αγία Ζώνη II, το 2017.

10. Βλ. ενδεικτικά, τις αποφάσεις 1820/2019 και 2754/2019 ΣτΕ.

Επομένως, ποιός μπορεί να διαβεβαιώσει τους πολίτες ότι όλα τα παραπάνω νομικά κείμενα μπορούν *in concreto* να αποτρέψουν μία πραγματική περιβαλλοντική καταστροφή στην κλειστή θάλασσα του Ιονίου ή και του Αιγαίου όταν πολλαπλασιασθούν ανεξέλεγκτα οι πλωτές εξέδρες εξόρυξης πετρελαίου; Ποιός μπορεί, επίσης, να διαβεβαιώσει τους πολίτες ότι τα ανωτέρω μπορούν να αποτελέσουν μία αποτελεσματική νομική ασπίδα απέναντι σε τεράστια οικονομικά συμφέροντα πολυεθνικών εταιρειών, τα οποία αποσκοπώντας αποκλειστικά στο κέρδος μπορούν να καταστρατηγήσουν ακόμη και τις αρτιότερες νομικές διατάξεις; Ποιος, τέλος, μπορεί να αποκλείσει την πρόκληση μίας καταστροφής από τις πλωτές εξέδρες εξόρυξης πετρελαίου, είτε από ανωτέρα βία (λχ. μεγάλο σεισμό, ακραία καιρικά φαινόμενα), είτε από ανθρώπινη αμέλεια (λχ. σοβαρή παραβίαση κανόνων ασφαλείας, αστοχία υλικών) ;

Η προστασία του περιβάλλοντος¹¹, αλλά και ειδικότερα του θαλασσίου περιβάλλοντος, όμως, είναι μία διαχρονική αξία και όρος *sine qua non* για την επιβίωση του πλανήτη Γη.

Αξίζει, ακόμη, να αναφερθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 136 της Σύμβασης του Ο.Η.Ε. για το Δίκαιο της Θάλασσας (10-12-1982)¹², ο θαλάσσιος και ωκεάνιος βυθός και το υπέδαφός τους πέρα από τα όρια της εθνικής δικαιοδοσίας των Κρατών - μελών αποτελούν «κοινή κληρονομιά της ανθρωπότητας». Επομένως, είναι οικουμενική απαίτηση η αποτελεσματική προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος και της παγκόσμιας πολιτιστικής κληρονομιάς που βρίσκεται στη θάλασσα.

Κατά συνέπεια, η αναγκαιότητα για *in concreto* προτάσεις, *de lege ferenda*, είναι πρόδηλος, για τον περιβαλλοντικό κίνδυνο από την λειτουργία των εξεδρών εξόρυξης πετρελαίου/ αερίου, με δεδομένο το γεγονός, ότι στην έννοια του πλοίου των Διεθνών Συμβάσεων του Ι.Μ.Ο. δεν υπάγεται η εξέδρα εξόρυξης πετρελαίου και αερίου (αν και ο κίνδυνος πρόκλησης ζημίας από αυτήν μπορεί να είναι ασύγκριτα μεγαλύτερος και το αποτέλεσμα καταστροφικότερο, από εκείνο που θα προκαλούσε ένα πλοίο).

11. Η πρωτοποριακή απόφαση του Δικαστηρίου της Χάγης (C/09/571932 / 26-5-2021) αποφάσισε την καταδίκη της εταιρείας Shell, ουσιαστικά για την επιβάρυνση της ατμόσφαιρας από τις εκπομπές διοξειδίου του άνθρακα - φαινόμενο του θερμοκηπίου (*The Hague District Court has ordered Royal Dutch Shell to reduce the CO2 emissions of the Shell group by net 45% in 2030, compared to 2019 levels, through the Shell group's corporate policy*).

12. Αξιωματική, σε σχέση με τα ανωτέρω είναι και η απόφαση του Διεθνούς Ναυτικού Οργανισμού (ΙΜΟ) «*Resolution A672(16) 19/ 10/ 1989 on IMO Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and the Exclusive Economic Zone* ».

Σκοπός των προτάσεων, αυτών, θα μπορούσε να είναι, αφ' ενός μεν, η απόλυτη προστασία του θαλασσίου περιβάλλοντος από μία κατακλυσμιαία διαρροή πετρελαίου¹³, αφ' ετέρου δε, η σχετική προστασία των επιχειρήσεων εξόρυξης πετρελαίου από μία αδικαιολόγητη καταιγίδα αξιώσεων αποζημίωσης.

Σε Εθνικό (Ε.Ε.) επίπεδο, θα μπορούσε να υποστηριχθεί:

1. η θεσμοθέτηση ασφάλισης με πραγματικά επαρκές όριο ασφαλιστικής κάλυψης, κατ' αναλογία των Διεθνών Συμβάσεων του Ι.Μ.Ο. και
2. η υποχρεωτική ύπαρξη φερέγγυων εγγυητών και η υποχρεωτική πρόβλεψη επαρκούς εγγυητικής επιστολής¹⁴.

Σε Διεθνές (Ι.Μ.Ο.) επίπεδο, θα μπορούσε να υποστηριχθεί:

1. η υποχρεωτική ασφάλιση¹⁵, με δικαίωμα αναγωγής κατά των ασφαλιστών, κατ' αναλογία των Διεθνών Συμβάσεων του Ι.Μ.Ο.¹⁶ και
2. η ίδρυση ενός Διεθνούς Κεφαλαίου κατ' αναλογία των Διεθνών Συμβάσεων του Ι.Μ.Ο.¹⁷ για την προστασία του θαλάσσιου περιβάλλοντος από την ύπαρξη και λειτουργία των εξεδρών εξόρυξης πετρελαίου και αερίου.

Μένει πάντως, να αποδειχθεί, ότι οι διεθνείς, αλλά και οι επιμέρους εθνικοί θεσμοί θα φανούν αντάξιοι της Ιστορίας και θα αποφασίσουν, επιτέλους, να προστατεύσουν αποτελεσματικά και προπαντός έγκαιρα το δικαίωμα όλων σε μία καθαρή θάλασσα.

13. Υπάρχουν, βέβαια, πολύ σημαντικά τεχνικά ζητήματα, με άμεσες σοβαρές επιπτώσεις στην προστασία του θαλάσσιου περιβάλλοντος, όπως, ενδεικτικά : α) η διάρκεια ζωής των πλατφορμών (assets), β) η απόσυρση των πλατφορμών (decommissioning) και γ) το σφράγισμα υποθαλάσσιων πηγαδιών (wells).

14. λχ. με ποσοστό επί του κύκλου εργασιών, κατ' αναλογία με τα ισχύοντα στο Ελληνικό και Ενωσιακό Δίκαιο για τις περιπτώσεις παραβιάσεως των κανόνων περί ελεύθερου ανταγωνισμού.

15. ως αντίβαρο στο, αυτονόητο, θεσπιζόμενο, ταυτόχρονα, δικαίωμα περιορισμού της ευθύνης της θυγατρικής ή και της μητρικής εταιρείας διαχείρισης μίας εξέδρας εξόρυξης πετρελαίου και αερίου, κατ' αναλογία, με όσα ισχύουν στις Διεθνείς Συμβάσεις του Ι.Μ.Ο.

16. λχ. της ΔΣ CLC.

17. λχ. της ΔΣ FUND.

The Genesis, Binding Effect and Content of the Unified Interpretations on unlimited Liability under IMO Conventions

Dieter Schwampe*

Professor at the University of Hamburg, Vice President of the Comité Maritime International (CMI)

I. Introduction

In 2019, Greece, the Marshall Islands, the International Chamber of Shipping (ICS) and the International Group of Protection and Indemnity Associations (IGP&I), as so-called “Co-Sponsors”, submitted a joint proposal for the 106th session of the Legal Committee of the International Maritime Organization (IMO)¹, to include in the work program of the Legal Committee’s work program, under the working title “Unified Interpretation on the Test for Breaking the Owner’s Right to Limit Liability under the IMO Conventions” the development of a unified interpretation of the requirements for breaking the limitation of liability under the 1976 Conventions on Limitation of Liability for Maritime Claims and the Protocol of 2 May 1996 (hereinafter referred to jointly as the “Protocol”). May 1996 (hereinafter together: LLMC) as well as the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992 (hereinafter: CLC). The starting point of these efforts was the consideration that the aim of the Conventions was to establish internationally uniform standards for the granting, but also the breaking of the limitation of liability. Conflicting decisions of national courts would hinder this uniformity of law and lead to unequal treatment. The Co-Sponsors suggested to the Legal Committee

* The author is Senior Insurance Partner of the law firm Arnecke Sibeth Dabelstein, Hamburg office. He is also Vice-President of the Comité Maritime International (CMI), where he chairs the “International Working Group on Unified Interpretation on the test for breaking the owner’s right to limit liability under the IMO conventions” together with Mr. John Markianos-Daniolos. This article is based on two publications of the author in the German legal periodical *Recht der Transportwirtschaft* (Law of the Transport Industry), vol. 2022, pages 26 and 52.

1. see document No. LEG 106/13; as all further IMO documents mentioned hereinafter available on the internet after registration at <https://docs.imo.org/>

to prevent such contradictions through joint action by means of a Unified Interpretation.² Contributions during the deliberations made at the 106th session of the Legal Committee are available as audio files on the IMO website.³ Despite some critical voices, such as the view that a unified interpretation could restrict the freedom of decision of the courts called upon to decide on disputes⁴, the Legal Committee complied with the suggestion and included this matter in its work program.⁵

II. The Course of the Deliberations

Still in the course of the 106th session of the Legal Committee in 2019, there was a call for concrete proposals on the scope of work to be undertaken for the 107th session in 2020⁶, with the IGP&I offering to coordinate an informal discussion on proposals.⁷ Under the leadership of the IGP&I and the ICS, an Informal Working Group was formed, which, in addition to the aforementioned organizations, included government representatives from Australia, Canada, Bahamas, Finland, France, Ghana, Greece, Italy, Malta, Poland, Spain and South Africa. This Informal Working Group conducted a comprehensive review of the LLMC materials and produced a detailed report.⁸ Under the date of 10.1.2020, the Working Group submitted its summary report to the 107th session of the Legal Committee.⁹ The report summarized the findings of the review of the materials according to which, when LLMC was created in 1976, it was intended to establish a *virtually unbreakable test*, with the increased liability amounts related to the insurability of those liability amounts.¹⁰

In the meantime, the Comité Maritime International (CMI), which has *consultative status* with the IMO since 1967¹¹, had already set up an *International Working Group on Unified Interpretation on the Test for*

2. LEG 106/3 at para. 8 et seq.

3. <https://docs.imo.org/Category.aspx?cid=45&session=106&dtid=8&mmid=931>, 29.3.2019, starting with the views of Greece at 09:34:24h.

4. LEG 106/13 at para. 13.35.

5. LEG 106/16 at para. 13; see also the oral statement in by the Chairman of the Legal Committee, *Volker Schoefisch*, in <https://docs.imo.org/Category.aspx?cid=45&session=106&dtid=8&mmid=931>, 29.3.2019, 10:33:57 h.

6. LEG 106/16 at para. 13.4.2 and 13.4.5.

7. LEG 106/16 fn. 2.

8. LEG 107/INF.5.

9. LEG 107/9.

10. LEG 107/9 at para. 7.9.

11. <https://www.imo.org/en/About/Membership/Pages/NGOsInConsultativeStatus.aspx>.

*Breaking the Owner's Right to limit Liability under the IMO Conventions.*¹²

The background to this was that the CMI had been doing essential preliminary work on the later LLMC since 1972 and was, therefore, closely familiar with the subject. The CMI submitted its own statement to the Legal Committee on 20.1.2020, which confirmed and supported the results found by the Working Group.¹³ The CMI emphasized that there have been court decisions, in which the purposes of the combination of *a high limit of a liability and a robust right of limitation which is to be broken only in exceptional cases and under strict conditions are not always taken into account.*¹⁴

The Working Group, for its part, recommended to the Legal Committee that it be mandated to submit a draft of a unified interpretation for the 108th session of the Legal Committee in 2021. The report did not contain any proposals on how a Unified Interpretation should be adopted.¹⁵

The Secretariat of the Legal Committee commented on the question of the preferred method of establishing a Unified Interpretation in a note dated 24.1.2020.¹⁶ In this note, the Secretariat referred to an enquiry by the International Law Commission on the significance of subsequent agreements between the parties to an international treaty¹⁷ in the context of Art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the *Conclusions* of which were adopted by the United Nations General Assembly on 20.12.2018.¹⁸ Further aspects are addressed in sections III. and IV. of this article. At its 106th session, the Legal Committee left the manner of implementation open¹⁹, but decided to work in the framework of *intersessional work* between the 107th and 108th sessions of the Committee to continue the preparatory work.²⁰

12. Accompanying the work at the IMO, the IWG prepared a questionnaire and sent it to the national Maritime Law Associations that are members of the CMI for their response. There are currently responses from 13 states, which can be viewed on the CMI website: <https://comitemaritime.org/work/unified-interpretation-on-the-test-for-breaking-the-owners-right-to-limit-liability-under-the-imo-conventions/>.

13. LEG 107/9/1.

14. LEG 107/9/1 at para. 5.

15. LEG 107/9 at para. 7.9.

16. LEG 107/9/2.

17. Report of the International Law Commission No. A/73/10, available at <https://undocs.org/en/A/73/10>.

18. Resolution No. 73/202 of 20.12.2018 of the General Assembly of the United Nations.

19. LEG 107/18/2 at para. 9.13.

20. LEG 107/18/2 at para. 9.9.

For the 108th session of the Legal Committee from 26 to 30.7.2021, the topic was included in the agenda as item 8.²¹ The Working Group had expanded considerably in the meantime and now included government representatives from Australia, Canada, Cyprus, Finland, Georgia, Germany, Greece, Italy, Korea, Japan, Malta, the Netherlands, New Zealand, Poland, Sweden and Thailand. Advisory status was given to the ICS, the IGP&I, the International Union of Marine Insurance (IUMI), the International Association of Independent Tanker Owners (INTERTANKO) and the International Transport Workers' Federation (ITF).²² On 23.4.2021, the Working Group submitted its report.²³ The report included details of the work of the Working Group between the sessions and, in the form of an annex, a draft text for *Unified Interpretations* of the Conventions under consideration. The Working Group also commented on the conceivable implementation options, and submitted as alternatives a resolution by the Legal Committee, a resolution by the IMO General Assembly and resolutions at diplomatic conferences for the respective conventions. By a majority, the Working Group was in favor of a resolution by the IMO General Assembly.²⁴ It is worth noting that the draft resolution contained statements that were not supported by all members of the Working Group, but by its majority. Such statements were, therefore, proposed for decision by the Legal Committee. These included the statements that a degree of fault was required for the limitation of liability to be breached *that would deprive the shipowner of the right to be indemnified under their marine insurance policy* (para. 1 (b) (ii) of the draft resolution) and *that provides that the loss of entitlement to limit liability should begin where the level of culpability is such that insurability ends* (para. 1 (b) (iii) of the draft resolution).

At the request of the Working Group,²⁵ the Secretariat contributed a note dated 28.5.21 dealing with implementation.²⁶ This note contained three alternative forums for a resolution raised by the Working Group. The CMI did not comment in writing before the session, but did comment during the discussions on 27.7.2021, supporting the Working Group's text and advocating that the resolutions be adopted at the next IMO General Assembly, however - as presented by the Secretariat and recommended by the Working Group at the session - not by the General Assembly as such, but by the members of

21. LEG 108/1.

22. LEG 108/8 at para. 3.

23. LEG 108/8.

24. LEG 108/8 at paras.11 and 21.

25. LEG 108/8 at para. 22.

26. LEG 108//8/1.

the respective Conventions present at the General Assembly. The statement, as well as the numerous interventions by 28 government representatives and by ITF and UNCTAD, are available as audio files on the IMO website.²⁷ The discussions are also summarized in the Chairman's Report on the 108th session of the Legal Committee.²⁸ This shows that the majority of the Legal Committee supported a resolution of the Convention States at the next IMO General Assembly²⁹ and set up a *Virtual Drafting Group*³⁰, which, in parallel to the session of the Committee, drew up final text proposals for the three resolutions to be adopted concerning LLMC 1976, LLMC 1996 and CLC 1992. These text proposals³¹ were then adopted by the Committee.³²

Subsequently, the topic was the subject of the 32nd session of the IMO General Assembly, which took place in virtual form on 6 to 15.12.2021. It was on the agenda as part of the *Consideration of the reports and recommendations of the Legal Committee* as item 13.³³ The Secretary General of the IMO reported on the proposals of the Legal Committee in a written report dated 5.10.21³⁴. The member states of the three Conventions concerned, LLMC 1976, LLMC 1996 and CLC 1992, which were present at Committee 1 of the General Assembly,³⁵ then adopted the respective *Unified Interpretations* by way of consensus in three separate resolutions in the Morning Sessions of 13.12.21. The statement by the Chairman of Committee 1, Mr. Laurent Parenté, on the three resolutions can be found in the audio files on the IMO website.³⁶ The *List of Resolutions adopted by the Assembly at the Thirty-second Session*, compiled by the Secretariat at the end of the General Assembly sessions and published as document A.32/INF.6 on 16.12.2021, names the three Unified Interpretations as resolutions A.1163(32), A.1164(32) and A.1165(32).

27. <https://docs.imo.org/Category.aspx?cid=45&session=108&dtid=8&mmid=1144>, 27.07.21 from 11:01:22 h onwards.

28. LEG 108/16/1 at para. 8.

29. LEG 108/16/1 at para. 8.16.

30. LEG 108/16/1 at para. 8.16.

31. Annex 3, 4 and 5 to LEG 108/17/1.

32. LEG 108/16/1 at para. 8.19.

33. A 32/1 (Provisional Agenda for the Thirty-Second Regular Session of the Assembly).

34. A 32/13 (Consideration of the Reports and Recommendations of the Legal Committee; Note by the Secretary-General).

35. Listed in A 32/INF.1.

36. <https://docs.imo.org/Category.aspx?cid=30&session=32&dtid=8&mmid=1196>, 15.12.2021, Morning Session, Report of IMO Committee 1 by Vanuatu, commencing at 11:57:45 h; Noting of adoption of resolutions by Chairman Laurent Parenté, commencing at 12:23:33 h.

III. Binding of the national courts - general aspects

The application of the law, including international conventions, is the responsibility of the courts. The Unified Interpretations do not create new law. In particular, they do not amend the content or text of the Conventions concerned. Rather, they are authoritative interpretations of the Conventions. This raises the question of the relationship between the interpretation by the member states and the interpretation by the courts, because legal provisions requiring interpretation are in principle interpreted by the (specialized) courts³⁷. Insofar as the interpretation of international treaties is concerned, the Vienna Convention on the Law of Treaties must be observed. According to its Art. 31 (1), a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. Art. 31(2) defines this context in more detail as any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty (lit. a), as well as any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty (lit. b). Art. 31 (3) (a) adds to this any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions. This is the relevant aspect for the Unified Interpretation. The Vienna Convention on the Law of Treaties does not specify what such a subsequent agreement should look like in detail. The International Court of Justice ruled in the case “*Whaling in the Antarctic*” that Japan, a member of the International Whaling Commission (IWC), was not bound to certain resolutions of the IWC agreement according to Art. 31 para. 3 because these resolutions were made “*in particular without the concurrence of Japan*”.³⁸ This support is provided by the adoption of a consensual resolution by the respective member states of the relevant conventions present at the IMO Assembly.

According to the majority view in international law, for state courts of the member states, this interpretation by the contracting states is binding.³⁹ It

37. Cf. e.g. BVerfG (German Constitutional Court) NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 1994, 647.

38. *Australia v. Japan*, New Zealand Intervening, Judgment of. 31.3.2014, I.C.J. Reports 2014, p. 226 (para. 83 at p. 257).

39. Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Art. 31 marginal no. 72; Gardiner, Treaty Interpretation, 2nd ed. 2015, p. 230 f.; Tomuschat, Expert Opinion in Republic of Ecuador v. United States of America, PCA Case No. 2012-15, marginal no. 19, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1062.pdf>; Pehl, Repräsentative Auslegung völkerrechtlicher Verträge

has priority over the courts' own interpretations⁴⁰ and constitutes "objective evidence" as to what the contracting parties intended by the Convention.⁴¹ The Official Commentary by the International Law Association states in this respect that an agreement reached after the entry into force of the Convention "*represents an authentic interpretation by the parties which must be read into the treaty for purposes of its interpretation*".⁴²

IV. Binding of the national courts - German aspects

For the application of the law in Germany, it is decisive whether German courts are bound by the Unified Interpretations. In national law, the German Federal Fiscal Court (Bundesfinanzhof/BFH) has argued that agreements between the contracting parties may be binding under international law, but they cannot change the requirement of an approving Act of Parliament, which is mandatory under Article 59(2) of the German Constitution (Grundgesetz/GG), and are therefore non-binding from a national perspective if not approved by such an Act.⁴³ However, this is contradicted by the case law of the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht/BVerfG), according to which the objectives and purposes of the treaty expressed in the text of a treaty are essential aids to interpretation of treaties pursuant to Art. 31 para. 1 and Art. 31 para. 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Even an interpretative further development of treaty law by means of so-called authentic interpretation - which is what the Unified Interpretations discussed here qualify as - is based on the existing treaty and is therefore exempt from parliamentary consent pursuant to Art. 59 Para. 2 sentence 1 GG.⁴⁴ If the parties to an international treaty expressed their intention to remain within the framework of the existing treaty and not to create any new legal obligations, so that no declaration has been made aimed at an amendment to the treaty, there is no (new) international treaty that is subject to the constitutional requirement of approval by a federal law pursuant to Article

[Representative Interpretation of International Law Treaties], 2018, p. 73 f. with further references at fn. 231; see also BFH IStR 2007, 177 on subsequent practice.

40. Pehl, *ibid.*, p. 73 f.

41. Report of the International Law Commission, General Assembly, Official Records, Seventy-third Session, Supplement No. 10 (A/73/10), 2018, p. 24.

42. Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. II, p. 221 at para. 14.

43. BFH (German Federal Fiscal Court) NJW 1997, 612.

44. BVerfG (German Constitutional Court) NJW 1994, 2207 (2212).

59.2 GG.⁴⁵ 10 This is the case with the Unified Interpretations discussed here. The seventeenth⁴⁶ and eighteenth⁴⁷ (of the unnumbered) preambles prove that this is not a matter of treaty amendment or new regulation, but only of interpretation within the framework of the existing treaty. The eighteenth preamble even makes explicit reference to Art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

Further, it can be argued that the Federal Republic of Germany has consented to the Vienna Convention on the Law of Treaties in the manner required by Article 59(2) GG.⁴⁸ Thus, the significance of subsequent agreements of the parties to international treaties for the interpretation of these treaties has been consented to by federal law. The Federal Republic of Germany may well avoid being bound by an interpretation of the treaties it has concluded that it does not wish to be bound by, by not participating in an interpretation or by objecting to it. According to the case law of the International Court of Justice, a contracting state that does not participate in such an agreement is not bound by it.⁴⁹ It cannot be denied that this is then a decision of the executive, not the legislature. However, it is precisely this procedure that has been approved by the German Approval Act to the Vienna Convention on the Law of Treaties. However, even if a direct binding of the courts to the Unified Interpretations were to be rejected, they would have to be taken into account within the framework of the interpretation of German laws in a manner “friendly” to international law. According to the established case law of the German Constitutional Court, the principle of comity to international law serves as an interpretative aid not only for fundamental rights and the constitutional principles of the constitutional rule of law, but also for ordinary law.⁵⁰ With recourse to an earlier decision⁵¹, the Court states that the principle of friendliness towards international law requires that national laws

45. Agreeing BVerwG (German Federal Administrative Court), NJW 1997, 536; see also *Butzer/Haas* in *Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Hopfauf*, *Grundgesetz* [German Constitution], 15th ed. 2021, Art. 59 marginal no. 69 ff.; *Nettesheim* in *Dürig/Herzog/Scholz*, *Grundgesetz-Kommentar* [Commentary on the German Constitution], work status: 95th EL July 2021, Art. 59 marginal no. 127 ff.

46. Noting that the principles underpinning the test for breaking the right to limit liability are identified in the Travaux Préparatoires of the 1976 LLMC Convention.

47. Desiring to reaffirm these principles by means of a Unified Interpretation.

48. BGBl. (German Federal Gazette) 1985 II 927.

49. “Whaling in the Antarctic”, *Australia v. Japan*, New Zealand Intervening, ICJ Judgment of 31.3.2014, I. C. J. Reports 2014, p. 226 (para. 83 at p. 257).

50. BVerfG (German Constitutional Court) NJW 2016, 1295 (marginal no. 71 ff.).

51. BVerfG (German Constitutional Court) NJW 1987, 2427.

be interpreted in such a way that a conflict with the obligations of the Federal Republic of Germany under international law does not arise. Therefore German courts must observe the Unified Interpretations when interpreting Art. 4 LLMC and Art. 5 CLC.

In this context, the starting point is that the Unified Interpretations take precedence over all other interpretations. Courts which, in the context of contentious proceedings, have to examine whether the facts before them justify an exclusion of the limitation of liability under Art. 4 LLMC, Art. 5 CLC 1992, must therefore base their interpretation of these provisions on the Unified Interpretations.

As far as the interpretations themselves are concerned, they are contained solely in the respective sections 1 of the three identical⁵² Unified Interpretations. Sections 2 and 3 are addressed to the Secretary General of the IMO and request him to circulate copies of the resolutions to all States which have signed, ratified or acceded to the respective Conventions and also to all member states of the IMO.

V. Legal relevance of the preambles for the interpretation by German courts

International conventions, as well as EU legal acts, often contain preambles, as do the Unified Interpretations, in which the preambles significantly exceed the actual authoritative interpretation. Preambles are not themselves part of the legal act, but they are to be taken into account in the interpretation of an international treaty according to Art. 31 para. 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.⁵³ The Unified Interpretations are not themselves international treaties, but interpretations of international treaties by the contracting states. However, if these interpretations themselves require interpretation, the preambles are to be used for the interpretation in analogous application of Art. 31 para. 2.

The first preamble states that the *comprehensive limitation, liability and compensation regime* established by the IMO is the result of a carefully negotiated compromise that balances the interests of governments, claimants and industry. Although only a preamble, this is important as a background to the uniform interpretation because there have been tendencies in

52. The three Unified Interpretations differ only in the reference to the convention addressed in each case.

53. "The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: ..."

some countries to give strong consideration to the interests of states and governments, especially when they were claimants. The first preamble recalls that these interests are not paramount.

In the second preamble, the resolutions list the individual conventions that belong to the *comprehensive limitation, liability and compensation regime*. It is noteworthy that the HNS Convention of 1996 and the Protocol of 2010 are also mentioned. Both have not yet entered into force. However, Art. 9 No. 2 provides for an unlimited liability regime identical to Art. 4 LLMC. In other respects, the reference to the Bunker Convention and the Wreck Removal Convention is interesting. These conventions do not contain their own provisions on limited and unlimited liability. Rather, Art. 6 of the Bunker Convention and Art. 10 (2) of the Wreck Removal Convention provide that nothing in those Conventions shall affect the right of the shipowner to limit liability under any applicable national or international regime, such as LLMC. The preamble does, however, recall that the *Unified Interpretation* on these references in the Bunker Convention and the Wreck Removal Convention is also relevant to claims for damages for bunker or wreck damage.

The fourth, fifth and fourteenth to sixteenth preambles address the core concern of the Unified Interpretation without specifically stating the reason. They became necessary because individual court decisions were rendered that no longer represented a *uniform application*, so that it could no longer be guaranteed that *the Conventions are applied equally and equitably*. Inconsistent application or interpretation of the requirements for the breaking of the limitation of liability, which deviated from the intentions of the provisions, could lead to ambiguity and legal uncertainty and unequal treatment of claimants.

VI. The actual Unified Interpretations

1. Unbreakability of limitation of liability as a principle

Section 1 (a) stipulates that in interpreting Art. 4 LLMC and Art. 5 CLC 1992, the limitation of liability must be taken as virtually unbreakable. This has long been the view in Anglo-American law. The English Court of Appeal ruled as early as 1998: “*The 1976 Convention was thus a package deal, whereby the limits were raised considerably but in return the shipowner received the benefit of a limit which was thought to be virtually unbreakable.*”⁵⁴ The

54. The “HERCEG NOVI” [1998] Vol. 2 Lloyd’s Rep. 454 (457); see earlier the Admiralty Court in The “Bowbelle”, [1990] Vol. 1 Lloyd’s Rep. 532 (535): “... the 1976 Convention,

Federal Court of Australia took this up in 2010⁵⁵, the Supreme Court of Canada in 2014⁵⁶ and the High Court of Bombay in 2016.⁵⁷ This is also the unchallenged view in English literature.⁵⁸

For Germany, the Federal Government's Memorandum on Art. 4 LLMC 1976 only stated: "*The conference was in the majority of the opinion that in many states the courts have so far assumed the breaking of the limitation of liability so frequently that a fixed limitation of liability can no longer be assumed and thus the liability risk for the insurance industry is hardly calculable*".⁵⁹ This does suggest that with the LLMC there should be a reduction of breaking limitation; however, it is not really an approval of it, rather a distanced reporting. In any case, it is clearly less than a commitment to a virtually unbreakable limitation of liability. There is no German case law on the Conventions. Apart from an isolated opinion in the legal literature (ignored by the rest of the literature) that even denies that limitation would be the rule⁶⁰, most articles published are regularly silent on the relationship between limitation and its breaking.⁶¹ Horbach at least

under which shipowners agreed to a higher limit of liability in exchange for an almost indisputable right to limit their liability".

55. The "APL SYDNEY", [2010] Vol. 2 Lloyd's Rep 556 (563).

56. The "REALICE", [2014] Vol. 2 Lloyd's Rep. 315 (319).

57. The "YURIY ARSHENEVSKIY" [2016] Vol. 1 Lloyds Law Reports, 50 (para. 37).

58. *Griggs/Williams/Farr*, Limitation of Liability for Maritime Claims, 4th ed. 2005, p.3: "The solution which was finally adopted to resolve the competing requirements of claimant and defendant was (a) the establishment of a limitation fund which was as high as a ship owner could cover by insurance at a reasonable cost, and (b) the creation of a virtually unbreakable right to limit liability"; *Meeson/Kimball*, Admiralty Jurisdiction and Practice, 5th ed. 2017, para. 8.134 and p. 338 fn. 42: "the new test was adopted with the intention of making the limits practically 'unbreakable'"; Jackson, Enforcement of Maritime Claims, 4th ed. 2005, para. 24.64: "It seems accepted that the limits will normally be unbreakable", *Baughen*, Shipping Law, 2019, p. 429: "This element, together with the transfer of the burden of proof to the claimant, makes it almost impossible to break limitation under the 1976 Convention"; *Tzima/Morgan*, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (LMCLQ) 2021, 292 (299); *Christodoulou-Varotsi*, Marine Pollution Control, 2018, p. 313; Roberts, Marine Risk International (MRI) [2017] MRI 74.

59. BT-Ds. (Bundestags-Drucksache/Parliament Publication) 10/3553, 25.

60. *Puttfarken*, Seehandelsrecht [Maritime Law], 1997, p. 358.

61. *BeckOGK/Münchau*, 1.8.2021, HBÜ Art. 4 Rn. 1 ff; *Rabe/Rittmeister in Rabe/Bahnsen* /, Seehandelsrecht [Maritime Trade Law], 5th ed. 2018, London HBÜ Art. 4 Rn. 1 et seq.; *Ramming*, Seehandelsrecht [Maritime Law], vol. 1, 2017, Anh zu § 480, Art. V and VI ÖLHÜ Rn. 4 ff; *Horbach in Ramming* (ed.), Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht [Publications of the German Maritime Law Association], Vol. 105, p. 85 ff; Herber VersR (Versicherungsrecht) 1973, 981.

notes as a purpose to allow a loss of the right to limit liability only in very rare cases.⁶² The aggravated breaking of limitation of liability is otherwise rather seen as a consequence of the change in burden of proof and the increased fault requirements.⁶³ This is problematic and does not really do justice to the approach of a “*practically unbreakable*” limitation of liability already because it ultimately makes the limitation of liability dependent on a procedural issue. However, the relevant aspect is not who proved something in the trial, but it is the substantive law question of whether someone should have limited or unlimited liability. At the very least, however, the principle of unbreakability then demands that no facilitations of proof be granted that undermine or even diminish the principle of unbreakability. This would also include the assumption of a secondary burden of proof, a concept developed by the German Federal Court of Justice, according to which the carrier, though not bearing the burden of proof, is bound to disclose relevant facts under his control to the cargo claimant, combined with a presumption of recklessness in the absence of such disclosure. This applies at least if it would turn a “*practically unbreakable*” limitation of liability into an eased unlimited liability. Since the Unified Interpretations now clarify limited liability and its fundamental unbreakability as a principle of the Conventions, the German courts will therefore also have to proceed from the principle that limited and unlimited liability are not two equally valid alternatives, but that the principle is limited liability, which should only be broken in exceptional cases.

The principle of unbreakability, the breaking of limitation in very limited circumstances, also introduces a quantitative element into the interpretation. Not only the result for the individual case to be decided is to be considered, but the effect on all conceivable cases. If a potentially frequent breaking of limitation of liability occurs, the interpretation parameters must be changed, because unlimited liability should only occur under very limited circumstances. This seems to contradict the German approach that general misconduct does not reduce the due diligence requirements. What matters is not the degree of care customary in the course of trade, but the degree of care required in it.⁶⁴ However, it must be borne in mind that even in the case of gross negligence, such high demands are placed on the breach of duty of

62. *Horbach* in *Ramming* (ed.), *ibid.*, p. 95.

63. *Herber*, *Das neue Haftungsrecht der Schifffahrt* [The new Liability Law for Shipping], 1989, p. 28.

64. *Grundmann* in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* [Munich Commentary on the Civil Code], 8th ed. 2019, BGB § 276 marginal no. 60.

care (lack of the slightest caution or attention⁶⁵; disregard of what should have been obvious to everyone⁶⁶; breach of the most elementary duties of care⁶⁷) that the assumption of such fault in cases that would lead to the mass assumption of gross negligence is likely to be rather rare. This applies all the more to recklessness, which in terms of the severity of the fault is properly to be placed even beyond gross negligence (see below under 2 a). However, it should not be misunderstood that in particular the case law of the Federal Court of Justice on § 435 Commercial Code with its generous assumption of unlimited liability would hardly be compatible with the principle of exception ordered by the Unified Interpretation.

2. Degree of fault

Art. 4 LLMC and Art. 5 para. 2 CLC 1992 respectively, provide for unlimited liability in cases of intent or recklessness and with knowledge that such damage would probably result. Art. 1 (b) of the Unified Interpretation only addresses the second alternative. It does so, first by way of analogy with wilful misconduct and then by the three subparagraphs (i) to (iii) of section 1 (b), which explain namely what degree of fault is required for liability to be breached.

3. Relationship to gross negligence

Subpara. (i) states that the degree of fault required is higher than that of gross negligence, which was expressly rejected as the relevant degree of fault at the conferences.

aa) Aspects arising in Germany

There are no German rulings on Art 4 LLMC or Art 5 CLC. Statements in the literature are sparse. It is often alleged⁶⁸ that the basis of the wording is

65. RGZ [Decisions of the Imperial Court] vol. 58, 162.

66. BGH (Federal Court of Justice) NJW 1984, 789.

67. OLG (Court of Appeal) Frankfurt VersR 1981, 27.

68. *Rabe/Rittmeister in Rabe/Bahnsen, Seehandelsrecht [Maritime Law]*, 5th ed. 2018, London HBÜ Art. 4 marginal no. 4; Herber, *Das neue Haftungsrecht der Schifffahrt [The new Liability Law for Shipping]*, 1989, p. 71: “deliberate gross negligence”; “objectively grossly negligent conduct”; *Horbach in Ramming* (ed.), *Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht [Publications of the German Maritime Law Association]*, Vol. 105, pp. 94: “objectively grossly negligent conduct ..., i.e. the disregard of an obvious duty of care”; *BeckOGK/MünchKau*, 1.8.2021, HBÜ Art. 4 Rn. 8: “objectively grossly negligent conduct, i.e. the disregard of the required care”.

Art. 25 of the Warsaw Convention.⁶⁹ While it is true that Art. 25 Warsaw Convention seems to be the first international convention using this language, caution is appropriate in assuming that Art. 4 LLMC was modelled after the Warsaw Convention. The “travaux préparatoire” on the LLMC, published by the CMI, show that the Warsaw Convention is only mentioned four times in almost 700 pages of protocols and materials⁷⁰, but in fact not in connection with recklessness. Aviation law is only referred to in general terms.⁷¹ The reference to statements on Art. 25 Warsaw Convention is therefore not ruled out, but it is also not compelling; in any case, it is not supported by the genesis of the Convention.⁷² For this reason, it is also questionable to refer to German judgments on Art. 25 Warsaw Convention for the interpretation of Art. 4 LLMC, as is done nevertheless. Münchau, Herber and Horbach, for example, come to the conclusion that recklessness objectively requires grossly negligent conduct.⁷³ This is based on a ruling by the Federal Court of Justice on Art. 25 Warsaw Convention, according to which reckless conduct is grossly negligent conduct that disregards an obvious duty of care.⁷⁴ In that decision, however,

69. In the version of the 1955 Protocol; the original version of 1929 referred to wilful misconduct and, similar to today's CMR in Art 29, of such “default ... as, in accordance with the law of the Court seized of the case, is considered to be equivalent to wilful misconduct”.

70. Passenger liability sums (p. 251); units of account for liability sum (p.261); adjustment of liability sums (p. 393 and p. 399 at fn. 6).

71. IMCO Legal Committee, 25th meeting, 20-24 January 1975 - Document LEG XXV/4 v. 31 January 1975, in: Comité Maritime International (ed.), *The Travaux préparatoire of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996*, available on the Internet at <https://comitemaritime.org/publications-documents/travaux-preparatoires/>, p. 123.

72. The history of the drafting of the LLMC also suggests a link to the 1961 Passengers Convention (Art. 7) and the Luggage Convention (Art. 7). The same applies to references to the fact that the wording in Art. 4 LLMC had already been used in the Visby Protocol. Although this is also true, it played no role whatsoever in the genesis of the LLMC. The materials contain references to the Visby Protocol only in connection with the scope of application according to Art. 9, see Comité Maritime International (ed.), *The Travaux préparatoire of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996*, available on the internet at <https://comitemaritime.org/publications-documents/travaux-preparatoires/>, p. 517.

73. Herber, *Das neue Haftungsrecht der Schifffahrt* [The new Liability Law for Shipping], 1989, p. 71: “deliberate gross negligence”; “objectively grossly negligent conduct”; id, *Seehandelsrecht* [Maritime Law], 2nd ed. 2016, p. 212 (“deliberate gross negligence”); Horbach in *Ramming* (ed.), *Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht* [Publications of the German Maritime Law Association], Vol. 105, pp. 94: “objectively grossly negligent conduct ..., i.e. the disregard of an obvious duty of care”; BeckOGK/Münchau, 1.8.2021, HBÜ Art. 4 Rn. 8: “objectively grossly negligent conduct, i.e. the disregard of the required care”.

74. BGH (Federal Court of Justice) NJW 1979, 2474.

the BGH did not go beyond what is generally regarded as gross negligence anyway.⁷⁵ The “*obvious duty of care*” is no more than what the Imperial Court⁷⁶ and the Federal Court of Justice itself had already assumed for gross negligence, namely the “*simplest, most obvious consideration(s)*” and the disregard of “*what had to be obvious to everyone in the given case*”.⁷⁷ The later decisions of the Federal Court of Justice on § 435 German Commercial Code also cast doubt on whether the Court would still today understand the recklessness of Art. 25 Warsaw Convention as gross negligence.

German commentaries hardly contain any independent explanations of the fault required under Art. 4 LLMC. Rabe/Rittmeister refer to Bahnsen’s views on § 507 Commercial Code in the same commentary.⁷⁸ In principle, this is not unproblematic, because § 507 Commercial Code deals exclusively with contractual liability, namely that of the carrier. This liability is characterized by the special contractual relations, which the Federal Court of Justice also emphasizes in its interpretation.⁷⁹ The LLMC, on the other hand, does cover contractual liability, but in the context of Art. 2 LLMC also non-contractual liability, the CLC with its reference to pollution damage covers exclusively non-contractual liability. Aspects which, in the context of § 507 Commercial Code, focus on recklessness towards the contracting party therefore have only limited significance for the LLMC, and no significance at all for the CLC. Since Bahnsen, to whom Rabe/Rittmeister refer, falls back on the case law of the Federal Court of Justice on § 435 Commercial Code without any discussion⁸⁰, the chain of commentaries in Rabe/Bahnsen leads directly from the international convention law of Art. 4 LLMC to the general freight law of the Commercial Code. This exacerbates the problems, because the facts of life to be assessed there are mostly fundamentally different from those to be considered in the operation of an ocean-going vessel.

As far as § 435 Commercial Code is concerned, the German Government’s explanatory memorandum does not commit itself to the standard of fault.

75. See the references by Grundmann in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch [Munich Commentary on the Civil Code], 8th ed. 2019, BGB § 276 marginal no. 94.

76. See for example RGZ (Decisions of the Imperial Court) vol. 58, 162.

77. BGH (Federal Court of Justice) NJW 2017, 2108 with further references.

78. Rabe/Rittmeister in Rabe/Bahnsen, Seehandelsrecht [Maritime Law], 5th ed. 2018, London Convention Art. 4 para. 5.

79. See for example BGH (Federal Court of Justice) RdTW 2013, 271 on § 435 Commercial Code: “Security interests of the contracting party”.

80. Bahnsen in Rabe/Bahnsen, Seehandelsrecht [Maritime Law], 5th ed. 2018, § 507 marginal no. 12.

On the one hand, the standard of fault is said to be close to deliberate gross negligence, on the other hand, stricter requirements than for grossly negligent conduct may have to be met in individual cases.⁸¹ In the literature, it is widely assumed that the objective standard of recklessness essentially corresponds to gross negligence.⁸² This is also found in case law.⁸³ However, there are also approaches in the literature referring to the Government's explanatory memorandum, which assumes higher requirements compared to gross negligence, at least "in individual cases".⁸⁴ In some cases, it is clearly stated that recklessness goes beyond gross negligence.⁸⁵ In the context of section 435 Commercial Code, the Federal Court of Justice assumed a particularly serious breach of duty for recklessness, in which the carrier blatantly disregarded the safety interests of the contractual partner.⁸⁶ A particularly blatant breach was regularly to be assumed if elementary protective measures were omitted.⁸⁷ Here is not the place for an in-depth discussion of the case law of the Federal Court of Justice on § 435 Commercial Code. In the author's view, the Federal Court of Justice places recklessness beyond gross negligence.⁸⁸ This is also the case initially with Koller, who believes that the fault required must in any case be more serious than objective gross negligence, but then considers it almost impossible to determine how much more serious it must be and therefore finally concludes that objective gross negligence is the relevant

81. Bundestags-Drucksache (Parliament Publication) 13/8445, 71 f.

82. *Thume* in Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch [Munich Commentary on the Commercial Code], 4th ed. 2020, HGB § 435 marginal no. 12; *Koller*, Transportrecht [Transport Law], 10th ed. 2020, HGB § 435 marginal no. 6; *Oetker/Paschke*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 7th ed. 2021, HGB § 435 marginal no. 5; see also *BeckOGK/Münchau*, 1.8.2021, § 616 marginal no. 3 ("conscious gross negligence").

83. OLG (Court of Appeal) Stuttgart Transportrecht (TranspR) 2008, 259 = BeckRS 2008, 16217.

84. *Baumbach/Hopt/Merkt*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 40th ed. 2021, HGB § 435 marginal no. 2.

85. *v. Waldstein/Holland*, Binnenschiffahrtsrecht [Inland Navigation Law], 5th ed. 2007, § 5 b BinSchG marginal no. 5; Rheinschiffahrtsobergericht (Rhine Navigation Supreme Court) Karlsruhe RdTW 2016, 108.

86. See, for example, BGH (Federal Court of Justice) RdTW 2015, 405, expressly referred to for section 507 Commercial Code by *Bahnsen* in *Rabe/Bahnsen*, Seehandelsrecht [Maritime Law], 5th ed. 2018, section 507 marginal no. 12.

87. BGH (Federal Court of Justice) NJW 2004, 2445.

88. So also *BeckOK HGB/G. Kirchhof*, 34th ed. 15.10.2021, HGB § 435 marginal no. 5; on § 505 HGB likewise *Bahnsen* in *Rabe/Bahnsen*, Seehandelsrecht [Maritime Law], 5th ed. 2018, § 507 marginal no. 11; *BeckOGK/Paschke*, 1.7.2021, Handelsgesetzbuch [Commercial Code] § 507 marginal no. 10.

degree of fault.⁸⁹ Bahnsen⁹⁰, on the other hand, is also of the opinion that the definition of the case law ultimately does not permit any subsumption despite the concretizations made. However, contrary to Koller, Bahnsen rightly does not conclude from this that recklessness is gross negligence. He rather believes that the required degree of fault rests between conscious negligence and conditional intent⁹¹. He only suggests that in each individual case it must be decided according to the given special circumstances and ultimately its own criteria which breaches of due diligence are to be classified as “blatant” and which are not. This is to be agreed with. Problems in the application of the law do not allow the difficulties to be avoided by overriding previously found material differences. Moreover, even the legislator expects the user of the law to make differentiations in the severity of fault. In insurance contract law, § 28 (2) Insurance Contract Act stipulates that in the case of a grossly negligent breach of an obligation, the insurer is entitled to reduce its payment in proportion to the severity of the policyholder’s fault. In this respect, Wandt speaks of an “*internal differentiation*” within the framework of gross negligence.⁹² Concerns against this approach had already been raised in the proposal of the Insurance Law Reform Commission for reasons of practicability.⁹³ Even after the reform law came into force, the criticism remained that a “reasonably rational quotation” would be difficult due to the narrow space between normal negligence and conditional intent.⁹⁴ Nevertheless, the courts have learned to deal with the legislator’s specification. There is nothing to prevent the courts from also succeeding in determining degrees of fault between gross negligence and conditional intent.

Whether equation of recklessness and gross negligence by the Federal Court of Justice can be agreed with, at least for the Warsaw Convention, can be left open here. The adoption of this view, as well as the corresponding literature opinions on § 435 HGB, for LLMC 1976 and 1996 and CLC 1992 are in any case now in conflict with section 1 (b) (i) of the Unified Interpretations, which

89. Koller, Transportrecht [Transport Law], 10th ed. 2020, HGB § 435 marginal no. 6.

90. Bahnsen in Rabe/Bahnsen, op.cit., § 507 marginal no. 14.

91. Bahnsen in Rabe/Bahnsen, ibid., § 507 marginal no. 11.

92. Wandt in Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz [Munich Commentary on the Insurance Contract Act] 2nd ed. 2016, § 28 marginal no. 230.

93. Armbrüster VersR 2013, 675.

94. Prölss/Martin/Armbrüster, Versicherungsvertragsgesetz [Insurance Contract Act], 31st ed. 2021, § 28 marginal no. 215.

require more than gross negligence. The Courts and literature will have to take this into account in the future.

bb) Aspects arising in Greece

The author of this contribution is not qualified in Greek law, so he should be careful to express any views on Greek law. However, he has had the benefit of a reply of the Greek Maritime Law Association to a Questionnaire prepared by the Internal Working Group of the CMI on the Unified Interpretation on the test for breaking the owner's right to limit liability under the IMO conventions⁹⁵. All references to Greek law and Greek court decisions are taken from the reply of the Greek MLA.

The Questionnaire had asked how recklessness under CLC 1992 and LLMC or relevant implementing domestic Greek legislation is interpreted in Greece, and whether negligence qualifies as recklessness. The Greek MLA answered, by way of preliminary observation, that the Greek translation of the LLMC translates "recklessness" as "indifference". It reported that the term "indifference" has been defined to include actions that seriously deviate from the actions of the average prudent and diligent person belonging to the same professional or business circle as the person entitled to limit, and showing disregard towards the assets of other persons that are put at risk because of the person entitled to limitation. It went on to state that the concept of "indifference" ("recklessness") would not be known to Greek law and the courts had approached it in various ways.

In 2010, the Piraeus Court of Appeal held that "*recklessness*" is a sui generis type of fault that is similar to either *dolus* (without specifying what type) and gross conscious negligence, or only *dolus eventualis*, but not conscious negligence.⁹⁶ In 2013, however, the Supreme Court held that "*recklessness*" was held to cover *dolus eventualis* and gross conscious negligence⁹⁷. Three years later, in 2017, the same Court confirmed that "*indifference*" is equivalent to gross conscious negligence⁹⁸. Thereafter, however, in 2018, the Piraeus Single-member Court of First Instance interpreted "indifference" as

95. Both available at <https://comitemaritime.org/work/unified-interpretation-on-the-test-for-breaking-the-owners-right-to-limit-liability-under-the-imo-conventions/>.

96. Reference to decision no. 766/2010.

97. Reference to Supreme Court decision 2263/2013.

98. Reference to Supreme Court decision 1470/2017.

a sui generis type of fault “*somewhere between dolus eventualis and gross (conscious) negligence*”.⁹⁹

For a non-Greek lawyer it is difficult to draw conclusions from these decisions, but it seems clear that arguably Courts would have been prepared to accept gross negligence of a certain kind, namely *conscious* gross negligence, as recklessness. Like in Germany, such approach will not be possible anymore in Greece under the Unified Interpretations.

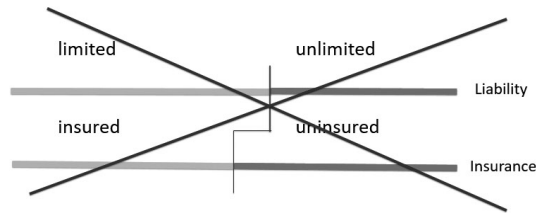
4. Insurance aspects

Section 1 (b) (ii) and (iii) of the Unified Interpretations echo the general view in the drafting of the Conventions that limited liability must be insurable, which means that there must be a link between limited liability and insurability. The CMI's report to the IMCO, submitted by Alex Rein, Chairman of the then International Sub-Committee of the CMI, states with regard to the later Art. 4 LLMC 1976: “*The words ‘recklessly and with knowledge that such loss would probably occur’ come very close to the English legal term ‘wilful misconduct’, which normally is the degree of blame required if the insurance cover shall be forfeited (Marine Insurance Act (1906) Sect. 55 (2) a). The proposed text, therefore, implies that there will be right of limitation where the insurance cover is intact*”.¹⁰⁰ These remarks found their way verbatim into the 2nd Chairman's Report during the Diplomatic Conference in Hamburg in 1976, at which the LLMC was adopted in 1976.¹⁰¹ The Unified Interpretations now look at the relationship between insurability and liability not with regard to limited liability, but in the other direction, namely with regard to unlimited liability. The statements are twofold. First, the serious fault shall reach such a degree that the shipowner is no longer entitled to insurance cover under his marine insurance. This is then specified to the effect that the loss of limitation of liability and the loss of insurance cover meet at the same point: The limitation of liability ends where the insurance cover is lost. Thus, such situations which are of great concern for owners, namely where there is still limited liability but insurance cover already lost, cannot occur anymore.

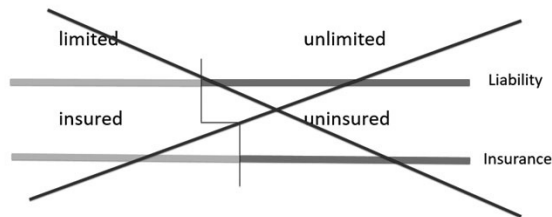
99. Reference to decision no. 1291/2018 of the Piraeus Single-member Court of First Instance.

100. CMI Yearbook 1974 Documentation III, p. 410, <https://comitemaritime.org/publications-documents/cmi-yearbook/>.

101. Comité Maritime International (ed.), The Travaux préparatoire of the LLMC Convention, 1976 and of the Protocol of 1996, available on the Internet at <https://comitemaritime.org/publications-documents/travaux-preparatoires/>, p. 122 (Document LIMIT-19/II-74).



Similarly, such situations which are of great concern for insurers, namely where there is still insurance cover, but already unlimited liability, cannot occur anymore either.



The only possible combination of cover and liability is such that cover is lost where limitation ends.



a) What is the marine insurance policy?

Section 1 (b) (ii) speaks of a degree of fault that would deprive the shipowner of the right to be indemnified under their marine insurance policy. Since we are dealing here with insurance of the liability of a shipowner, when it comes to insuring the shipowner's liability, it can only be about insurance that covers the shipowner's liability. The insurance markets provide different products to cover the shipowner's liability.¹⁰² Traditionally, collision liability risks are covered in hull & machinery insurance¹⁰³, extended in the German

102. Generally Schwampe TranspR 2006, 55.

103. E.g. Cl. 8 Institute Times Clauses - Hulls 1/10/83 (CL 289).

market to include liability for any property damage due to the movement or navigational measures of the vessel.¹⁰⁴ Here, marine insurance policies in the narrower sense are issued. Outside liability for property damage, the shipowner's liability is covered under P&I insurance¹⁰⁵, which is provided to a very large extent by P&I Clubs. Pollution damage is covered solely by P&I insurance. P&I Clubs do not issue marine insurance policies, but certificates of entry. If one were to regard these as not covered by section 1 (b) (ii), then the provision would have no meaning at all for Art. 5 CLC 1992, and only a very limited meaning for Art. 4 LLMC, which would of course not correspond to the purpose of the Unified Interpretations, which in section 1 (b) (ii) also addresses insurance policies. Therefore, The Unified Interpretations also apply to P&I certificates of entry.

b) Relevance of the insurer's exemption from performance

Section 1 (b) of the Unified Interpretations is about determining the level of culpability, i.e. the degree of fault that leads to unlimited liability. Insurance aspects, thus, have to be taken into account in the context of determining the level of culpability. At whose instigation this has to take place, is discussed under dd). An assumption of recklessness without examining these insurance aspects therefore will be generally impossible in the future. Thus, the Unified Interpretations now state in a binding manner what the CMI had already worked out in its preliminary work on the LLMC 1976.¹⁰⁶

However, the judge is not required to examine the existence or loss of insurance cover in the actual case in front of him. Section 1 (b) (ii) only calls for an examination of whether there is a degree of fault that *would* deprive, and not that *does* deprive. Similarly, section 1 (b) (iii) deals with when insurability ends, not that there is actually no insurance cover in the actual case.

c) Relevant standard of fault for the loss of insurance coverage

The Unified Interpretations do not comment on this themselves. However, they must be considered in the light of their origin, which primarily includes the Intersessional Work Report submitted by Greece, Italy, Canada, Malta, Poland, the International Chamber of Shipping (ICS) and the International

104. Clause 34 DTV Hull Clauses, Clause 65 DTV-ADS.

105. Detailed Schwampe in Thume/de la Motte/Ehlers, Transportversicherungsrecht [Transport Insurance Law], 2nd ed. 2011, ch. 7 marginal no. 443 ff.

106. See footnote 100.

Group of Protection and Indemnity Associations (IGP&I) to the IMO Legal Committee on 10.1.2020.¹⁰⁷ There, under point 7.5, reference is made to wilful misconduct under the Marine Insurance Act 1906. It must, therefore, be assumed that this is the relevant standard for the Unified Interpretations. At any rate, this applies to EU members in general and the Federal Republic of Germany in particular, because Directive 2009/20/EC, which deals with insurance of liability under the LLMC, defines insurance in Art. 3 lit. b as insurance, which includes, for example, indemnity insurance as currently offered by members of the International Group of P & I Clubs¹⁰⁸, to which § 2 para. 1 of the German Marine Insurance Verification Act¹⁰⁹ expressly refers. Many of the IG member clubs insure P&I risks on basis of English law, which justifies the reference to this law. Other standards of fault are not to be considered even if different subjective requirements exist in the actual case for the loss of insurance cover. This would be the case, for example, if liability is involved that is insured under ADS/DTV Hull Clauses or DTV-ADS. In these cases, under § 33 German Marine Insurance Conditions, insurance cover is already lost in the case of ordinary negligence, under cl. 33, 34 DTV-ADS in the case of gross negligence. However, this does not lead to the assumption of unlimited liability due to this loss of insurance cover under section 1 (b) (ii) and (iii).

d) Burden of proof and presentation

Art. 4 LLMC directly addresses the burden of proof in its text: A liable party *may not limit his liability if it is proved...* . It is, therefore, not surprising that in Germany it is undisputed that the burden of proof for all facts relevant for unlimited liability rests with the claimant. What is discussed, but in the end rejected, is at most whether the principles developed by the German Federal Court of Justice on § 435 Commercial Code on a procedural duty of disclosure, the so-called secondary burden of proof, are applicable.¹¹⁰ The Federal Court of Justice developed it for cases of loss, but for cases

107. Document LEG 107/9, available at <https://docs.imo.org/Category.aspx?cid=45&session=107>.

108. Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the insurance of shipowners for maritime claims, OJ L 131/128, 28.5.2009.

109. Seeversicherungsnachweisgesetz/SeeVersNachwG, German Federal Gazette BGBl. Part I p. 1926.

110. Rabe/Rittmeister in Rabe/Bahnsen, op. cit., Art. 4 HBÜ marginal no. 11.

of damage it only assumed a duty to investigate¹¹¹. Horbach¹¹² emphasizes correctly that the assumption of a secondary burden of proof in the case of loss, but only of a duty to investigate in the case of damage, leads to irresolvable conflicts. If loss and damage coincide in the context of Art. 4 LLMC, one must decide which of the two shall be decisive. In addition, as Horbach rightly emphasizes, Art. 4 LLMC does not only apply to damage to goods, but also covers personal injury and other damage to property arising from the use of the ship. Finally, Horbach can only be agreed with in his warning against limiting or even reversing in domestic rules a burden of proof regulation agreed in an international convention.

If the burden of proof remains with the claimant, the question arises as to what he has to show and, if necessary, prove with regard to the loss of insurance cover for a case of unlimited liability as required by section 1 (b) (ii) and (iii) of the Unified Interpretations. One will have to say that neither a special explanation nor an offer of proof is required. Under the Unified Interpretation, the loss of insurance cover is an aspect of examination of recklessness. It is, therefore, a question of law. Since the examination does not have to be carried out on the basis of the actual insurance contract existing in the case to be assessed, but rather in general on the basis of the question of whether a wilful misconduct exists, it is also not necessary to present specific facts. Rather, the judge assesses the question on the basis of the other facts that the claimant must present already due to the burden of proof for the recklessness.

However, an interesting side effect occurs. If, according to the Unified Interpretations, unlimited liability and loss of insurance cover go hand in hand, then the claimant's assertion that the shipowner has unlimited liability is at the same time a statement that he has no insurance cover. The significance of this circumstance should not be underestimated. Where there is a direct claim against the liability insurer, it should now no longer be possible to claim unlimited liability from the liability insurer - because this eliminates the insurance cover. But even where there are no direct claims in principle, but possibly in the case of insolvency of the policyholder¹¹³, the

111. BGH (Federal Court of Justice) TranspR 2006, 390.

112. Horbach in *Ramming* (ed.), *Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht* [Publications of the German Maritime Law Association] Vol. 105, p. 85 ff. (96).

113. On the analogous applicability of § 110 Insurance Contract Act in these cases when German law applies to the insurance contract see Schwampe in *Thume/de la Motte/Ehlers*, *Transportversicherungsrecht* [Transport Insurance Law], 2nd ed. 2011, Part 7, marginal no. 464.

assertion of unlimited liability and the claim against the insurer are mutually exclusive.

5. Joint consideration of recklessness and knowledge

In section 1 (c), the Unified Interpretations require a consideration of recklessness and awareness that such damage is likely to occur in their combined totality. The two aspects are not to be examined in isolation from each other. What is intended by this is not clear at first glance. Insofar as it is intended to prevent unlimited liability from being affirmed in the presence of either recklessness or awareness of the probability of damage, this is actually self-evident, since the provisions require the presence of both aspects for unlimited liability. The aim, however, could be the existence of deviating judgments or the avoidance of such future judgments. The Unified Interpretations do not require an application of the law that affirms interactions between the required recklessness and the awareness of the probability of damage, but neither do they exclude it. This means that the view taken in Germany remains possible. Although there are fundamental reservations, for the reasons mentioned above, about applying principles from § 507 Commercial Code, even less from § 435 Commercial Code, to be incorporated into Art. 4 LLMC, 5 CLC, this is irrelevant for the question discussed here. Even in the context of § 435 Commercial Code, the general opinion follows the Federal Court of Justice, according to which the knowledge of the probability of the occurrence of damage is regarded as an awareness imposing itself on the acting person from its reckless conduct.¹¹⁴ By thus establishing a relationship between the two aspects, the Federal Supreme Court fulfils what the Unified Interpretations demand. Critical voices only take a different approach to the interaction and demarcation between

114. BGH (Federal Court of Justice) TranspR 2007, 36 (with further references to established case law); *MüKoHGB/Thume*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 4th ed. 2020, HGB § 435 marginal no. 14; *Baumbach/Hopt/Merkt*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 40th ed. 2021, HGB § 435 marginal no. 2; *BeckOK HGB/G. Kirchhof*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 34th ed. 15.10.2021, HGB § 435 marginal no. 7; for § 507 HGB likewise *Bahnsen in Rabe/Bahnsen*, Seehandelsrecht [Maritime Law], 5th ed. 2018, § 507 marginal no. 15 ff; *BeckOGK/Paschke*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 1.7.2021, HGB § 507 marginal no. 14; on Art. 4 LLMC; *Horbach in Ramming* (ed.), Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht [Publications of the German Maritime Law Association], Vol. 105, pp. 85 ff. (95).

recklessness and awareness,¹¹⁵ without abandoning the “combined totality” required by the Unified Interpretation.

6. Disregarding the conduct of persons other than the shipowner

Specifically, the Unified Interpretations refer to the conduct of the master, the crew or servants of the shipowner as examples of non-relevant conduct. This corresponds to the German view on Art. 4 LLMC and § 507 HGB¹¹⁶.

VII. Application to other International Conventions?

The first question is whether the Unified Interpretations can also be relevant for other international conventions that contain comparable or even identical rules. A direct binding of the courts with regard to other conventions is out of the question because, according to the jurisprudence of the International Court of Justice, a binding effect only occurs within a convention, and even then only for member states agreeing to it.¹¹⁷ This does not mean, however, that the Unified Interpretations are completely insignificant.

1. HNS Convention

It is particularly obvious to consider the HNS Convention¹¹⁸, the initial 1996 version and 2010 Protocol of which are considered a single treaty instrument under Art. 18 of the 2010 Protocol and are referred to as the 2010 HNS

115. For example *Koller*, Transportrecht [Transport Law], 10th ed. 2020, HGB § 435 marginal no. 12.

116. On Art. 4 LLMC Rabe/Rittmeister in *Rabe/Bahnsen*, Seehandelsrecht [Maritime Trade Law], 5th ed. 2018, London HBÜ Art. 4 marginal no. 6; *BeckOGK/Münchau*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 1.8.2021, HBÜ Art. 4 marginal no. 4; *Horbach* in *Ramming* (ed.), Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht [Publications of the German Maritime Law Association], Vol. 105, pp. 85 ff. (90 ff.); on section 507 HGB *Bahnsen* in *Rabe/Bahnsen*, Seehandelsrecht [Maritime Trade Law], 5th ed. 2018, section 507 marginal no. 19; *MüKo/Herber*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 4th ed. 2020, § 507 marginal no. 10; *BeckOGK/Paschke*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 1.7.2021, HGB § 507 marginal no. 1; *Oetker/Paschke*, Handelsgesetzbuch [Commercial Code], 7th ed. 2021, HGB. § 507 marginal no. 1-3.

117. “Whaling in the Antarctic”, *Australia v. Japan*, New Zealand Intervening, ICJ Judgment of 31 March 2014, I. C. J. Reports 2014, p. 226 (para. 83 at p. 257).

118. International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea; *Ramming RdTW* 2020, 322.

Convention¹¹⁹. Art. 9(2) contains a provision corresponding to Art. 4 LLMC, 5(2) CLC. The Unified Interpretations address the HNS Convention in four places, although it has not yet entered into force. Courts will take this into account when interpreting the HNS Convention after it has entered into force. This is particularly true for the German courts, Germany has already ratified the HNS Convention¹²⁰, the consent law required under Article 59 (2) GG has been enacted¹²¹. The participation of the Federal Republic of Germany in the adoption of the Unified Interpretations at the 32nd Session of the IMO Assembly in December 2022¹²² at least proves the will of the legislator that the Unified Interpretations are also to be observed for the interpretation of Art. 9 HNS Convention 2010.

2. CLNI

The so-called global limitation of liability for inland navigation was first regulated internationally by the CLNI 1988¹²³. In Germany, the CLNI 2012 is in force¹²⁴. Already for the CLNI 1988, the general view was that it was closely based on the LLMC 1976¹²⁵. The German Government's Explanatory Memorandum to the Contract Act expressly emphasizes that the CLNI provision

119. Ehlers RdTW 2021, 390 at fn. 12.

120. Law on the Protocol of 30 April 2010 to the International Convention of 3 May 1996 on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (HNS Convention 2010) German Federal Gazette (BGBl.) 2021 Part II p. 670.

121. Act on the Implementation of the HNS Convention 2010 and on the Amendment of the Oil Pollution Damage Act, the Shipping Law Distribution Regulations and the Commercial Code, German Federal Gazette (BGBl.) 2021 Part I p. 3079; on this Ehlers RdTW 2021, 390.

122. See above under II.

123. Strasbourg Convention of 4 November 1988 on Limitation of Liability in Inland Navigation (CLNI), German Federal Gazette (BGBl.) 1998 Part II p. 1643.

124. Strasbourg Convention of 27 September 2012 on Limitation of Liability in Inland Navigation (CLNI 2012), German Federal Gazette (BGBl.) 2016 Part II p. 738.

125. Central Commission for Navigation on the Rhine, Note by the Secretariat on the content of the draft Strasbourg Convention on Limitation of Liability in Inland Navigation (document CC/CG (88) 3), available on the Internet at https://www.ccr-zkr.org/files/clni/TravauxPreparatoires/clni_conf88_06_ExposeSecretariat_en.pdf; Government Explanatory Memorandum to the draft CLNI 1988 Treaty Act BT-Ds. 13/8220, 22; Memorandum of 19.8.2015 on the CLNI 2012, available on the internet at https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Denkschrift_Haftungsbeschraenkung_Binnenschifffahrt.pdf?blob=publicationFile&v=2; Jaegers in Ramming (ed.), *Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht*, Heft 105, p. 39 ff.

on unlimited liability was taken verbatim from Art. 4 LLMC 1976¹²⁶. In view of this legislative history, German courts should take the Unified Interpretations into account when interpreting Art. 4 CLNI 2012. This applies in particular to the principle that the limitation of liability is virtually unbreakable and that recklessness in the knowledge that damage is likely to occur means more than gross negligence. Concerns could arise in respect of the insurance aspects, as the Unified Interpretations link here to wilful misconduct. In German inland navigation, however, there are also coverage concepts based on the Insurance Contract Act (VVG). For liability cover under § 103 VVG, this provides for loss of insurance cover only in the case of intent, but for coverage of collision liability under § 130 VVG already in the case of gross negligence (§ 137 VVG)¹²⁷. However, this is not the point. As stated above, the liability insurance actually taken out for the ship is not decisive. Moreover, to the author's knowledge, numerous inland vessels in Germany are also insured with the IG P&I Clubs on the basis of the Club Rules there. It therefore remains the case that the loss of insurance cover must be based on wilful misconduct.

3. Hague-Visby Rules

The Hague-Visby Rules provide in Art. 4 (5) (e) that neither the carrier nor the ship shall be entitled to the benefit of the limitation of liability provided for in paragraph (5) if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result. Thus, the Hague-Visby Rules use the same language as used in Art. 4 LLMC, Art. 5 CLC. The "Travaux Préparatoire" to the Hague-Visby Rules show that virtual unbreakability of the limitation of liability was not even discussed.

As far as insurance is concerned, this was addressed to a limited extent in the drafting of the Visby Protocol, but not in relation to insurability as such, but in relation to facilitate insurance. ("*... to facilitate insurance calculation*" or "*... to facilitate insurance*"). This has nothing to do with exceeding the limits of insurability that are threatened if the global limitation of liability under LLMC and CLC ceases to apply. An adoption of the statements of the Unified Interpretations on insurance aspects is therefore not possible.

126. Government Explanatory Memorandum to the Draft CLNI 1988 Treaty Act BT-Ds. (Bundestags-Drucksache/Parliament Publication) 13/8220, 27.

127. Combinations of coverage of collision liability and other liability lead to the applicability of §§ 100 ff. VVG, see Schwampe in Bruck/Moller, Versicherungsvertragsgesetz, 9th ed. 2016, § 130 marginal no. 76 f.; Koller in Prolss/Martin Versicherungsvertragsgesetz, 31st ed. 2021, § 130 marginal no. 6 b.

The same restraint applies to the demarcation from gross negligence. According to the Travaux Préparatoire, this too played no role whatsoever in the incorporation of recklessness into the Hague-Visby Rules. There are a few remarks on gross negligence, but they relate more to the unclear shape of gross negligence.¹²⁸

In conclusion, nothing justifies that the Uniform Interpretations are referred for interpreting the Hague-Visby Rules.

VIII. Results

The Unified Interpretations bind the courts when they interpret Art. 4 LLMC or Art. 5 CLC. Any examination of an alleged unlimited liability must start from the principle that the limitation of liability shall be virtually unbreakable. Objectively grossly negligent conduct is no longer sufficient for unlimited liability, even if there is knowledge of damage that is likely to occur. The reference to the loss of insurance cover directs the judge's attention in liability cases to an insurance aspect. The assertion of unlimited liability and later or parallel recourse to a liability insurer is generally likely to be contradictory. Binding effect only exists for LLMC 1976 and 1996 and CLC 1992, but for HNS 2010, which is not yet in force, the intention of the legislator to consider the Unified Interpretations applicable there as well is discernible. Otherwise, good arguments speak for the relevance of the Unified Interpretations for CLNI 2012, but against relevance for the Hague-Visby Rules.

128. Cf. Per Gram: "... and as to the second part of the rule the gross negligence rule, it is exactly the same problem. This is just a source for unnecessarily making quibbles over the degree of fault", Comité Maritime International, The Travaux Préparatoire of the Hague Rules and of the Hague-Visby Rules, p. 518; the same: "... any particular difficulty we feel is on the question of the gross negligence", *ibidem* at p. 619.

Δικονομικά ζητήματα που ανακύπτουν κατά την διαδικασία του περιορισμού κεφαλαίου αποζημίωσης για ζημίες από θαλάσσια ρύπανση - η εμπειρία του ΑΓΙΑ ΖΩΝΗ II.

Βασίλης Βερνίκος

Δικηγόρος, LL.M

Το νομοθετικό πλαίσιο ευθύνης του πλοιοκτήτη και εκκαθάρισης του κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης του από απώλεια ή ζημία που προκλήθηκε από ρύπανση προερχόμενη από την διαφυγή ή εκροή από δεξαμενόπλοιο φορτίου πετρελαιοειδών ή των καυσίμων του είναι προϊόν δύο συστημάτων αποζημίωσης που προβλέπονται σε δύο διαφορετικά νομοθετικά κείμενα Διεθνών Συμβάσεων, όπως αυτά έχουν κατά καιρούς τροποποιηθεί, και έχουν κυρωθεί από την χώρα μας. Το πρώτο αποζημιωτικό σύστημα είναι εκείνο που θεσπίσθηκε με την Δ.Σ. των Βρυξελλών 1969 «περί αστικής ευθύνης συνεπεία ζημιών εκ ρυπάνσεως υπό πετρελαίου» γνωστής και ως CLC Convention 1969, που κυρώθηκε από την Ελλάδα με τον Νόμο 314/1976. Η εν λόγω Δ.Σ. τροποποιήθηκε δύο φορές έκτοτε, αφ' ενός μεν το 1976 με το Πρωτόκολλο του Λονδίνου, αφ' ετέρου δε το 1992 με το Πρωτόκολλο, επίσης, του Λονδίνου. Αμφότερα κυρώθηκαν από την Ελλάδα με τα ΠΔ 81/1989 και 197/1995, και συνολικά αυτό το τρίπτυχο είναι γνωστό στο νομικό κόσμο με τον όρο Σύμβαση Αστικής Ευθύνης 1992 ή CLC 1992. Το δεύτερο σύστημα αποζημίωσης, που λειτουργεί συμπληρωματικά, και κατ' αρχήν, επικουρικά, του πρώτου, είναι το σύστημα που ρυθμίσθηκε από την Δ.Σ. των Βρυξελλών 1971 «περί ίδρυσης διεθνούς κεφαλαίου για την αποζημίωση ζημιών ρύπανσης από πετρελαιοειδή», γνωστής και ως Fund Convention 1971, που κυρώθηκε με τον Νόμο 1638/1986, και τροποποιήθηκε αργότερα με τα Πρωτόκολλα των ετών 1976 και 1992 που κυρώθηκαν από την Ελλάδα με το ΠΔ 270/1995. Το σύστημα αυτό είναι γνωστό με τον όρο Σύμβαση Κεφαλαίου 1992 ή Fund 1992. Πέραν αυτών, υπάρχει, ως συμπληρωματικό του συστήματος της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992, το Πρωτόκολλο του 2003 που κυρώθηκε με τον Νόμο 3482/2006, και με το οποίο ιδρύεται το Διεθνές Συμπληρωματικό Κεφάλαιο για την αποζημίωση ζημιών ρύπανσης από πετρέλαιο που κατ' ουσίαν έρχεται να συνδράμει το Διεθνές Κεφάλαιο (IOPC Fund) όταν ο ζημιωθείς δεν έχει αποζημιωθεί πλήρως και επαρκώς ούτε από εκείνο, αυξάνοντας ακόμη περισσότερα

τα απώτατα όρια αποζημίωσης. Θα πρέπει να τονισθεί ότι το προηγούμενο νομοθετικό οπλοστάσιο δεν έχει σχέση με την ζημία που προκαλείται από πετρέλαιο κίνησης, δηλαδή από καύσιμο πετρέλαιο, καθώς η ρύπανση που προέρχεται από μία τέτοια αιτία διέπεται από την Δ.Σ. του 2001 «για την αστική ευθύνη για ζημία ρύπανσης από πετρέλαιο κίνησης», που είναι γνωστή ως Bunker Convention, και έχει επίσης κυρωθεί από την Ελλάδα με τον Νόμο 3393/2005.

Ενώ με την Δ.Σ. Αστικής Ευθύνης 1992 (άρθρο 5 παρ. 4) προβλέπεται ότι το κεφάλαιο που συστήνεται από τον δικαιούμενο να περιορίσει την ευθύνη του πλοιοκτήτη ή τον ασφαλιστή του ή οποιοδήποτε άλλο πρόσωπο παρέχει χρηματική εξασφάλιση διανέμεται μεταξύ εκείνων που έχουν αξιώσεις κατ' αναλογία των ποσών των εκκαθαρισθεισών απαιτήσεων τους, τα της διαδικασίας της εκκαθάρισης καταλείπονται από την Δ.Σ. στις εγχώριες νομοθεσίες εκάστου κράτους. Στη χώρα μας, με το άρθρο 8 του κυρωτικού νόμου 314/1976 προβλέφθηκε η έκδοση Προεδρικών διαταγμάτων με τα οποία θα προσδιορίζονταν τα όργανα και γενικότερα η διοικητική και δικαστική διαδικασία ίδρυσης, διαχείρισης, κατανομής και διανομής του κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης. Κατ' εφαρμογή αυτής της νομοθετικής εξουσιοδότησης εκδόθηκε το ΠΔ 666/1982, για την διοικητική και δικαστική διαδικασία ίδρυσης, διαχείρισης, κατανομής και διανομής του κεφαλαίου περιορισμού.

Τα ζητήματα που καλείται να αντιμετωπίσει ο εκκαθαριστής του κεφαλαίου περιορισμού, και συνακολούθως ο αυθεντικός εφαρμοστής του δικαίου, δηλαδή ο Έλληνας δικαστής, θα μπορούσαν να διαχωρισθούν σε δύο κατηγορίες. Πρόκειται για τα θέματα δικονομικού χαρακτήρα και για εκείνα του ουσιαστικού δικαίου της θαλάσσιας ρύπανσης. Όπως είναι προφανές, τα πρώτα, αναφέρονται στο εσωτερικό δίκαιο κάθε κράτους, παρά το ότι διατάξεις διεθνούς δικονομικού δικαίου ανευρίσκονται και στα κείμενα των Δ.Σ. (μεταξύ άλλων, άρθρο 9 της ΔΣ Αστικής Ευθύνης 1992 περί αποκλειστικής διεθνούς δικαιοδοσίας των δικαστηρίων του συμβαλλόμενου κράτους ή κρατών στο έδαφος ή εντός των χωρικών υδάτων ή της αποκλειστικής οικονομικής ζώνης του οποίου προκλήθηκε η ρύπανση ή ελήφθησαν προληπτικά μέτρα για την πρόληψη ή μείωση της ζημίας, σχετικά με τις αξιώσεις των ζημιωθέντων κατά του δικαιουμένου σε σύσταση κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης προσώπου, άρθρο 7 παρ. 1 της ΔΣ Κεφαλαίου 1992 που παραπέμπει στην αμέσως προηγούμενη διάταξη για τις απαιτήσεις κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου, άρθρο 7 παρ. 4 που θεσπίζει το δικαίωμα παρέμβασης του Διεθνούς Κεφαλαίου επί διαδικασιών που έχουν εκκινήσει κατά του πλοιοκτήτη ή του ασφαλιστή του υπό την ΔΣ Αστικής Ευθύνης 1992, άρθρο 7 παρ. 5 και 6 περί του δικαιώματος ανακοίνωσης της δίκης και των συνεπειών αυτής στο πρόσωπο του Δι-

εθνούς Κεφαλαίου στα πλαίσια δικαστικών διαδικασιών υπό το καθεστώς της ΔΣ Αστικής Ευθύνης 1992).

Α. Το πρώτο από τα εριζόμενα ζητήματα δικονομικής φύσης είναι εκείνο της υλικής αρμοδιότητας του δικαστηρίου που επιλαμβάνεται των ανακοπών κατά του προσωρινού πίνακα που συντάσσει ο εκκαθαριστής μετά την ολοκλήρωση της επαλήθευσης εκ μέρους του των αναγγελθεισών απαιτήσεων. Κατ' αρχήν να τονισθεί ότι οι ανακοπές αυτές εισάγονται προς συζήτηση κατά την διαδικασία της εκουσίας δικαιοδοσίας σύμφωνα με το άρθρο 21 παρ. 1 του ΠΔ 666/1982. Έχει υποστηριχθεί η άποψη ότι, λόγω της παράλειψης του νομοθέτη να προσδιορίσει ρητώς στην εν λόγω διάταξη κατά πόσο αρμόδιο είναι το μονομελές ή το πολυμελές πρωτοδικείο, η υλική αρμοδιότητα θα προσδιορισθεί δυνάμει της γενικής εφαρμογής διάταξης του άρθρου 740 ΚΠολΔ. που ορίζει, ως κατ' αρχήν αρμόδιο, για την εκδίκαση των υποθέσεων εκουσίας δικαιοδοσίας το μονομελές πρωτοδικείο. Υποστηρίζεται επίσης ότι η ερμηνεία αυτή είναι συμβατή και με την εξ αντιδιαστολής ρητή αναφορά του νομοθέτη, σε άλλες διατάξεις του ΠΔ 666/1982, στην αρμοδιότητα του πολυμελούς πρωτοδικείου, με το επιχείρημα δηλαδή ότι, όπου ο νομοθέτης ήθελε να προβλέψει ρητώς την εξαιρετική αρμοδιότητα του πολυμελούς πρωτοδικείου το έπραξε, όπως δηλαδή στο άρθρο 8 παρ. 3 σχετικά με την ανακοπή κατά της απόφασης του Εισηγητή Δικαστή που βεβαιώνει αν το συσταθέν κεφάλαιο ανταποκρίνεται στις διατάξεις της ΔΣ, ή, στο άρθρο 7 παρ. 3 σχετικά με την προβλεπόμενη ανακοπή κατά απόφασης του Εισηγητή Δικαστή για αντικατάσταση του Εκκαθαριστή, οι οποίες εισάγονται σε πρωτοβάθμιο δικαστήριο πολυμελούς σύνθεσης. Από την άλλη πλευρά υποστηρίχθηκε η αντίθετη θέση ότι η μη ρητή αναφορά στο άρθρο 21 παρ. 1 του ΠΔ 666/1982 στο πολυμελές πρωτοδικείο οφείλεται σε προφανή παράλειψη του ΠΔ, με το επιχείρημα ότι δεν είναι δυνατό ο ιστορικός νομοθέτης να ήθελε την εκδίκαση ανακοπών στο πολυμελές πρωτοδικείο για ήσσονος σημασίας θέματα, όπως αυτά που μόλις προαναφέρθηκαν, και να προκρίνει την αρμοδιότητα του μονομελούς πρωτοδικείου για το κύριο ζήτημα της διαδικασίας της εκκαθάρισης, δηλαδή την δικαστική διάγνωση επί της ορθότητας ή μη της κρίσης του εκκαθαριστή. Υποστηρίχθηκε ακόμη ότι η διαδικασία της εκκαθάρισης προσομοιάζει περισσότερο με εκείνη της πτώχευσης, κατά την οποία οι πτωχευτικές ανακοπές, δηλαδή οι αντιρρήσεις κατά την διαδικασία της επαλήθευσης των απαιτήσεων του άρθρου 95 του Πτωχευτικού Κώδικα εισάγονται στο πτωχευτικό δικαστήριο, δηλαδή το Πολυμελές Πρωτοδικείο. Το Πρωτοδικείο Πειραιά, με τις υπ' αριθ. 267/2020 και 268/2020 αδημοσίευτες στο νομικό τύπο αποφάσεις του, στις οποίες γίνεται παραπομπή και σε προηγούμενες δικαστικές κρίσεις του Εφετείου Ναυπλίου (160/2010 και 161/2010), που είχε αποφανθεί *ad hoc* υπέρ της υλικής αρμοδιότητας του πολυμελούς σύνθεσης πρωτοδικείου,

αλλά και σε μία παρεμπίπτουσα κρίση (*obiter dictum*) στην ίδια κατεύθυνση του ανωτάτου δικαστηρίου μας (1858/2005), έκρινε ότι αρμόδιο είναι το Πολυμελές Πρωτοδικείο με τις ακόλουθες αιτιολογίες : (i) η ύπαρξη και λειτουργία Εισηγητή Δικαστή στο ΠΔ 666/1982 υποδηλώνει ευθέως την καθ' ύλη αρμοδιότητα του Πολυμελούς Πρωτοδικείου (ii) σε κανένα σημείο του ΠΔ δεν γίνεται αναφορά σε δικαστήριο μονομελούς σύνθεσης και (iii) εφόσον ήσσονος σημασίας ζητήματα παραπέμπονται κατά το ΠΔ στο Πολυμελές Πρωτοδικείο, τούτο θα πρέπει να συμβαίνει κατά μείζονα λόγο για την ανακοπή κατά του προσωρινού πίνακα. Ας σημειωθεί ότι κατά των εν λόγω αποφάσεων του Πρωτοδικείου Πειραιά δεν ασκήθηκε έφεση.

Β. Ένα δεύτερο δικονομικό ζήτημα, που έχει συγχρόνως διεθνείς προεκτάσεις ως προς την εφαρμογή των δύο Διεθνών Συμβάσεων Ευθύνης και Κεφαλαίου και την μεταξύ τους σχέση, είναι αυτό που αφορά την αλληλεπίδραση μεταξύ της δικαστικής απόφασης επί της ανακοπής κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή και της διάγνωσης της ένδικης αξίωσης των αναγγεληθέντων κατά του IOPC Fund και αντιστρόφως, στην περίπτωση της παράλληλης άσκησης των αντίστοιχων αξιώσεων. Το συνακόλουθο, και συνεχόμενο με αυτή τη σχέση ερώτημα είναι, ποιο είναι το αρμόδιο δικαιοδοτικό όργανο να αποφανθεί επί των αναγγελθεισών απαιτήσεων. Με άλλα λόγια η βασιμότητα και το ύψος της απαίτησης είτε θα κριθούν σε πρώτο επίπεδο, από τον εκκαθαριστή του συσταθέντος κεφαλαίου περιορισμού ευθύνης του πλοιοκτήτη στα πλαίσια της «περιορισμένης» (ή οιονεί) δικαιοδοτικής λειτουργίας του, και σε δεύτερο επίπεδο από το δικαστήριο που θα επιληφθεί της εκδίκασης των ανακοπών κατά του προσωρινού πίνακα που θα συντάξει ο εκκαθαριστής για τις αναγγελθείσες απαιτήσεις ή θα διαγνωσθούν από το δικαστήριο που είναι αρμόδιο για την εκδίκαση των αγωγών κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Το ζήτημα τίθεται όταν κάποιοι εκ των ζημιωθέντων επιλέξουν την οδό της παράλληλης άσκησης των αξιώσεων τους, τόσο δηλαδή στα πλαίσια της διαδικασίας της εκκαθάρισης του συσταθέντος κεφαλαίου περιορισμού κατά την Σύμβαση Ευθύνης 1992, όσο και δια της άσκησης αγωγής κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου υπό το καθεστώς της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992. Η διάρθρωση του συστήματος ευθύνης και του συστήματος αποζημίωσης που θεσπίζεται από τις δύο αυτές Διεθνείς Συμβάσεις είναι καθοριστική για την απάντηση που θα δοθεί στα σχετικά ερωτήματα που τίθενται. Αφετηρία αποτελεί η διαπίστωση στο προοίμιο της αρχικής Σύμβασης Ευθύνης 1971 ότι ο τρόπος αποζημίωσης που προβλεπόταν εκεί δεν παρείχε πλήρη προστασία στα θύματα της ρύπανσης από πετρελαιοειδή σε όλες τις περιπτώσεις και ακόμη ότι επέβαλε ένα πρόσθετο οικονομικό βάρος στους πλοιοκτήτες (δηλαδή το βάρος της υποχρεωτικής ασφάλισης ευθύνης από ρύπανση). Αυτή η διαπίστωση, σε συνδυασμό με την ιδέα να αναληφθεί μέρος του οικονομικού βάρους από αυτούς που έχουν οι-

κονομικά συμφέροντα από την μεταφορά πετρελαιοειδών, δηλαδή με συνεισφορές από την πετρελαϊκή βιομηχανία, οδήγησε το 1971 στην ίδρυση του διεθνούς οργανισμού που ονομάζεται «Διεθνές Κεφάλαιο αποζημίωσης ζημιών ρύπανσης από πετρέλαιο» (πλέον γνωστού ως Διεθνές Κεφάλαιο ή IOPC Fund) και στη ταυτόχρονη δημιουργία ενός «συμπληρωματικού» συστήματος αποζημίωσης στην Σύμβασης Ευθύνης 1969, όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στο ίδιο προοίμιο της Σύμβασης Κεφαλαίου 1971. Ο συμπληρωματικός χαρακτήρας του συστήματος αποζημίωσης που αποτελεί περιεχόμενο της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992, σύμφωνα με την οποία η υποχρέωση αποζημίωσης του Διεθνούς Κεφαλαίου γεννάται στο σημείο που εξαντλείται το κεφάλαιο περιορισμού υπό την Σύμβαση Ευθύνης 1992, δηλαδή, κυρίως, και συνήθως, στις περιπτώσεις που ο ζημιωθείς δεν ικανοποιήθηκε πλήρως με το ποσό αποζημίωσης που προβλέπεται από την Σύμβαση Ευθύνης 1992, αποτελεί την αφετηρία για την κατανόηση και την απάντηση που θα δοθεί στο εριζόμενο δικονομικό ζήτημα. Όπως χαρακτηριστικά λέγεται, η συμπληρωματικότητα της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992 προς την Σύμβαση Ευθύνης 1992 (και αντιστοίχως μεταξύ των προγενεστέρων αντίστοιχων Δ.Σ. των ετών 1971 και 1969) εκδηλώνεται ήδη από το πρώιμο στάδιο της προσχώρησης ενός κράτους στην Σύμβαση Κεφαλαίου 1992, που απαιτεί στο Προοίμιο αυτής, ως αναγκαία προϋπόθεση, την προηγούμενη κύρωση της Σύμβασης Ευθύνης 1992¹. Κατά το άρθρο 4 παρ. 1 της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992, που είναι πανομοιότυπο με εκείνο της Σύμβασης Κεφαλαίου 1971, η άσκηση αξιώσεων αποζημίωσης κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου είναι δυνατή σε 3 περιπτώσεις: 1) στην περίπτωση που ο πλοιοκτήτης απαλλάσσεται της ευθύνης του κατά τους όρους της Σύμβασης Ευθύνης 1992 (π.χ. εάν η ζημία εκ της ρύπανσης προήλθε από πολεμικές ενέργειες και άλλα παρόμοια γεγονότα που συνήθως καλύπτονται ασφαλιστικώς από την ασφάλιση κατά πολεμικών κινδύνων, από ανωτέρα βία, αποκλειστικώς από πράξη ή παράλειψη τρίτου που είχε πρόθεση να προξενηθεί η ζημία, από αμελείς ή εν γένει παράνομες συμπεριφορές των Αρχών που είναι επιφορτισμένες με την συντήρηση φάρων και άλλων βοηθημάτων της ναυσιπλοΐας, και από πράξη ή παράλειψη ζημιωθέντος προσώπου που είχε πρόθεση να προξενηθεί η ζημία, αλλά μόνον έναντι του προσώπου αυτού στην τελευταία αυτή περίπτωση). Εδώ δηλαδή, η Σύμβαση Κεφαλαίου 1992, δεν έχει κυριολεκτικώς «συμπληρωματικό» χαρακτήρα, ως προς την Σύμβαση Ευθύνης 1992, αλλά μάλλον λειτουργεί επικουρικά εκείνης και το Διεθνές Κεφάλαιο καθ' υποκατάσταση του μη ευθυνομένου πλοιοκτήτη. 2) Στην περίπτωση που ο πλοιοκτήτης δεν είναι οικονομικά σε θέση να εκπληρώσει πλήρως τις

1. Α. Αθανασίου, Η προβληματική του συνολικού περιορισμού της ευθύνης για ναυτικές απαιτήσεις, σελ. 60

υποχρεώσεις του ή η ασφαλιστική του κάλυψη, για τα πλοία που είναι υποχρεωτική, δηλαδή για τα δεξαμενόπλοια που μεταφέρουν άνω των 2.000 τόνων, δεν καλύπτει ολικώς ή μερικώς τις απαιτήσεις. Πρόκειται για την περίπτωση εκείνη όπου είτε το πλοίο μεταφέρει ποσότητα μικρότερη των 2.000 τόνων και συνεπώς ο αφερέγγυος πλοιοκτήτης δεν έχει υποχρέωση λήψης ασφαλιστικής κάλυψης, και δεν έχει πράγματι τέτοια ασφαλιστική κάλυψη, είτε η οικονομική ασφάλεια στην περίπτωση που το πλοίο μεταφέρει ποσότητα μεγαλύτερη των 2.000 τόνων, δεν είναι ολικώς ή μερικώς επαρκής για να καλύψει τις απαιτήσεις αποζημίωσης. Πρόκειται για «εγγυητική» ευθύνη του Διεθνούς Κεφαλαίου που περιγράφει πλέον εύστοχα τον χαρακτήρα της αποζημιωτικής παρέμβασης του². 3) Τέλος, η συντριπτικά συνθηθέστερη περίπτωση, με τον αμιγώς «συμπληρωματικό» χαρακτήρα, είναι εκείνη κατά την οποία το κεφάλαιο περιορισμού της ευθύνης της Σύμβασης Ευθύνης 1992 δεν επαρκεί για να αποκατασταθούν πλήρως όλες οι αξιούμενες ζημιές. Το ζήτημα του αρμόδιου forum για την δικαστική διάγνωση της αξίωσης του ζημιωθέντος, εντάσσεται προεχόντως στα πλαίσια αυτής της τρίτης περίπτωσης αποκατάστασης της ζημίας από το Διεθνές Κεφάλαιο. Αυτό θα είναι είτε το δικαστήριο που θα επιληφθεί της ανακοπής κατά του προσωρινού πίνακα του Εκκαθαριστή ή το δικαστήριο που θα εκδικάσει την αγωγή του ζημιωθέντος κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Το συνεχόμενο με την απάντηση σε αυτό είναι κατά πόσο παράγει δεδουλευμένο, ή έστω κάποιας μορφής δεσμευτικότητα, ως προς το ύψος της ζημίας που πρέπει να τύχει αποκατάστασης, η απόφαση του ενός δικαστηρίου επί του άλλου ή όχι. Κατά την συνήθη πορεία των πραγμάτων, μετά την σύσταση του κεφαλαίου περιορισμού ευθύνης κατά την Σύμβαση Ευθύνης 1992, οι ζημιωθέντες θα υποβάλουν τις αναγγελίες των αξιώσεων τους στον Εκκαθαριστή, και θα αναμένουν την έκδοση του προσωρινού πίνακα αυτού, και την τελεσίδικη δικαστική και αυθεντική κρίση των δικαστηρίων επί των εν λόγω ανακοπών. Εάν διαπιστωθεί ότι η κατ' αναλογία των απαιτήσεων κατανομή του κεφαλαίου από τον εκκαθαριστή, όπως αυτή ορίζεται στην Σύμβαση Ευθύνης 1992 ως τρόπος υπολογισμού, δεν επαρκεί για την αποκατάσταση της ζημίας του εκάστοτε αναγγελλθέντος, τότε ο τελευταίος θα προχωρήσει στην άσκηση αγωγής κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου αξιώνοντας το ποσό της ζημίας που δεν έτυχε αποκατάστασης από το κεφάλαιο περιορισμού της CLC 1992. Αυτή η υποτιθέμενη «κανονική» πορεία των πραγμάτων, δεν είναι εύκολο να λειτουργήσει στην ελληνική πραγματικότητα, αλλά και σε άλλες έννομες τάξεις, και τούτο γιατί, ο χρόνος παραγραφής της αξίωσης κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου, κατ' άρθρο 6 της Fund 1992, είναι, κατ' αρχήν, 3ετής από την ημερομηνία που έγινε η ζημία. Αυτό έχει ως επακόλουθο ότι

2. Α. Αθανασίου, ό.π., σελ. 63.

είναι λίαν αμφίβολο να περατωθεί η διαδικασία της εκκαθάρισης και να τελεσιδικήσουν οι επί των ανακοπών κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή δικαστικές αποφάσεις εντός της 3ετίας, αφού η διαδικασία της υποβολής των αναγγελιών και της επαλήθευσης των απαιτήσεων από τον εκκαθαριστή θα απαιτήσει πιθανότατα μακρύ χρονικό διάστημα που θα υπερβαίνει τον χρόνο της παραγραφής της αξίωσης κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Σε άλλες έννομες τάξεις μάλιστα ο χρόνος διάρκειας της εκκαθάρισης είναι ενδεχομένως μεγαλύτερος. Αυτή η σαφής διαφορά συγχρονισμού μεταξύ της διαδικασίας της εκκαθάρισης και του χρόνου παραγραφής της αξίωσης κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου, έχει ως αποτέλεσμα, 1) την επιλογή ορισμένων εκ των ζημιωθέντων να μην υποβάλουν δόλου αξιώσεις στον εκκαθαριστή υπό την Σύμβαση Ευθύνης 1992 και να απευθύνονται αμέσως στο Διεθνές Κεφάλαιο, γνωρίζοντας ότι η ζημία τους θα αποκατασταθεί μερικώς μόνο από το συσταθέν κεφάλαιο περιορισμού της ευθύνης, και ακολούθως το Διεθνές Κεφάλαιο, αφού τυχόν τους αποζημιώσει, θα αναγγείλει την αξίωσή του, καθ' υποκατάσταση της αξίωσης του πλέον αποζημιωθέντος και μη αναγγελέντος δανειστή στον εκκαθαριστή, όπως τούτο προβλέπεται από το άρθρο V παρ. (6) της Σύμβασης Ευθύνης 1992 και το άρθρο 9 παρ. (1) της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992. 2) Η διαφορά συγχρονισμού έχει επίσης ως αποτέλεσμα, κάποιοι εκ των αναγγελέντων στο κεφάλαιο περιορισμού ευθύνης ζημιωθέντες, παραλλήλως με την άσκηση των ανακοπών τους κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή, ή ακόμη και κατά την διάρκεια της διαδικασίας της εκκαθάρισης να ασκήσουν αγωγές κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Και εάν μεν το πρώτο έχει λειτουργήσει εν μέρει αποτελεσματικά, όπως θα αναφερθεί αναλυτικά κατωτέρω, το δεύτερο έχει προκαλέσει διχογνωμίες, ως προς α) το αντικείμενο της οιονεί δικαιοδοτικής κρίσης του εκκαθαριστή και, συνακολούθως, της δικαστικής διάγνωσης επί των ανακοπών κατά του προσωρινού πίνακά του, και β) ως προς το δεδicasμένο ή την όποια δεσμευτικότητα παράγει η απόφαση επί των ανακοπών ή η απόφαση επί των αγωγών κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Για να δοθεί απάντηση στα ερωτήματα αυτά, δεν πρέπει να διαφεύγει της προσοχής ότι η Διεθνής Σύμβαση Ευθύνης 1992 δεν εντάσσεται συστηματικά μόνο στο δίκαιο του περιορισμού της ευθύνης, αλλά είναι συγχρόνως, και προεχόντως, Διεθνής Σύμβαση «ευθύνης», που αφορά το δίκαιο της θαλάσσιας ρύπανσης καθώς με αυτήν, για πρώτη φορά, θεσμοθετήθηκε αντικειμενική ευθύνη του πλοιοκτήτη για ζημιές από πρόκληση ρύπανσης, υποχρέωση του πλοιοκτήτη για ασφάλιση του πλοίου του κατά αντίστοιχων κινδύνων, και δυνατότητα ευθείας άσκησης των σχετικών αξιώσεων κατά του ασφαλιστή ευθύνης, ενώ το δικαίωμα περιορισμού δόθηκε στον πλοιοκτήτη και τον ασφαλιστή ως «αντάλλαγμα», ως εξισορροπητική προνομία για τα αμέσως προηγούμενα. Αυτό συνηγορεί υπέρ της άποψης ότι η Σύμβαση Ευθύνης 1992 συνιστά το βασικό πε-

δίο διάγνωσης της ευθύνης για ζημίες από θαλάσσια ρύπανση, ειδικά μάλιστα όταν κάποιος αναλογισθεί τον «συμπληρωματικό» χαρακτήρα της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992 που προαναφέρθηκε.

Σε αυτό, έρχεται να συνηγορήσει και η διάρθρωση της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992. Αυτή προβλέπει στο άρθρο 7 παρ. 4 αυτών ότι κάθε συμβαλλόμενο κράτος θα εξασφαλίζει ότι το Διεθνές Κεφάλαιο θα έχει το δικαίωμα να παρεμβαίνει σε κάθε νομική διαδικασία που έχει κινηθεί κατά του πλοιοκτήτη ή του ασφαλιστή υπό την Σύμβαση Ευθύνης 1992, συνεπώς και στην διαδικασία της άσκησης ανακοπών κατά του προσωρινού πίνακα κατάταξης που συντάσσει ο εκκαθαριστής. Εάν το Διεθνές Κεφάλαιο επιλέξει να μην ασκήσει παρέμβαση στην εν λόγω διαδικασία, τότε, κατ' άρθρο 7 παρ. 5 της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992, δεν θα δεσμεύεται από την απόφαση που θα εκδοθεί επί ανακοπής του ζημιωθέντος κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή. Όμως, σε περίπτωση που ο ίδιος ο ζημιωθείς και ανακόπτων τον προσωρινό πίνακα του εκκαθαριστή επιλέξει να ανακοινώσει την επί της ανακοπής δίκη στο Διεθνές Κεφάλαιο, κάθε δικαστική απόφαση που θα εκδοθεί από το δικαστήριο της ανακοπής υπό την Σύμβαση Ευθύνης 1992 θα είναι υποχρεωτική και για το Διεθνές Κεφάλαιο, *«με το πνεύμα ότι τα πραγματικά γεγονότα και διαπιστώσεις της απόφασης δεν μπορούν να αμφισβητηθούν»* από το Διεθνές Κεφάλαιο, *ακόμη και αν αυτό δεν έλαβε μέρος στη διαδικασία της επί της ανακοπής δίκης, υπό την προϋπόθεση ότι αυτή η απόφαση κατέστη τελεσίδικη και εκτελεστή»*. Αυτή η διάρθρωση των δικονομικών δυνατοτήτων που παρέχονται τόσο στον πλοιοκτήτη/ασφαλιστή του δια της ανακοίνωσης της ανακοπής, όσο και στο Διεθνές Κεφάλαιο δια της παρέμβασης στην ασκηθείσα ανακοπή), καθιστά σαφές το προβάδισμα της διαδικασίας υπό την CLC Σύμβαση Ευθύνης 1992 έναντι εκείνης υπό την Σύμβαση Κεφαλαίου 1992. Τούτο συνηγορεί στην υιοθέτηση της άποψης ότι η δικαστική διάγνωση του ύψους της απαίτησης του ζημιωθέντος γίνεται στα πλαίσια, αρχικώς μεν, και σε πρώτο επίπεδο, της εξέλεξης των απαιτήσεων από τον εκκαθαριστή, τελεσιδικώς δε, σε δεύτερο επίπεδο, και με τα εχέγγυα της αυθεντικής δικαστικής κρίσης στα πλαίσια των ανακοπών κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή από τα δικαστήρια.

Στο σημείο αυτό θα πρέπει να διευκρινισθεί ότι το γράμμα, ειδικά των παραγράφων 4 και 6 του άρθρου 7 της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992, και σε μικρότερη έκταση της παραγράφου 5 του άρθρου 7 της ίδιας Δ.Σ., δίνουν την εντύπωση ότι τα ανωτέρω ισχύουν μόνο στην περίπτωση άσκησης αγωγών για ζημίες από ρύπανση. Η συσταλτική αυτή ερμηνεία είναι όμως αντίθετη με το πνεύμα των διατάξεων αυτών, αλλά και με όλο το σύστημα ευθύνης και περιορισμού που θεσπίζεται με τις δύο Διεθνείς Συμβάσεις. Και οι δύο Δ.Σ. αναφέρονται γενικότερα σε άσκηση αγωγών για ζημίες από ρύπανση και σε δικαστικές απο-

φάσεις επί ενδίκων διαδικασιών απλώς και μόνο διότι και οι δύο δεν περιέχουν συγκεκριμένες διατάξεις για την διαδικασία διανομής και κατανομής του κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης, μία διαδικασία την οποία αφήνουν να ρυθμίσει έκαστο συμβαλλόμενο κράτος με τους δικούς του εσωτερικούς κανόνες, περιορίζοντας απλώς το κάθε κράτος με την επιβολή μίας γενικότερης δικαστικής εποπτείας και δικαστικού ελέγχου της διαδικασίας εκκαθάρισης. Συνεπώς υποστηρίζεται ότι οι αναφορές σε «αγωγές», «δικαστικές διαδικασίες» και «αποφάσεις» στο άρθρο 7 της Σύμβασης Κεφαλαίου 1992 δεν περιορίζουν το εύρος εφαρμογής του άρθρου μόνο σε καθ' εαυτό δικαστικές διαδικασίες, αλλά περιλαμβάνουν και όλες τις διαδικασίες εκκαθάρισης του κεφαλαίου περιορισμού ευθύνης εν γένει, που στην Ελλάδα γίνονται σε πρώτο στάδιο υπό την εποπτεία Εισηγητή Δικαστή του ΠΔ 666/1982.

Το ως άνω ζήτημα τέθηκε ήδη προσφάτως στην κρίση του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πειραιά Κάποιοι εκ των αναγγελλθέντων δανειστών, των οποίων οι απαιτήσεις έγιναν μερικώς δεκτές σε προσωρινό πίνακα του εκκαθαριστή, άσκησαν ανακοπές κατά του εν λόγω πίνακα, αλλά και αγωγές κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Το δικαστήριο του Πειραιά με τις υπ' αριθ. 2579, 2580 και 3778 του 2020 αποφάσεις του διέταξε την αναστολή προόδου των αντίστοιχων δικών κατ' άρθρο 249 ΚΠολΔ., μέχρι την έκδοση τελεσιδίκων αποφάσεων επί των ανακοπών των ίδιων διαδίκων. Αξίζει να σημειωθεί ότι στις δύο από τις τρεις ως άνω περιπτώσεις, οι αγωγές κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου ασκήθηκαν πριν την άσκηση των αντίστοιχων ανακοπών, ενώ στην τρίτη εξ αυτών μετά την άσκηση της ανακοπής. Παρά ταύτα και στις 3 περιπτώσεις το δικαστήριο εφάρμοσε το άρθρο 249 ΚΠολΔ. με την ίδια αιτιολογία ότι «η διάγνωση της διαφοράς που εκκρεμούσε ενώπιον του εξαρτάται ολικά από την προηγηθείσα και τελούσα σε ωριμότερο στάδιο δίκη που ανοίχθηκε επί των αντιρρήσεων κατά του πίνακα του εκκαθαριστή». Δυστυχώς, παρά το ότι το δικαστήριο έκρινε ότι «αντικείμενο δικαστικής διερεύνησης σε αμφότερες τις δίκες είναι η διάγνωση, η ουσιαστική βασιμότητα του συνόλου της απαίτησης, δηλαδή η ύπαρξη και το μέγεθος της απαίτησης», δεν προέβη σε σκέψεις ως προς το ποια είναι η δίκη στην οποία το ζήτημα αυτό πρέπει να ερευνηθεί σύμφωνα με το περιεχόμενο των δύο ΔΣ, δηλαδή η δίκη επί της ανακοπής κατά του προσωρινού πίνακα ή η δίκη επί της αγωγής κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου, αλλά αρκέσθηκε να επιλύσει την περί αυτού διαφορά με την επίκληση μίας διάταξης του Κώδικα Πολιτικής Δικονομίας που εφαρμόσθηκε ενιαίως και στις τρεις περιπτώσεις, παρά τις μεταξύ τους εμφανείς διαφορές ως προς το δικονομικό ιστορικό.

Τι θα συμβεί όμως στην περίπτωση κατά την οποία ο ζημιωθείς δεν ανακοινώσει την ανακοπή του κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή, συγχρόνως δε το διεθνές Κεφάλαιο δεν ασκήσει παρέμβαση κατ' αυτής της ανακο-

πής. Θα μπορούσε τότε να ισχυρισθεί κάποιος ευσχήμως ότι η δικαστική κρίση επί της χωριστής αγωγής του ζημιωθέντος κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου, ως προς το ύψος της ζημίας, είναι δεσμευτική για το δικαστήριο που έχει επιληφθεί της ανακοπής του ιδίου ζημιωθέντος κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή. Φρονώ πώς και στο ερώτημα η απάντηση πρέπει να είναι αρνητική. Είναι αρνητική, γιατί η αξίωση κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου αφορά το ποσό εκείνο της ζημίας το οποίο δεν δύναται να καλυφθεί από την διανομή του κεφαλαίου περιορισμού που συστήθηκε. Εν όψει του ότι αυτό δεν θα έχει ακόμη καθορισθεί τελεσιδίκως στα πλαίσια της ανακοπής του ιδίου ζημιωθέντος, ή και των υπόλοιπων αναγγελλθέντων, αφού και αυτών οι αξιώσεις θα ληφθούν υπόψη για την κατάρτιση του οριστικού πίνακα μετά την τελεσιδικία όλων των ανακοπών, η αξιούμενη με την αγωγή κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου απαίτηση δεν θα είναι ακόμη εκκαθαρισμένη. Άρα ο ζημιωθείς δεν θα γνωρίζει το ποσό το οποίο δικαιούται να αξιώσει με την αγωγή του, ενώ συγχρόνως θα τίθενται σοβαρά ζητήματα αοριστίας μίας τέτοιας αγωγής.

Γ. Ένα παρεμφερές με το προηγούμενο, τρίτο ζήτημα που τέθηκε προσφάτως ενώπιον των δικαστηρίων του Πειραιά, είναι το ακόλουθο. Εφ' όσον η αποζημίωση του Διεθνούς Κεφαλαίου ενεργεί συμπληρωματικά σε σχέση με την αποζημίωση της Σύμβασης Ευθύνης 1992, είναι νόμιμο υπό το όλο νομικό καθεστώς των δύο Διεθνών Συμβάσεων, ο ζημιωθείς να μην απευθύνεται διόλου προς το κεφάλαιο περιορισμού της ευθύνης, και αντιθέτως, να υποβάλει εξωδίκως την απαίτησή του μόνο προς το Διεθνές Κεφάλαιο; Περαιτέρω, σε καταφατική απάντηση, ποια είναι η τύχη της υποβολής ενδίκως της ίδιας αξίωσης του εν λόγω ζημιωθέντος κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου στην περίπτωση που δεν μεριμνήσει συγχρόνως να ασκήσει την αξίωσή του στα πλαίσια της διαδικασίας εκκαθάρισης του κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης; Κατ' αρχήν, επί του πρώτου ερωτήματος, καμία διάταξη των ΔΣ δεν φαίνεται να το αποκλείει, καθώς θα αποτελούσε υπερβολική τυπολατρία να αξιώνεται αναγκαίως η υποβολή απαίτησης αρχικώς κατά του κεφαλαίου περιορισμού και μετά να απευθύνεται εξωδίκως ο ζημιωθείς προς το Διεθνές Κεφάλαιο, όταν μάλιστα γνωρίζει ότι, εξ αντικειμένου, η αξίωση του δεν θα ικανοποιηθεί πλήρως από το κεφάλαιο περιορισμού ευθύνης του πλοιοκτήτη ή του ασφαλιστή του. Εξάλλου, σε αυτό συνηγορεί και ο ανομολόγητος, πλην όμως υπαρκτός, στόχος του Διεθνούς Κεφαλαίου, οι ζημιωθέντες να αποζημιώνονται το συντομότερο δυνατό, πράγμα που ασφαλώς επιτυγχάνεται με την εν λόγω τακτική μεθόδευση. Αυτή η τακτική εμπεριέχει όμως επιχειρηματικούς κινδύνους για εκείνον που θα την επιλέξει, σε σχέση με το δεύτερο από τα ως άνω ερωτήματα. Εάν δηλαδή δεν υποβάλει την απαίτησή του στο κεφάλαιο περιορισμού ευθύνης της Σύμβασης Ευθύνης 1992, κινδυνεύει, σε περίπτωση που η απαίτησή του δεν γίνεται δεκτή από το Διεθνές Κεφάλαιο να απωλέσει την δυ-

νατότητα υποβολής της προς τον εκκαθαριστή, προς τον οποίο η προθεσμία είναι κατά πολύ βραχύτερη από εκείνη της παραγραφής της αξίωσης και κατ' αυτό τον τρόπο να έχει μόνο ένδικο βοήθημα την άσκηση αγωγής κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου. Σε μία τέτοια περίπτωση όμως θα προσκρούσει στην θέση που αναπτύχθηκε προηγουμένως, ότι δηλαδή επί σύστασης κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης το μέγεθος και η ύπαρξη εκάστης απαίτησης θα πρέπει να κρίνεται στα πλαίσια της διαδικασίας εκκαθάρισης και της ανακοπής κατά του προσωρινού πίνακα του εκκαθαριστή. Για το θέμα αυτό η μόνη ήδη εκδοθείσα απόφαση είναι η υπ' αριθ. 2569/2021 του Πολυμελούς Πρωτοδικείου Πειραιά, που απέρριψε μία τέτοια αγωγή κατά του Διεθνούς Κεφαλαίου χωρίς να έχει υποβληθεί σχετική αναγγελία στην εκκαθάριση ως μη νόμιμη, αλλά δεν μπορεί ακόμη να αποτελέσει ασφαλή οδηγό για την οριστική δικαστική κρίση σε άλλες ήδη εκκρεμείς αγωγές όπου τίθεται το ίδιο ζήτημα. Ο συνετός λοιπόν ζημιωθείς, ανεξαρτήτως του κατά πόσον θα υποβάλει την απαίτηση του εξωδίκως προς το Διεθνές Κεφάλαιο ή ενδίκως, δια της άσκησης αγωγής κατ' αυτού εντός της 3ετούς προθεσμίας της Σύμβασης Ευθύνης 1992, οφείλει σε κάθε περίπτωση να ακολουθήσει και την διαδικασία υποβολής της απαίτησής του μέσω του ΠΔ 666/1982.

Δ. Δικογνωμία έχει προκαλέσει εξάλλου η διάταξη του άρθρου 13 του ΠΔ 666/1982 σύμφωνα με την οποία «*η αναγγελία των απαιτήσεων στον εκκαθαριστή διακόπτει την παραγραφή*» και η σχέση της με το άρθρο VIII της Σύμβασης Ευθύνης 1992 το οποίο προβλέπει ότι «*δικαιώματα αποζημιώσεως εκ της παρούσης Συμβάσεως αποσβέννυνται εάν μη εγερθή αγωγή εξ αυτής εντός τριών ετών από της ημερομηνίας καθ' ην έλαβε χώραν η ζημία*». Δεδομένου ότι κατά το άρθρο 11 του ΠΔ 666/1982 ο εκκαθαριστής καλεί αυτούς που ζημιώθηκαν να αναγγείλουν την απαίτησή τους προς αυτόν σε προθεσμία που δεν δύναται να υπερβαίνει τους 6 μήνες, έχει τεθεί το θέμα κατά πόσο ο βραχύς χρόνος παραγραφής του άρθρου 11 του ΠΔ είναι αντίθετος με το άρθρο VIII της Σύμβασης Ευθύνης 1992. Θα πρέπει να επισημανθεί στο σημείο αυτό ότι σύμφωνα με το άρθρο 12 του ίδιου ΠΔ, εκπρόθεσμη αναγγελία, δηλαδή αναγγελία υποβληθείσα μετά το 6μηνο, είναι δυνατό να επιτραπεί εάν δεν έχει ολοκληρωθεί ο έλεγχος των απαιτήσεων και αποφασίσει τούτο ο Εισηγητής Δικαστής κατόπιν αίτησης που εκδικάζεται με την διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, και υπό την προϋπόθεση ότι η μη αναγγελία αποδίδεται σε άγνοια της πρόσκλησης του εκκαθαριστή ή σε άλλη αιτία που δεν οφείλεται σε υπαιτιότητα του εκπροθέσμως αναγγελθέντος. Είναι χαρακτηριστικό ότι σε πρόσφατη εκκαθάριση που έλαβε χώρα στο Πρωτοδικείο Πειραιά έγινε επίκληση της εν λόγω ρύθμισης σε 3-4 περιπτώσεις, εκ των οποίων σε μία επιτράπηκε η εκπρόθεσμη αναγγελία. Το αμφισβητούμενο θέμα προέκυψε επί αναγγελίας που υποβλήθηκε μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των απαιτή-

σεων, οπότε ο εκπροθέσμως αναγγελθείς δεν είχε το ένδικο βοήθημα του άρθρου 12 του ΠΔ που προανέφερα. Η εκπρόθεσμη αναγγελία του απορρίφθηκε και η σχετική απορριπτική απόφαση προσβλήθηκε με ανακοπή κατά του προσωρινού πίνακα εκκαθάρισης με τον ισχυρισμό ότι η διάταξη του άρθρου 11 του ΠΔ 666/1982 είναι ανεφάρμοστη κατά το άρθρο 28 παρ. 1 του Συντάγματος λόγω αντίθεσής της με την αυξημένης τυπικής ισχύος διάταξη του άρθρου VIII της Διεθνούς Σύμβασης Ευθύνης 1992. Κατά την άποψη που υποστηρίζεται εδώ οι δύο προθεσμίες δεν είναι αντίθετες μεταξύ τους. Πρόκειται περί προθεσμιών που έχουν διαφορετικό πεδίο εφαρμογής. Η παραγραφή του ΠΔ αφορά την υποβολή αξίωσης στα πλαίσια ενεργού μηχανισμού σχηματισμού κεφαλαίου περιορισμού, ενώ η αποσβεστική προθεσμία του άρθρου VIII της Σύμβασης Ευθύνης 1992 αναφέρεται στη δυνατότητα πρωτογενούς δικαστικής διάγνωσης της αξίωσης είτε στην περίπτωση που δεν έχει σχηματισθεί καν -και δεν θα σχηματισθεί- κεφάλαιο περιορισμού της ευθύνης, ή, τουλάχιστον, που δεν έχει συσταθεί τέτοιο κεφάλαιο εντός 3ετίας από το συμβάν. Σε αυτό το συμπέρασμα οδηγούν οι διατάξεις των άρθρων VI (1) (α) και III (4) της Σύμβασης Ευθύνης 1992 από τις οποίες προκύπτει ότι από την στιγμή που συσταθεί κεφάλαιο περιορισμού ευθύνης του πλοιοκτήτη ή του ασφαλιστή δεν υπάρχει άλλος τρόπος άσκησης των αξιώσεων των ζημιωθέντων, παρά μόνο δια της υποβολής αναγγελίας έναντι του συσταθέντος κεφαλαίου. Εάν δηλαδή συσταθεί κεφάλαιο περιορισμού ευθύνης, τότε ολόκληρος ο αποζημιωτικός μηχανισμός της Σύμβασης Ευθύνης 1992 μεταφέρεται από το δικαστικό πεδίο (εάν έχουν ήδη ασκηθεί αγωγές κατά του πλοιοκτήτη/ασφαλιστή), ή λειτουργεί εξ υπαρχής (εάν δεν έχουν ασκηθεί εν τω μεταξύ αγωγές κατά του πλοιοκτήτη/ασφαλιστή) στο πεδίο το εκκαθαριστικό του κεφαλαίου περιορισμού της ευθύνης, όπου ισχύουν οι εσωτερικοί κανόνες εκάστου κράτους σύμφωνα με το άρθρο IX (3) της Σύμβασης Ευθύνης 1992. Συνεπώς προς τις εν λόγω ρυθμίσεις της Σύμβασης Ευθύνης 1992, από την στιγμή που έχει συσταθεί κεφάλαιο περιορισμού της ευθύνης, το άρθρο 13 του ΠΔ 666/1982 προσδίδει στην αναγγελία της απαίτησης την έννομη συνέπεια λόγου διακοπής της παραγραφής, γνωρίζοντας ότι πλέον είναι ανεφάρμοστη η διάταξη του άρθρου VIII της Σύμβασης Ευθύνης 1992 και θέλοντας να καλύψει το σχετικό νομοθετικό κενό που δημιουργείται. Στο συμπέρασμα αυτό συνηγορούν και οι Κατευθυντήριες Οδηγίες (Guidelines) της Comité Maritime International σχετικά με τους δικαστικούς κανόνες του περιορισμού ευθύνης στο ναυτικό δίκαιο που υιοθετήθηκαν στην Συνδιάσκεψη των Αθηνών το 2008 (ειδικά εισαγωγικό σημείωμα, κατευθυντήρια οδηγία και σχόλια στην παράγραφο 12 με τίτλο «προθεσμία σε διαδικασία περιορισμού»³).

3. www.comitemaritime.org/work/limitation-of-liability/.

Les effets extra territoriaux de la constitution du fonds de limitation de responsabilité des armateurs

Philippe Delebecque

Professeur à l'Université de Paris-I (Panthéon-Sorbonne)

1. La limitation de responsabilité des armateurs est sans doute l'institution la plus importante du droit maritime. On l'a même qualifiée de «clé de voûte» du droit maritime¹. Bien qu'elle ait subi certaines critiques, notamment de la Commission européenne, la limitation de responsabilité demeure essentielle dans le monde maritime. Qu'on la justifie par l'idée de risques de la mer, par la nécessité de donner aux armateurs qui mobilisent des capitaux importants quelques gages juridiques ou encore par l'idée d'assurabilité des risques maritimes, l'institution qu'est la limitation de responsabilité s'impose et doit être défendue. Faut-il, pour autant, la faire rayonner au-delà des frontières lorsqu'un fonds a été constitué²? C'est la question à laquelle, il m'appartient de répondre: quelle extra territorialité pour la limitation de responsabilité ?

2. Plus précisément, il s'agit de savoir, par exemple, si un fonds constitué au Pirée a des effets à Marseille ou encore si un fonds constitué à Londres a des effets à Abidjan ou encore à Lagos. C'est une question qui peut se poser, car les événements maritimes ont généralement une dimension internationale. En cas de dommages causés par un armateur à l'occasion de l'exploitation de son navire, ses créanciers ne sont pas forcément localisés dans le même pays. De surcroît, l'Etat du pavillon du navire ne correspond pas nécessairement à l'Etat d'exploitation du navire et le *P and I Club* ou les assureurs de l'armateur interviennent eux-mêmes dans des Etats distincts. L'exploitation d'un navire a, presque par essence, une dimension internationale, si bien qu'en cas d'événement nautique déterminant la responsabilité de l'armateur et de constitution consécutive

1. *MM. Bonassies et Scapel*, Traité de droit maritime, 3^{ème} éd., LGDJ, n° 454.

2. Ce qui, comme nous le savons, n'est pas nécessairement requis. Lorsqu'un fonds n'a pas été constitué, le problème de l'extraterritorialité n'a pas de particularité: il s'agit simplement de savoir quels sont les effets que l'on peut reconnaître à un jugement dans l'ordre international. Rappelons que cette stratégie est dangereuse, car la décision qui reconnaîtrait le droit à limitation n'a que l'autorité relative de la chose jugée.

d'un fonds de limitation, il est permis de s'interroger sur l'opposabilité de ce fonds à tous les créanciers de l'armateur.

3. Au demeurant, la question de l'extraterritorialité est depuis quelques temps au cœur de bien des discussions. Il y a extraterritorialité lorsque l'une des conditions ou l'un des effets du commandement juridique est localisé hors de son pays d'origine³. Cela concerne de nombreuses normes auxquelles on prête ou donne une portée extraterritoriale: ces normes, au moment où elles opèrent, prétendent régir des conduites, statuer sur des situations ou prendre en considération des faits extérieurs au territoire. Ainsi en est-il des mesures d'embargo ou de gel d'avoirs bancaires (cf. *Executive order* américain du 14 nov. 1979) ou encore de certaines lois *antitrust*. L'adoption de telles normes n'est pas, *a priori*, conforme à la répartition des compétences telle qu'elle est déterminée par le droit international public⁴. Elles ne sont cependant plus nécessairement rejetées, dans la mesure où les lois de police étrangères sont aujourd'hui susceptibles d'être prises en considération (Règlement Rome I, art. 9-3).

La question de l'extraterritorialité se pose également pour les décisions prises par des autorités de régulation, étant entendu que l'on admet désormais que le pouvoir d'injonction exercé par des autorités nationales peut être exercé à l'encontre d'une société étrangère, dans la mesure, toutefois, où il n'induit aucune mesure d'exécution forcée⁵. S'agissant d'une décision prise par une autorité judiciaire, et spécialement d'une décision ayant autorisé un armateur à constituer un fonds de limitation de responsabilité, le problème de sa portée extraterritoriale se pose pratiquement dans les mêmes termes. Pourra-t-elle avoir des effets à l'égard des personnes et des biens domiciliés ou localisés à l'étranger?

4. Un événement nautique ou plus largement maritime peut être l'occasion de dommages dans plusieurs Etats. Des actions peuvent donc être engagées dans plusieurs Etats. Les textes ne l'interdisent pas, ce qui est une source de difficultés. Le problème est d'autant plus difficile que les enjeux liés à la compétence du tribunal saisi sont importants. En effet, la constitution du fonds a des conséquences importantes sur la situation des créanciers:

3. L. d'Avout, L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires, JCP 2015, 112; égal. P. Athanasiou, Effets extraterritoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines, Rev. dr. banc. fin. 2014, n° 16

4. Le droit international public confère aux Etats deux titres principaux pour l'édition de normes: la compétence territoriale et la compétence personnelle.

5. MM. Audit, Bollée et Callé, Droit du commerce international, 3ème éd., LGDJ, n° 118.

. art. 13, al. 1er, Convention LLMC: «si un fonds a été constitué (conformément à l'art. 11), aucune personne ayant produit une créance contre le fonds ne peut être admise à exercer des droits relatifs à cette créance sur d'autres biens d'une personne par qui ou au nom de laquelle le fonds a été constitué⁶.»

. art. L. 5121-6 c. transports: le fonds (ainsi) constitué est affecté exclusivement au règlement des créances auxquelles la limitation de responsabilité est opposable. Après la constitution du fonds, aucun droit ne peut être exercé, pour les mêmes créances, sur d'autres biens du propriétaire ou de toute autre personne mentionnée par les créanciers auxquels le fonds est réservé, à condition que le fonds de limitation soit effectivement disponible au profit du demandeur.

D'où la question de savoir si un créancier à qui la limitation est opposable pourrait cependant saisir à l'étranger un autre bien du constituant ou encore de savoir si le créancier conserve son action contre l'assureur de responsabilité de l'armateur si l'assureur est domicilié dans un Etat autre que celui de constitution du fonds.

5. La rationalité conduit à dire que la constitution devrait avoir un effet universel. Il est souhaitable de concentrer toutes les opérations devant une seule et même entité. Il reste que les textes ne permettent pas de l'affirmer, en tout cas pas ceux de la Convention LLMC. Ces textes, (art. 11 et 14) ne disent rien de précis sur la question.⁷

On est ainsi conduit à raisonner sur le fondement de l'institution qu'est la limitation de responsabilité, à solliciter certaines de ses dispositions et à faire des comparaisons, notamment avec des procédures voisines, comme celle des procédures collectives ou encore celle des ventes judiciaires de navire. Rappeler que la constitution du fonds de limitation n'est pas obligatoire n'est pas essentiel dans le raisonnement, si ce n'est (cf. art. 10 LLMC) qu'un Etat partie peut prévoir dans sa propre législation que, lorsqu'une action est intentée devant ses tribunaux pour obtenir le paiement d'une créance

6. L'art. 13, al. 3, précise que les alinéas 1 et 2 ne s'appliquent que si le créancier peut produire une créance contre le fonds devant le tribunal administrant ce fonds et si ce dernier est effectivement disponible et librement transférable en ce qui concerne cette créance.

7. cf. art. 11 LLMC: «toute personne dont la responsabilité peut être mise en cause peut constituer un fonds auprès du tribunal ou de toute autre autorité compétente de tout Etat partie dans lequel une action est engagée pour des créances soumises à limitation»; art. 14 LLMC: «les règles relatives à la constitution et à la répartition du fonds, ainsi que toutes règles de procédure en rapport avec elles, sont régies par la loi de l'Etat partie dans lequel le fonds est constitué.»

soumise à limitation, une personne responsable ne peut invoquer le droit de limiter sa responsabilité que si un fonds a été constitué conformément aux dispositions de la Convention ou est constitué lorsque le droit de limiter la responsabilité est invoqué.

Il faut donc essayer d'aller au-delà de ce que prévoient les seuls textes et de trouver, sur le fondement de l'ensemble des données du droit positif, la solution la plus rationnelle. Le problème est difficile (I), mais la solution proposée peut et doit rester simple, ce qui ne veut pas dire simpliste (II).

I. Un problème difficile.

A. Diversité dans les textes.

6. La difficulté de la question de l'effet extraterritorial du fonds de limitation tient aux facteurs de diversité que l'on peut rencontrer. Ces facteurs sont nombreux. Ils tiennent d'abord aux textes applicables: Convention de 1976 ou *LLMC* (mod. en 1996), Convention de 1957, Convention de 1924 (ratifiées ou non), lois nationales organisant une limitation de responsabilité ou même n'en organisant aucune.

Ils tiennent aussi aux fonds eux-mêmes qui ne contiennent pas les mêmes plafonds: *LLMC*, *CLC*, *Bunker*, et prochainement *HNS*. De surcroît, au sein même de la *LLMC*, on ne traite pas de la même façon les victimes de dommages matériels et les victimes de dommages corporels. La situation des passagers n'est pas et ne peut pas être la même que celle des marchandises.

7. Il est vrai que lorsque le fonds est lui-même international, la question devient moins difficile. Ainsi dans l'affaire du *Prestige*, le contentieux principal était localisé en Espagne, mais de nombreuses poursuites ont été engagées en France par des victimes françaises. Le cadre de la limitation n'était pas la *LLMC*, mais la *CLC-FIPOL* et, en l'occurrence, le *FIPOL* avait réservé une partie des fonds disponibles aux victimes ayant agi en France. Sur le fondement de la *LLMC*, le règlement des créanciers n'aurait peut-être pas été le même, faute de fonds international pour veiller à la répartition finale.

8. D'autres facteurs de diversité, sinon d'éclatement de l'unité à laquelle on pourrait s'attendre, tiennent à la *LLMC* elle-même. Ainsi en est-il de son article 13, al. 2, qui porte sur la question de savoir si la mainlevée de la saisie du navire intervenue dans tel pays doit être ordonnée si le fonds de limitation a été constitué dans un autre pays. Au regard de la lettre des textes et selon la jurisprudence, la mainlevée doit être ordonnée si et seulement si la saisie est intervenue dans l'un des ports visés par l'art. 13 (port où l'événement s'est produit ou, si celui-ci s'est produit en dehors d'un port, au

port d'escale suivant; port de débarquement pour les créances pour mort ou lésions corporelles; port de déchargement pour les créances pour dommages à la cargaison; Etat où la saisie a lieu). Si la saisie est intervenue dans un autre port, le juge conserve son pouvoir d'appréciation.⁸

B. Diversité dans les compétences judiciaires.

9. L'éclatement des règles se poursuit si l'on consulte les conventions internationales elles-mêmes sur la compétence des tribunaux. La *LLMC* ne prévoit rien de spécifique sur la question, à la différence de la Convention *Bunker* (avec une pluralité de compétences), ou encore de la *CLC* et de la Convention d'Athènes: dans l'affaire du *Costa Concordia*, les poursuites ont été engagées dans plusieurs Etats, alors même que les contrats comportaient une clause de compétence. L'application effective de la limitation est ici problématique.

10. D'autres facteurs de diversité tiennent tout simplement à des situations de fait. On observera ainsi que les Etats cherchent à protéger leurs ressortissants, notamment lorsqu'il s'agit de passagers. Les familles cherchent également d'autres voies de recours. et attaquent des tiers, plutôt que l'armateur lui-même. Plus généralement, l'insuffisance des fonds disponibles conduit les victimes à agir contre d'autres personnes que l'armateur et notamment les sociétés de classification⁹. On l'a vu notamment dans l'affaire de l'*Erika*.

11. Le règlement UE1215/2012 n'est pas davantage déterminant. Il faut d'abord tenir compte des règles de compétence des articles 7-2 (concernant la matière délictuelle), 13, 16 (assurance-responsabilité) et 17 (droits des consommateurs) du règlement 1215/2012 qui donnent compétence à des juridictions différentes. Les dommages aux passagers, aux marchandises ou aux littoraux ne relèvent pas des mêmes juridictions. Les passagers de croisière sont traités par les règles de compétence des contrats conclus avec des consommateurs, tandis que les passagers dans le cadre d'un contrat de transport ordinaire ne le sont peut-être pas.

12. En dehors de ces situations particulières, et pour revenir au droit commun de la limitation de responsabilité, le texte à partir duquel il faut raisonner est l'article 9 du règlement. Cet article est important. Il dispose que «lorsque, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un Etat membre est compétente pour connaître des actions en responsabilité du fait de l'utilisation ou de

8. Cass. com. 5 janv. 1999, n° 93-19.688.

9. Ce qui, au regard du droit français est parfait possible, mais pas au regard de la *common law*.

l'exploitation d'un navire, cette juridiction ou toute autre que lui substitue la loi interne de cet Etat membre, connaît aussi des demandes relatives à la limitation de cette responsabilité». Toutefois, malgré ce texte, la question reste entière de savoir si le tribunal du fonds a une compétence exclusive pour se prononcer sur le droit à limitation. Ce n'est pas certain. Du moins, les solutions sont-elles controversées. C'est pourquoi alors même qu'un armateur impliqué dans un sinistre maritime a constitué un fonds devant telle juridiction d'un Etat européen, il n'est pas exclu qu'un créancier puisse saisir la juridiction d'un autre Etat membre, à la supposer compétente, d'une action en responsabilité contre cet armateur. Au demeurant, en France, l'art. 9 a été interprété comme autorisant le Tribunal du Havre à statuer sur le droit à limitation d'un armateur qui avait pourtant constitué un fonds de limitation à Londres¹⁰. Nous avons soutenu le contraire, mais la Cour de Rouen a tranché, la Cour de cassation n'ayant pas été saisie de la question.

13. Quant à la jurisprudence européenne, elle n'est pas très abondante. La Cour de Justice a sans doute décidé qu'une décision sur la constitution du fonds était une décision de justice, ce qui est important, car une «décision» est, dans l'ordre juridique européen automatiquement reconnue¹¹: c'est un argument déterminant, sinon pertinent en vue de faire produire à la constitution d'un fonds de limitation dans un Etat membre des effets dans les autres Etats membres. Il reste, cependant, que la Cour de Justice a, dans le même arrêt, considéré que l'action en constitution du fonds et l'action en responsabilité n'avaient ni le même objet ni la même cause.¹²

14. Lorsque le même problème se pose en dehors du cadre européen, dans un cadre national ou international, la réponse est plus incertaine. En effet, les décisions, alors même qu'elles statuent sur le droit à limitation, n'ont qu'une autorité relative. Imposer à un créancier extérieur à la procédure du fonds de saisir le juge du fonds pour faire constater que l'armateur n'a pas droit à la limitation, alors que ce juge a, dans un premier temps, admis la limitation risque de mettre ce juge en conflit avec lui-même¹³. Toutefois, Il serait plus

10. Rouen 26 juill. 2000, DMF 2001, 109, obs. Bonassies ; comp. Ph. D. La limitation de responsabilité: quel est le juge compétent? DMF 2002, 1070.

11. Les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

12. CJCE C-39/02, 14 oct. 2004, DMF 2005, 26, obs. Bonassies, considérant par ailleurs qu'une décision d'autorisation de constitution d'un fonds est une décision au sens du droit communautaire (art. 25). cf. art. 2-a règlement.

13. MM. Bonassies et Scapel, Traité de droit maritime, n° 447.

rationnel, sinon raisonnable, de concentrer les opérations entre les mains d'un seul juge: le juge du fonds¹⁴.

15. Les poursuites dans plusieurs Etats remettent en cause l'application effective du principe de limitation. Une coordination est sans doute possible au regard des textes, comme c'est le cas en matière de pollution marine par hydrocarbures où les affaires sont traitées par un bureau d'indemnisation commun avec l'assureur veillant à une répartition d'ensemble. Elle est également possible lorsque l'assureur indemnise et agit en tant que subrogé et porte lui-même la créance devant le fonds. Et ce, même s'il est condamné par une juridiction tierce. Il devrait pouvoir porter les créances contre le fonds.

Ailleurs, la coordination et *a fortiori* la centralisation sont plus problématiques, à moins de faire preuve d'imagination et de volonté constructive.

II. Une solution simple

16. L'idée d'égalité est au cœur de l'institution qu'est la limitation de responsabilité. Elle justifie une centralisation de la procédure elle-même qui, comme on l'a vu, est mal assurée. Il serait ainsi opportun d'associer à la procédure de constitution, ceux à qui le fonds sera opposé, *i.e.* aux victimes de l'événement qui donne matière à la constitution du fonds de limitation. Il faudrait imposer à l'armateur qui dépose une requête en vue de la constitution d'un fonds de notifier cette requête à tout créancier éventuel de responsabilité connu de lui. Cela n'est pas précisément prévu, mais, rien n'interdit de le recommander et, plus généralement, de faire des parallèles avec des procédures proches de la limitation de responsabilité. Le modèle est celui des procédures collectives. Ce qui ne signifie pas que la solution que l'on peut trouver en référence à ces modèles soit la seule à retenir, car il en va du fondement même de l'institution en cause. Autrement dit, si la référence à un modèle extraterritorial peut justifier l'extraterritorialité de la constitution du fonds de l'armateur, elle appelle des précisions.

A. Les arguments en faveur de l'extraterritorialité

17. On compare souvent la procédure relative au fonds de limitation de responsabilité à celle régissant les procédures d'insolvabilité. Or, dans les

14. V. en ce sens, Paris 29 mai 1987, DMF 1988, 171; égal. Ph. D. art. préc. Le droit américain est également en ce sens qui prévoit une compétence exclusive du juge du fonds.

procédures collectives d'une dimension internationale, on s'interroge sur les bienfaits de l'universalité par rapport à la territorialité.

Dans le système de la territorialité, la procédure ouverte dans un pays ne doit pas avoir de rayonnement international. Elle n'a vocation à produire ses effets qu'à l'égard des éléments d'actif situés sur le territoire d'ouverture de la procédure. L'inconvénient tient au fait que le patrimoine sur lequel les créanciers peuvent agir est scindé. D'où un risque d'incohérence.

Dans le système de l'universalité, la procédure ouverte dans un pays doit transcender les frontières pour produire ses effets partout où le débiteur possède des biens. L'ensemble des actifs relève ainsi d'une procédure unique. Ce système se heurte cependant à une difficulté en ce sens que chaque Etat a une mainmise de fait sur les biens se trouvant sur son territoire. De plus, l'Etat d'ouverture peut, si l'on ose dire, s'autolimiter dans ses prérogatives.

18. La jurisprudence française est aujourd'hui favorable à la thèse de l'universalité.¹⁵ Ce qui conduit à faire produire des effets aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires partout où le débiteur possède des biens, sous réserve des traités internationaux et des actes communautaires, et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers¹⁶. Les conséquences de la décision de faillite sont ainsi limitées par les règles applicables où sont situés les biens du débiteur. Il reste que le juge français peut paralyser les voies d'exécution entreprises à l'étranger en ordonnant au créancier, sous astreinte, de renoncer à ses poursuites. En tout cas, cette jurisprudence favorable à l'extraterritorialité pourrait être transposée dans le domaine qui nous intéresse.

15. Civ. 1re, 19 nov. 2002, *Bull. civ. I*, no 275, *D.* 2002. 3341, note *Lienhard*, *D.* 2003. 797, note *G. Khairallah*, *JCP* 2002. II. 10201, concl. *J. Sainte Rose*, note *S. Sana Chaillé de Néré*, *Rev. crit. DIP* 2003. 631, note *H. Muir Watt*. En l'espèce, deux époux faisaient l'objet d'un RJ en France. Ils étaient propriétaires d'un immeuble en Espagne. La question se posait de savoir si un créancier chirographaire pouvait saisir cet immeuble, alors que le jugement d'ouverture n'avait pas fait l'objet d'une procédure d'*exequatur* en Espagne et qu'en conséquence le droit espagnol ne s'opposait pas à une telle initiative. La cour d'appel avait jugé que ces poursuites individuelles étaient exclues et en avait tiré une conséquence originale en enjoignant au créancier d'y renoncer sous astreinte. La Cour de cassation a approuvé cette décision en visant expressément le principe d'universalité de la faillite, sans toutefois se prononcer sur la légitimité de l'injonction en cause. La thèse de l'universalité a été reprise ultérieurement : *V. Com.* 21 mars 2006, *D.* 2006. 1466, note *C. Henry* ; v. encore, *R. Dammann* et *M. Ollivry*, *Réflexions sur l'aménagement du principe d'universalité de la faillite*, *JCP E* 2006. 2628.

16. *Cass. com.* 21 mars 2006, *préc.*

19. En outre, le règlement (UE) n° 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité pourrait servir de modèle¹⁷. Ce règlement se justifie «par le bon fonctionnement du marché intérieur qui exige que les procédures d'insolvabilité fonctionnent d'une manière efficace et effective» (cf. motifs du règlement). Il se comprend aussi par la nécessité «d'éviter que les parties ne soient incitées à déplacer des avoirs ou des procédures judiciaires d'un Etat membre à un autre en vue d'améliorer leur situation juridique au détriment de la masse des créanciers.» Le règlement pourrait donc inspirer les solutions à retenir en matière de limitation de responsabilité.

20. Il est également permis de tirer argument de ce que l'on admet en droit interne, étant précisé que, lorsque l'on cherche à trouver une solution applicable sur le plan international, la jurisprudence transpose souvent dans l'ordre international ce qui est admis dans l'ordre interne. Ainsi en est-il en matière de compétence des tribunaux, hors UE, bien entendu. Il serait rationnel de partir des règles internes (prévues ici par le code des transports) pour les transposer, *mutatis mutandis*, dans l'ordre international. Ce qui permettrait de reconnaître au fonds de limitation de responsabilité un effet universel.

21. On admet généralement, dans l'ordre interne, que la constitution est opposable à toutes les créances nées de l'événement, sans tenir compte de ce que ces créances ont été ou non produites. La personne qui a constitué ce fonds et toute personne protégée est en mesure de le faire valoir devant des juridictions étrangères (dans un Etat partie à LLMC). La jurisprudence grecque est en ce sens¹⁸.

22. La jurisprudence française n'a pas eu, à notre connaissance, l'occasion de se prononcer sur ce type de difficulté¹⁹. Les textes, en tout cas (c. transports, art. R. 5121-14), prévoient en substance que les créanciers doivent produire leur créance contre le fonds et que les créances sont éteintes faute de production, sauf pour le créancier concerné à prouver que le débiteur avait

17. cf. L. Athanassiou, Maritime cross-border insolvency, Informa 2018, p. 270.

18. Cass. 2263/2013, Epitheorissi Emporikou Dikeou Rev. dr. commercial 2014, p. 378;

CA Pirée 748/2018, Epitheorissi Naftikou Dikeou, Rev. dr. maritime 2018, p. 112;

CA Pirée 228/2016, Piraiki Nomologia, Jurisprudence de la Cour de Pirée 2018, p. 66.

19. La seule décision récente est cet arrêt: Cass. com. 25 nov. 2020, n° 19-11.430, DMF 2021, 607, rapp. S. Kass-Dano, obs. Bloch: est opposable au propriétaire du navire tout jugement statuant sur le montant des plafonds de limitation de responsabilité, rendu postérieurement à l'ordonnance du président du tribunal de commerce statuant sur la constitution du fonds. Il ne concerne pas notre difficulté.

connaissance de ses droits. Leur transposition dans l'ordre international pourrait se justifier.

23. En tout cas, l'extraterritorialité a trouvé dans la jurisprudence française une application qui ne devrait pas rester isolée. En effet, en matière de saisie, il a été reconnu à une décision de mainlevée une portée extraterritoriale.²⁰ Dans l'affaire du navire *Mastrogorgis*, la question était la suivante: la décision par laquelle un juge grec rejette une demande de saisie conservatoire sur un navire battant pavillon panaméen s'oppose-t-elle à ce qu'un juge français fasse droit ultérieurement à une nouvelle demande de saisie sur le même navire se trouvant dans un port français? La réponse a été positive, les juges ayant très justement admis qu'il ne pouvait être soutenu que la décision grecque n'aurait qu'une portée limitée au territoire grec. Dans l'UE, la solution est difficilement contestable, dans la mesure où les décisions de justice rendues sur le territoire communautaire sont de plein droit reconnues (art. 36, Règlement 1215/2012).

B. Propositions

24. La question de l'extraterritorialité de la constitution du fonds de limitation de responsabilité de l'armateur n'est pas simple, car elle comporte de nombreuses données en termes de textes, de compétence des tribunaux et de respect des droits des créanciers. Elle peut néanmoins être résolue assez simplement si l'on veut considérer que la procédure en cause est, par essence, une procédure collective à laquelle il faut reconnaître une portée universelle. Dans l'UE, cette solution s'impose d'autant plus qu'une décision par laquelle un fonds de limitation est constitué est, au sens des règlements européens, une véritable décision qui, en tant que telle, est reconnue dans l'ensemble des Etats membres.

25. En dehors de l'UE et dans la mesure où la mise en œuvre des conventions internationales ne peut être assurée que par les jurisprudences nationales, les solutions favorables à l'extraterritorialité ne sont pas encore acquises. On observera néanmoins que la jurisprudence grecque et la jurisprudence française n'ont pas hésité, d'ores et déjà, à privilégier l'extraterritorialité sur certaines questions directement liées à la limitation de responsabilité.

26. Plus fondamentalement, la question de l'extra territorialité du fonds de limitation de responsabilité des armateurs pose le problème de la philosophie même de la limitation:

20. Cass. com. 8 mars 2011, navire *Mastrogorgis*, DMF 2011, p. 229.

L'institution est-elle conçue en faveur de l'armateur qui a rempli ses obligations fondamentales? Ou doit-elle être comprise comme une institution en relation avec le droit de la responsabilité et dans la mise en œuvre de laquelle le créancier doit conserver, dans les limites des règles de procédure, le choix du tribunal devant lequel il entend défendre ses droits? Comme nous l'avons déjà écrit²¹, c'est la première branche de l'alternative qui devrait s'imposer. Ce fondement est au demeurant celui qui s'articule le mieux avec l'effet extraterritorial de l'institution et spécialement avec le fameux article 13, al. 1^{er}, de la Convention de 1976.

21. Ph. D., art. préc.

Αντίστροφη άρση της νομικής αυτοτέλειας (ιδίως ναυτιλιακών εταιρειών) και ναυτικές απαιτήσεις

Κυριάκος Οικονόμου

επίτιμος Αρεοπαγίτης

ΕΝ ΕΙΔΕΙ ΠΡΟΛΟΓΟΥ

Προκειμένου να εμβαθύνει ο μελετητής στο φαινόμενο της ευθείας ή αντίστροφης κάμψεως της νομικής προσωπικότητας κεφαλαιουχικής ναυτιλιακής εταιρείας, πρέπει αφ' ενός μεν να γνωρίζει την δομή της, την λειτουργία της, τον οικονομικό σκοπό της, την συμβολή της στην οικονομική ανάπτυξη μιας Χώρας, αλλά και διεθνώς, καθώς και την ιδιαιτερότητα της ναυτιλιακής επιχειρήσεως, αφ' ετέρου δε να ελέγξει τα χρησιμοποιούμενα προς θεμελίωση της θεωρίας αυτής κατάλληλα νομικά εργαλεία, βάσει του εκάστοτε υφισταμένου νομικού πλαισίου.

Επίσης, κρίνεται αναγκαίο να υπάρξει μία δικαιosuγκριτική προσέγγιση μεταξύ των κυριότερων διεθνών έννομων τάξεων, όσον αφορά στην απήχηση και στην έκταση εφαρμογής του φαινομένου. Ωστόσο, εδώ θα εστιάσουμε περισσότερο στο ελληνικό νομοθετικό και νομολογιακό πλαίσιο.

Επισημαίνεται ότι το εν λόγω θέμα αναπτύσσεται υπό την οπτική γωνία του ευρύτερου θέματος του Συνεδρίου για την προστασία της ναυτιλιακής επιχείρησης.

Α. ΕΤΑΙΡΕΙΑ (ΓΕΝΙΚΩΣ)

α) Η ιστορία της εταιρείας καταδεικνύει ότι ένας τύπος οργανισμού εξαπλώθηκε προς όλες τις κατευθύνσεις, αναδιαμορφώνοντας την γεωγραφία, τον τρόπο διεξαγωγής του πολέμου, τις τέχνες, την επιστήμη και την γλώσσα. Οι εταιρείες απεδείχθησαν πανίσχυρες, όχι απλώς επειδή βελτίωσαν την παραγωγικότητα, αλλά και επειδή διαθέτουν τα περισσότερα από τα νομικά δικαιώματα ενός ανθρώπου, δίχως όμως τους βιολογικούς περιορισμούς.

Η εταιρεία αποτελεί σημαντικό θεσμό στον κόσμο, σε αυτόν δε εβασίσθη η ευημερία της Δύσεως και όχι μόνο. Προέκυψε από μια πολιτική σύγκρουση, δηλαδή υπήρξε δημιούργημα της πολιτικής και όχι απόρροια των τεχνολογικών εξελίξεων.

Ο θεσμός αυτός συνέβαλε αποφασιστικώς στην οικονομική ανάπτυξη, καθ' όσον οι εταιρείες αυξάνουν το κεφάλαιο, που δύναται να διατεθή σε παραγωγικές επενδύσεις, και επιτρέπουν στους επενδυτές να διασπείρουν τον επενδυτικό κίνδυνο, αγοράζοντας μικρές και εύκολα μεταβιβάσιμες μετοχές πολλών επιχειρήσεων. Επιπλέον, παρέχουν τον μηχανισμό για την επιβολή αποτελεσματικών δομών διαχειρίσεως σε μεγάλους οργανισμούς.

β) Ο κύριος λόγος υπάρξεως της εταιρείας είναι ότι ελαχιστοποιεί το συναλλακτικό κόστος που απαιτείται για τον συντονισμό μιας συγκεκριμένης οικονομικής δραστηριότητας.

Οι επιχειρηματίες θεωρούν την (κεφαλαιουχική) ανώνυμη εταιρεία ως ένα χρήσιμο εργαλείο προς εξυπηρέτηση των συμφερόντων τους. Ετέρωθεν, η ανώνυμη εταιρεία υπάρχει επειδή της επιτράπη να υπάρξει, και επειδή της παρεχωρήθη το προνόμιο της περιορισμένης ευθύνης. Οι εταιρείες προέκυψαν από το κράτος.

Το μείζον επίτευγμα της ανώνυμης εταιρείας είναι ότι αποτελεί το κλειδί για την ενίσχυση της παραγωγικότητας στον ιδιωτικό τομέα. Συνιστά την καλύτερη και πιο προσιτή δομή, ώστε οι ιδιώτες να αντλούν κεφάλαια, να τελειοποιούν δεξιότητες, και να μεταδίδουν αυτές τις δεξιότητες σε άλλους.

Η μέγιστη συμβολή της εταιρείας στην κοινωνία εντοπίζεται στο επίπεδο της οικονομικής προόδου. Είναι υποχρεωμένη να υπακούει τους νόμους, αλλά έχει σχεδιασθή για να κερδίζει χρήματα.

Για να συνεχίσει να αναπτύσσει την δραστηριότητά της, η σύγχρονη εταιρεία χρειάζεται να εξασφαλίζει πάντοτε την άδεια λειτουργίας, που της παραχωρεί η κοινωνία. Ως επί το πλείστον, οι εταιρείες σήμερα συμμορφώνονται περισσότερο με κάποιους κανόνες δεοντολογίας, δείχνουν μεγαλύτερη κοινωνική υπευθυνότητα.

Τα κράτη έχουν απελευθερώσει τις αγορές, αλλά έχουν επιδοθή στη θέσπιση κανονιστικών ρυθμίσεων για τις εταιρείες.

γ) Ως προς την νομική της μορφή, η εταιρεία αποτελεί θεσμό, δηλαδή σύνολο εννόμων σχέσεων και καταστάσεων που διέπονται από ωρισμένο πλέγμα κανόνων δικαίου και αποτελούν αυτοτελή οντότητα

B. ΟΜΙΛΟΣ ΕΤΑΙΡΕΙΩΝ (συνδεδεμένες επιχειρήσεις)

1) Ο Όμιλος είναι ένα σύνολο νομικώς αυθυπάρκτων εταιρειών, οι οποίες αποτελούν μία ενιαία οικονομική ενότητα. Δηλαδή, μία λειτουργική ένωση περισσότερων νομικώς αυτόνομων επιχειρήσεων σε ένα πολυπρόσωπο σύνδεσμο, συνήθως υπό κεντρικό έλεγχο και ενιαία διοίκηση.

α) Η «σύνδεση» αυτή προσδιορίζεται ως «ο νομικός ή πραγματικός δεσμός δύο ή περισσότερων επιχειρήσεων, ο οποίος επιτρέπει την χρήση ορισμένων ή όλων των οργάνων μίας τουλάχιστον επιχειρήσεως υπέρ επιχειρηματικών σκοπών μιας ή όλων των λοιπών επιχειρήσεων».

Σε κάθε Όμιλο υπάρχει μία μητρική ή κυρίαρχη εταιρεία (holding company) και μία ή περισσότερες θυγατρικές ή εξηρημένες εταιρείες (subsidiaries). Κατά το ελληνικό δίκαιο, συνδεδεμένες επιχειρήσεις δύνανται να είναι μόνο εταιρείες του εμπορικού δικαίου (άρα και ναυτιλιακές). Δεν υπάρχει αυτοτελής ρύθμιση για την δομή και την λειτουργία του ομίλου ούτε ουσιαστικού ούτε δικονομικού δικαίου. Σημαντική είναι η διάταξη του άρθρου 32 του Ν. 4308/2014, η οποία ορίζει την έννοια των συνδεδεμένων επιχειρήσεων.

Αναλόγως προς τον σκοπό της συνδέσεως των επιχειρήσεων προκύπτουν οι ακόλουθες μορφές: (α) Συμμετοχική δράση (κάθετοι όμιλοι) και (β) Δικαιοπρακτική και πραγματική ή de facto σύνδεση (οριζόντιοι όμιλοι).

β) Η δομή του Ομίλου, ως έχει διαμορφωθεί στις συναλλαγές και λειτουργεί ως οικονομική οντότητα, έχει δύο χαρακτηριστικά: (i) την έλλειψη νομικής προσωπικότητας και (ii) την εμφάνιση και λειτουργία των εταιρειών-μελών του ομίλου, ως νομικώς αυτόνομων επιχειρήσεων με δική τους νομική προσωπικότητα εκάστη, αναλόγως προς την μορφή τους.

Εν αντιθέσει προς τον Όμιλο ως σύνολο, κάθε εταιρεία μέλος του Ομίλου έχει νομική προσωπικότητα, εμφανίζεται ως αυτοτελές υποκείμενο δικαίου με ίδια δικαιώματα και υποχρεώσεις, φέρει αυτοτελή ευθύνη για τις πράξεις και τις παραλείψεις της έναντι τρίτων και ευθύνεται με την δική της περιουσία έναντι των δανειστών της. Ωστόσο, με την ένταξή της στον όμιλο χάνει την διοικητική της αυτοτέλεια, αναλόγως προς τον βαθμό εξαρτήσεως και ελέγχου από την μητρική-ελέγχουσα επιχείρηση, και ως ελεγχόμενη υποχρεούται να εξυπηρετεί τα συμφέροντα των μετόχων της και των τρίτων συναλλασσομένων.

2) Ο Όμιλος επιχειρήσεων ως εταιρικό μόρφωμα

α) Ο Όμιλος επιχειρήσεων δύνανται να χαρακτηριστεί ως ιδιαίτερο «εταιρικό μόρφωμα», αν και το ελληνικό εταιρικό δίκαιο δεν τον αναγνωρίζει ως τοιοῦτο. Περαιτέρω, το ελληνικό δίκαιο ακολουθεί πορεία από το δίκαιο των εταιρειών προς το δίκαιο των νομικών οντοτήτων, εφ' όσον με την νομοθεσία περί Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων εισάγεται επισήμως και ορίζεται νομοθετικώς η έννοια του Ομίλου. Συγκεκριμένως, ως «Όμιλος» («group») ορίζεται η μητρική επιχείρηση και όλες οι θυγατρικές της και ως «οντότητες Ομίλου (affiliated entities)» ορίζονται οποιεσδήποτε δύο ή περισσότερες οντότητες ενός Ομίλου (Παράρτημα Α' περί Ορισμών Ν. 4308/2014). Περαιτέρω, η Οδηγία 2003/48/ΕΚ11 έχει ως αντικείμενο τη φορολόγηση των εισοδημάτων τόκων από απο-

ταμιεύσεις και από ένα ευρύ φάσμα περιουσιακών στοιχείων. Το κρίσιμο και εξαιρετικά ενδιαφέρον στοιχείο της Οδηγίας είναι ότι σκοπός των διατάξεων της είναι η αναζήτηση των αληθών δικαιούχων ή αληθών κυρίων ή αληθών ιδιοκτητών («beneficial owners») τελικών φυσικών προσώπων που κρύπτονται όπισθεν «νομικών οντοτήτων» και «συμβατικών μορφωμάτων», ως ενδεικτικώς είναι οι εντολοδόχοι μέτοχοι («nominee shareholders») ή οι εντολοδόχοι διοικητές ή διαχειριστές («nominee directors») νομικών προσώπων.

β) Ο όρος «legal entity» στην αγγλική γλώσσα και νομική επιστήμη ορίζεται ως «legal existence», ήτοι ως νομική ύπαρξη. Συνεπώς, στο αγγλικό δίκαιο νομική οντότητα καλείται κάθε μορφή νομικής οργανώσεως, η οποία, ενώ δεν αποτελεί φυσικό πρόσωπο, αναγνωρίζεται από το δίκαιο ως νομικώς υπαρκτή. Ο ορισμός είναι ευρύτατος και συμπεριλαμβάνει κάθε δυνατή μορφή νομικής οργανώσεως χωρίς περιορισμούς και εξαιρέσεις.

3) Ευθύνη της μητρικής εταιρείας

α) Το ζήτημα της ευθύνης στους Ομίλους Επιχειρήσεων.

Το βασικό ζήτημα που προκύπτει κατά την λειτουργία ενός Ομίλου επιχειρήσεων είναι εάν, λόγω της διοικητικής εξαρτήσεως των θυγατρικών εταιρειών του από την μητρική, δύναται να θεωρηθεί ως ενιαία συνολική οντότητα για τις πράξεις και παραλείψεις των μελών του, ούτως ώστε να δημιουργηθεί ενιαία ευθύνη του Ομίλου. Η ενιαία ευθύνη προϋποθέτει δημιουργία μίας ξεχωριστής νομικής προσωπικότητας, η οποία και θα ευθύνεται για τις πράξεις και παραλείψεις των μελών του. Όμως, ο Όμιλος δεν έχει ξεχωριστή νομική προσωπικότητα, ούτε ξεχωριστή περιουσία για την ικανοποίηση αξιώσεων τρίτου. Πρέπει να θεωρείται ως σύνολο επί μέρους επιχειρήσεων, εκάστη εκ των οποίων αποτελεί αυτοτελή νομική οντότητα και ενώ διατηρεί τη νομική της ανεξαρτησία, υπόκειται, λόγω του ελέγχου που ασκείται από την μητρική επιχείρηση, σε ενιαία διεύθυνση.

Γι' αυτόν τον σκοπό, είναι δυνατή η επέκταση της ευθύνης μίας εταιρείας στα περισσότερα μέλη του Ομίλου, με διάφορες τεχνικές μεθόδους και μηχανισμούς του δικαίου, ούτως ώστε οι δανειστές, αλλά και η μειοψηφία (εκτός του κυρίαρχου εταίρου) της θυγατρικής εταιρείας, να δύναται να εξασφαλίσουν την ευθύνη όλου του Ομίλου ή επιλεκτικώς του κυρίαρχου εταίρου, μέσω του οποίου είναι πιθανότερη η ικανοποίηση της αξιώσεως προς αποκατάσταση των αξιώσεών τους.

Συνεπώς, συνάγεται ότι δεν αρκεί προς καταλογισμό ευθύνης στην μητρική εταιρεία να έχει εκείνη απλή δυνατότητα ασκήσεως ελέγχου επί της θυγατρικής της, αλλά να ασκείται όντως πραγματικός έλεγχος. Για τον ίδιο ακριβώς λόγο, δεν αρκεί ούτε η απλή ένταξη της μητρικής και της θυγατρικής σε μία

ενιαία επιχειρηματική οντότητα προς καταλογισμό ευθύνης στην μητρική. Η Ενωσιακή νομολογία προχώρησε τον νομικό συλλογισμό και απεδέχθη πλέον ειδικά και εξεζητημένα κριτήρια για τον καταλογισμό της ευθύνης στην μητρική εταιρεία, καθώς δεν αρκούσε πλέον η αιτιολογία ότι απλώς η μητρική με την θυγατρική εταιρεία ανήκουν στην ίδια επιχειρηματική οντότητα.

Βασική αρχή για να επέλθη η συγκεκριμένη ευθύνη στην μητρική είναι η κυριαρχία της επί της θυγατρικής της. Αντιθέτως, αρνητική προϋπόθεση ευθύνης της μητρικής είναι ότι δεν επιτρέπεται η αντίστοιχη ευθύνη της θυγατρικής της να μεταβιβάζεται στην πρώτη αποκλειστικώς και μόνο επειδή η θυγατρική είναι αφερέγγυος και δεν υπάρχει άλλος τρόπος να εκπληρωθή η σύμβασή της με τον τρίτο ή να αποκατασταθούν οι ζημίες τις οποίες προξένησε σε αυτόν.

Το ζητούμενο σε περιπτώσεις αδιοπρακτικής ευθύνης έναντι τρίτων είναι να διατηρείται μια ισορροπία μεταξύ, αφ' ενός της διατηρήσεως της θεμελιώδους αρχής της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου και αφ' ετέρου της εννοίας και αισθήματος δικαίου.

Γ. ΝΑΥΤΙΛΙΑΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ

1) Γενικώς

α) Η ναυτιλία είναι μία περίπλοκη βιομηχανία. Τα πλοία, ως τα θεμελιώδη στοιχεία της, ποικίλουν σε μέγεθος και τύπο, παρέχοντα ποικιλία υπηρεσιών μεταφοράς για διάφορα είδη φορτίων, τα οποία πρέπει να μεταφερθούν σε μικρές ή σε μεγάλες θαλάσσιες αποστάσεις. Το μεγαλύτερο μέρος της ναυτιλιακής βιομηχανίας ασχολείται με την εκτέλεση του διεθνούς εμπορίου και επομένως λειτουργεί εντός παγκοσμίου πλαισίου συμφωνιών οικονομικής, πολιτικής και κοινωνικής σημασίας μεταξύ ναυτιλιακών εταιρειών, φορτωτών, κυβερνητικών οργανώσεων και άλλων εμπλεκόμενων μερών.

β) Η ναυτιλιακή επιχείρηση διαφέρει από κάθε άλλη μορφή επιχειρήσεως ως προς την οικονομική της δραστηριότητα. Εν πρώτοις, η διαφορετικότητά αυτής στηρίζεται στις υπηρεσίες, που προσφέρει μέσω των πλοίων της. Τα πλοία κινούνται σε όλα τα σημεία της γης, εν αντιθέσει προς την σταθερότητα, την οποία δυνατόν να έχει ένα εργοστάσιο ή κάποια άλλη εμπορική επιχείρηση με σταθερή βάση. Επίσης, υφίσταται ένα συνεχής ανταγωνισμός (competition) που λειτουργεί σε παγκόσμιο επίπεδο και δεν υπόκειται σε κρατικές παρεμβάσεις. Το λειτουργικό κόστος της ναυτιλιακής επιχειρήσεως δεν είναι δυνατόν να προϋπολογισθή με ακρίβεια, διότι τα στοιχεία που το συνθέτουν (λ.χ. καύσιμα, εφόδια, λιμενικά τέλη, δαπάνες φορτοεκφορτώσεως, συντήρηση και επισκευές (Maintenance and Repairs), υπόκεινται σε απρόβλε-

πτες διακυμάνσεις, τόσο χρονικώς όσο και τοπικώς. Επιπλέον, ο ναύλος, δεν εξαρτάται από το απαιτούμενο κόστος, αλλά διαμορφώνεται διεθνώς, αναλόγως προς τους νόμους της προσφοράς και της ζήτησης.

γ) Η ναυτιλιακή επιχείρηση είναι επιχείρηση υψηλού κινδύνου εκ μέρους του πλοιοκτήτη. Η επαύξηση των ευθυνών τούτου οδηγεί σε μείωση της ναυτιλιακής επιχειρηματικότητας και επιφυλακτικότητα, εντεύθεν, ο περιορισμός της ευθύνης του αποτελεί οικονομική αναγκαιότητα.

Όσο τα πλοία αυξάνονται σε αριθμό, εντείνεται και η πολυπλοκότητα τής διαχείρισης της επιχειρήσεως, εντεύθεν χρειάζονται περισσότερα άτομα και εξειδικευμένα Τμήματα. Έτσι σχηματίζονται οι κολοσσοί ναυτιλιακών επιχειρήσεων, με περίπλοκη οργανωτική δομή, με πολλά Τμήματα, των οποίων η λειτουργία και οι αρμοδιότητες των απασχολούμενων είναι καθωρισμένες, προκειμένου να επιτυγχάνονται η εσωτερική και εξωτερική επικοινωνία των τμημάτων και η έγκυρη, άνευ καθυστερήσεων εκτέλεση των εργασιών.

δ) Η ναυτιλιακή επιχειρηματική δραστηριότητα ασκείται στην Ελλάδα σχεδόν αποκλειστικώς από εξωχώριες επιχειρήσεις, στις οποίες η ελληνική Πολιτεία έχει απονείμει ένα προνομιακό καθεστώς. Οι υπεράκτιες εταιρείες αποτελούν μια ανεξάρτητη νομική κοινότητα εταιρικών σχημάτων, χαρακτηριστικό των οποίων είναι το χαμηλό ιδρυτικό κεφάλαιο και η χαλαρή και εύκαμπτη φορολογική μεταχείριση. Στόχος των ευνοϊκών διατάξεων είναι η προσέλκυση ξένων κεφαλαίων και η δραστηριοποίηση περισσότερων ναυτιλιακών φορέων της Χώρας στις διεθνείς συναλλαγές προς τελικό όφελος της Εθνικής Οικονομίας.

ε) Η ολοκληρωμένη οργανωτική δομή μιας ναυτιλιακής επιχειρήσεως βασίζεται σε τρεις κύριες λειτουργίες, και δη την επίτευξη των στόχων τής επιχειρήσεως, την ελαχιστοποίηση των επιδράσεων από την πιθανή μεταβολή των απασχολούμενων και τέλος από το διοικητικό κέντρο, στο οποίο λαμβάνονται οι αποφάσεις και πραγματοποιούνται οι δραστηριότητες τής επιχειρήσεως.

Σκοπός της οργανώσεως είναι η ορθολογικότερη εκμετάλλευση των πλοίων αυτής.

2) Οι Ναυτιλιακές εταιρείες (Shipping companies)

α) Οι ναυτιλιακές επιχειρήσεις τυγχάνουν στην πλειονότητα τους «μονοβάπορες» (The single(one) ship companies), δηλαδή έχουν στην κυριότητά τους ή εκμεταλλεύονται ένα μόνο πλοίο. Από νομικής απόψεως, η μονοβάπορη εταιρεία δεν είναι κάποιο ξεχωριστό είδος εταιρείας, δεν έχει δηλαδή ειδικές διατάξεις που την διέπουν. Το ιδιαίτερο στοιχείο της είναι ότι περιλαμβάνει ένα

μόνο περιουσιακό στοιχείο (το πλοίο), από το οποίο αποκλειστικώς δύνανται να ικανοποιηθούν οι δανειστές της εταιρείας.

β) Κύριος σκοπός των μονοβάπορων εταιρειών είναι να μετακυλίσουν το βάρος τού κινδύνου από τους εταίρους στους δανειστές της εταιρείας. Τούτο διότι, κατανέμοντας τις επενδύσεις και τα περιουσιακά τους στοιχεία σε πολλές εταιρείες οι οποίες περιλαμβάνουν μόνο ένα περιουσιακό στοιχείο (πλοίο) εκάστη, οι διοικούντες μέτοχοι περιορίζουν την ζημία, την δυναμένη να υποστεί επενδυτικώς η οιαδήποτε εταιρεία, σε αυτήν και μόνον αυτήν, αποφεύγοντες την διάχυσή της στις λοιπές εταιρείες του Ομίλου. Αφ' ης στιγμής ένας ναυτιλιακός επιχειρηματίας αποφασίσει να ιδρύσει μία μονοβάπορη εταιρεία, τότε δύνανται να το επιτύχει είτε μέσω της κτήσεως μεριδίων εταιρειών, οι οποίες είναι κυρίες πλοίων σε οριζόντια εταιρική δομή, είτε μέσω κτήσεως μιας εταιρείας holding, η οποία γίνεται ο κύριος εταίρος μονοβάπορων εταιρειών σε κάθετη εταιρική δομή. Οι πλοιοκτήτριες και οι εφοπλιστριες εταιρείες, οι οποίες, κατά κανόνα, έχουν την καταστατική τους έδρα σε χώρες εκτός Ελλάδος (λ.χ. στον Παναμά ή στη Λιβερία), καταρτίζουν συμβάσεις πρακτορείας- διαχειρίσεως (management) με άλλες εταιρείες (διαχειρίστριες), οι οποίες δεν διαθέτουν κατά κυριότητα πλοία και απλώς διαχειρίζονται αυτά των αντισυμβαλλομένων τους. Έτσι, το κεντρικό ζήτημα αποτελεί η δυνατότης της θεμελιώσεως ευθύνης του μοναδικού ή του κυριάρχου μετόχου ή εταίρου σχετικώς προς ωρισμένα εταιρικά χρέη ή της θεωρήσεώς του ως εφοπλιστή - ούτως ώστε να ευθύνεται ως προς τις πάσης φύσεως ευθύνες εκ της εκμεταλλεύσεως πλοίου, το οποίο ανήκει κατά κυριότητα στην εταιρεία ή υπόκειται στην εφοπλιστική της δραστηριότητα - και περαιτέρω βάσει ποίων νομικών βάσεων δύνανται να θεμελιωθή η τοιαύτη ευθύνη του.

γ) Πολλές φορές μεταξύ των πλοιοκτητριών και των διαχειριστριών εταιρειών δυνατόν να υπάρχει συμμετοχή, αμοιβαία ή μη, της μιας εταιρείας στο κεφάλαιο της άλλης και οι μετοχές και τα μερίδια όλων των εταιρειών ενός Ομίλου να ανήκουν στο σύνολό τους ή κατά πλειοψηφία στο ίδιο νομικό πρόσωπο (μητρική εταιρεία), ενώ δύνανται να συνδέονται με ποικίλες χρηματοοικονομικές σχέσεις, ως λ.χ. παροχή εγγυήσεων σε τραπεζικό δανεισμό υπέρ μιας ή περισσότερων εταιρειών του Ομίλου, μαζικές προμήθειες ανταλλακτικών, υλικών και εξοπλισμού, εσωτερική επικοινωνία τραπεζικών λογαριασμών κ.α.

3) Οι Ναυτιλιακές υπεράκτιες Εταιρείες (Offshore Companies)

α) Πολλά Διεθνή Υπεράκτια Οικονομικά Κέντρα (IOFC - International Offshore Financial Centers) έχουν θεσπίσει ευνοϊκές ρυθμίσεις για να προσελκύσουν ναυτιλιακές υπεράκτιες εταιρείες, οι οποίες ασχολούνται με τη ποντοπόρο ναυτιλία, περιλαμβανομένων της ναυλώσεως και μισθώσεως σκαφών. Οι χώ-

ρες αυτές ενθαρρύνουν δυναμικώς τις ναυτιλιακές εταιρείες να λειτουργήσουν υπό τις λεγόμενες σημαίες ευκαιρίας, γεγονός που επιτρέπει σε μία μη μονίμως εγκατεστημένη εταιρεία να νηολογήσει τα πλοία της με σύντομες και όχι ιδιαιτέρως αυστηρές διαδικασίες, αλλά με εξαιρετικώς χαμηλό και ανταγωνιστικό κόστος, χρησιμοποιώντας την σημαία του υπεράκτιου κέντρου. Τα κέρδη που προκύπτουν από την εκμετάλλευση-διαχείριση του πλοίου που κατέχει μια υπεράκτια εταιρεία, υποβάλλονται σε μια ειδική και πολύ χαμηλή φορολογική μεταχείριση.

β) Οι Έλληνες πλοιοκτήτες υπήρξαν οι πρώτοι οι οποίοι έκαναν χρήση - κατάχρηση των υπεράκτιων αυτών εταιρειών. Χιλιάδες πλοία ελληνικής ιδιοκτησίας ανήκουν σε εταιρείες εγκατεστημένες σε διεθνή υπεράκτια χρηματοοικονομικά κέντρα, κυρίως δε Λιβερτιανής ή Παναμαϊκής ιδιοκτησίας. Στις περιπτώσεις αυτές, καίτοι οι εταιρείες είναι τύποις εγκατεστημένες στις χώρες αυτές, εν τούτοις τα πλοία νηολογούνται και φέρουν την Ελληνική σημαία βάσει του άρθρου 5 ΝΔ 187/1973 και ως εκ τούτου θεωρούνται ελληνικά. Επίσης, υπάρχει η δυνατότης να υπαχθούν και στις ευνοϊκές διατάξεις του συνταγματικώς κατοχυρωμένου ΝΔ 2687/1953 για την προστασία κεφαλαίων εξωτερικού, ενώ η συνταγματικώς κατοχυρωμένη φορολογία των ναυτιλιακών αυτών εταιρειών υπολογίζεται βάσει της ηλικίας και των κόρων ολικής χωρητικότητας του κάθε πλοίου.

γ) Σήμερα, ένας πολύ μεγάλος αριθμός πλοίων ελληνικών συμφερόντων, ο οποίος έχει εγκαταστήσει ναυτιλιακές εταιρείες στα υπεράκτια αυτά κέντρα, φέρει την σημαία των κέντρων, καθώς το πλοίο πρέπει να φέρει την σημαία της χώρας στην οποία είναι εγκατεστημένη η έδρα των εταιρειών στην οποία ανήκουν τα πλοία, άνευ υπάρξεως γνησίου δεσμού μεταξύ της Χώρας νηολογήσεως και της Χώρας προελεύσεως της πλοιοκτησίας.

4) Οι Ναυτιλιακοί Όμιλοι

Αποτελούν χαρακτηριστικό παράδειγμα νομικών μορφωμάτων τα οποία προκύπτουν από την πρωτότυπη σύζευξη διαφορετικών στοιχείων.

Παρά τις όποιες διαφορές στην διάρθρωσή τους, εμφανίζουν ορισμένα κοινά στοιχεία, τα οποία δύναται να συνοψισθούν ως εξής: i) συνήθως είναι οικογενειακοί Όμιλοι με οριζόντια ή μεικτή (οριζόντια/κάθετη) δομή ακτινοειδούς οργανώσεως, ii) τα πλοία ανήκουν σε νομικές ανεξάρτητες εταιρείες, κατά κανόνα μονοβάπορες, με εγκατάσταση σε μη ευρωπαϊκές χώρες και πραγματική έδρα συνήθως στην ημεδαπή, iii) τα νομικά πρόσωπα δεύτερου συνήθως επιπέδου, εκτός από την κατοχή των μετοχών των πλοιοκτητριών (holding companies), επιδίδονται σε περιορισμένης εκτάσεως τραπεζικές και επενδυτικές εργασίες, iv) οι πλοιοκτήτριες εταιρείες αναθέτουν τη διαχείριση μο-

ναδικού περιουσιακού τους στοιχείου σε μία διαχειρίστρια εταιρεία ή περισσότερες διαχειρίστριες ομοίων συμφερόντων, που ευρίσκονται σε οριζόντιο επίπεδο συνεργασίας με τις πλοιοκτήτριες. Βασικός στόχος της συγκεκριμένης δομής είναι η αποφυγή των ηυξημένων επιχειρηματικών κινδύνων, οι οποίοι προκαλούνται λόγω της μεταβλητότητας των συνθηκών του συγκεκριμένου κλάδου, αλλά και του αριθμού των δανειστών του πλοίου.

Η γεωγραφική διασπορά των εταιρειών ενός ναυτιλιακού Ομίλου οργανώνεται επί τη βάση οικονομικών, φορολογικών και εμπορικών κριτηρίων, συνήθως εν συναρτήσει προς την σημαία που υψώνεται στο πλοίο.

Δ. ΝΑΥΤΙΚΕΣ ΑΠΑΙΤΗΣΕΙΣ

α) Στην ελληνική έννομη τάξη δεν υπάρχει ορισμός της ναυτικής απαιτήσεως. Η αναφορά που γίνεται σε νομοθετήματα είναι περιπτωσιολογική και εν συνδυασμώ προς τον σκοπό του οικείου νομοθετήματος, με συνέπεια την άλλοτε ευρύτερη και άλλοτε στενότερη εννοιολογική οριοθέτηση.

Προς θεμελίωση δικαιοδοσίας στο άρθ. 51 του Ν. 2172/1993 (ίδρυση Τμημάτων ναυτικών διαφορών) ορίζονται ως ναυτικές διαφορές εκείνες που πηγάζουν από πράξεις θαλασσίου εμπορίου, την χρησιμοποίηση, λειτουργία ή ναυσιπλοΐα πλοίου ή την παροχή εργασίας σ' αυτό, απαριθμούνται δε ακολούθως τέτοιες διαφορές σε ένα ενδεικτικό κατάλογο.

Η εννοιολογική οριοθέτηση της ναυτικής απαιτήσεως σε συνάρτηση με το σκοπό και τις ανάγκες της οικείας ρυθμίσεως απαντάται και σε διεθνές επίπεδο. [άρθ. 1 στ. 1 της ΔΣ 1952 για τη συντηρητική κατάσχεση πλοίων (και τη νεότερη ΔΣ 1999), άρθ. 2 παρ.1 τη ΔΣ 1976 για τον περιορισμό της ευθύνης για ναυτικές απαιτήσεις και τις ΔΣ 1926/1993 για τις ναυτικές υποθήκες και τα προνόμια.]

Στις ναυτικές απαιτήσεις απαντώνται ωρισμένα ελάχιστα κοινά στοιχεία, τα οποία τις διαφοροποιούν:

(i) Αιτία των ναυτικών απαιτήσεων είναι το πλοίο, και ειδικότερα η κτήση, λειτουργία ή οικονομική χρησιμοποίησή του. Υπό το πρίσμα αυτό, η ναυτική απαίτηση συνιστά το νομικό παρακολούθημα του πλοίου, διότι ενσωματώνεται σε αυτό, ή παράγεται από αυτό, ή εξυπηρετεί τη λειτουργία του .

(ii) Το πλοίο σε όλα τα στάδια της εκμεταλλεύσεως του συνιστά όχι μόνο την πηγή γενέσεως απαιτήσεων, αλλά επίσης και το περιουσιακό στοιχείο, στο οποίο αποβλέπουν οι δανειστές προς ικανοποίησή τους. Υπό την έννοια αυτή, στην περίπτωση της ναυτικής απαιτήσεως, υποχωρεί το πρόσωπο του οφειλέτη, παραχωρώντας ως ένα βαθμό και μέσω διάφορων νομικών τεχνικών, την θέση του σε ένα πλοίο.

β) Κατά ταύτα, το πλοίο είναι σοβαρή πηγή υποχρεώσεων. Η ναυπήγηση και η αγορά σύγχρονων πλοίων δεν είναι δυνατό να γίνουν χωρίς ευρεία δανειοδότηση. Το πλοίο, ως μέσον ασκήσεως της θαλασσοπλοΐας, υπόκειται στους σοβαρούς κινδύνους αυτής και είναι η αιτία ποικίλων υποχρεώσεων, ως μισθών και λοιπών παροχών προς τον πλοίαρχο και τα μέλη του πληρώματος, εισφορών προς τους οργανισμούς κοινωνικής ασφάλισεως των ναυτικών, φόρων, τελών και δικαιωμάτων συναφών με τη ναυσιπλοΐα του, δαπανών σχετικών προς την φύλαξη, συντήρηση και λειτουργία του ως οικονομικής μονάδος, αμοιβών για πλοήγηση, ρυμούλκηση ή θαλάσσια αρωγή, ασφαλίσεων προς κάλυψή του από θαλάσσιους ή πολεμικούς κινδύνους, δανείων για τη συνέχιση του πλου, αποζημιώσεων για απώλεια ή αβαρία του φορτίου και γενικότερον προς αποκατάσταση των ζημιών ναυτικού ατυχήματος (συγκρούσεως κλπ.).

Έτσι, όσοι δανείζουν ή πιστώνουν τον κύριο του πλοίου για τη ναυπήγηση ή την αγορά του, καθώς και όσοι συναλλάσσονται με τον εκμεταλλευόμενο αυτό (πλοιοκτήτη ή εφοπλιστή) ή τον πλοίαρχο κατά το στάδιο της οικονομικής χρησιμοποιήσεως τούτου (ναυτικοί δανειστές) αποβλέπουν κυρίως στο πλοίο προς ικανοποίηση των απαιτήσεών τους.

Οι μηχανισμοί της ναυτικής πίστεως θωρακίζουν τις βασικότερες ναυτικές απαιτήσεις, αυτές που προέρχονται κυρίως από πιστωτικές συναλλαγές, μέσω της χρήσεως του βασικού περιουσιακού στοιχείου της ναυτιλιακής επιχειρήσεως ως ασφάλειας.

γ) Ειδικότερον, οι δανειστές κατά των οποίων προσπαθούν οι μονοβάπορες θυγατρικές ναυτικές εταιρείες (εν προκειμένω) να περιορίσουν την ευθύνη τους χωρίζονται σε δύο βασικές κατηγορίες: (α) τους δανειστές εκ συμβάσεως και (β) τους εξωσυμβατικούς (εξ αδικοπραξίας) δανειστές. Οι πρώτοι είναι, συνήθως, είτε δανειστές εκ δανειακής συμβάσεως (συνήθως Τράπεζες) η οποία συνάπτεται μεταξύ εκείνων και των ναυτιλιακών εταιρειών, είτε φορτωτές οι οποίοι έχουν συνάψει σύμβαση μεταφοράς, διεπόμενη από ειδικές, προκαθορισμένες ρήτρες με τις ναυτιλιακές εταιρείες. Τις περισσότερες φορές αυτοί έχουν μεγαλύτερη διαπραγματευτική δύναμη εν σχέσει προς τους εξωσυμβατικούς δανειστές, διότι οι δεύτεροι δεν έχουν εκ των προτέρων ορίσει μέσω προκαθορισμένων ρητρών και συμβατικών όρων την έκταση της ευθύνης του μεταφορέως. Επιπλέον, δεν έχουν εκ των προτέρων ασφαλίσει τυχόν ζημίες τους από ενέργειες του μεταφορέως ούτε είναι καλυμμένοι σε περίπτωση πτωχεύσεως της εταιρείας. Συνήθως, στην κατηγορία αυτή εμπίπτουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα (λ.χ. λιμενικές αρχές εγκαταστάσεων ή αλλότρια πλοία, επιβάτες/πλήρωμα ή ιδιοκτήτης φορτίου άλλου πλοίου) τα οποία επλήγησαν από λανθασμένους χειρισμούς πλοίου της μονοβάπο-

ρης εταιρείας. Στην δεύτερη περίπτωση γεννάται - υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις - πρωτογενής ευθύνη της μητρικής εταιρείας να αποζημιώσει τον αντισυμβαλλόμενο ή ζημιωθέντα (από την θυγατρική της) τρίτο λόγω αδικοπραξίας (914 ΑΚ), λόγω συμπεριφοράς αντίθετης προς τα χρηστά ήθη (919 ΑΚ) και τέλος λόγω ευθύνης του προστήσαντος (922 ΑΚ), όπου προστήσας είναι η θυγατρική εταιρεία και προστηθείς η μητρική της και εξ αυτού του λόγου ευθύνονται εις ολόκληρον αμφότεροι (926 ΑΚ).

Ε. ΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΤΗΤΑ

α) Η νομική προσωπικότητα είναι η ικανότητα δικαίου (άρθρα 34 και 61 ΑΚ) που απονέμεται υπό του νόμου σε οργανισμούς - (κοινωνικά μορφώματα ή δημιουργήματα της κοινωνικής πραγματικότητας που επιδιώκουν, μέσω της εταιρικής συμβάσεως ωρισμένο σκοπό) - οι οποίοι ανάγονται σε αυτοτελείς φορείς δικαιωμάτων και υποχρεώσεων, δηλαδή σε νομικά πρόσωπα με χωριστή περιουσία απ' αυτή των μελών τους, που τους προσδίδει αυθύπαρκτη στο χώρο και συνεχή στο χρόνο οντότητα.

Η νομική προσωπικότητα δεν είναι δικαίωμα, αλλά θεσμός, διότι θεωρείται ως μία συνισταμένη από ικανότητες, ιδιότητες και καταστάσεις που διέπεται από ένα πλέγμα κανόνων δικαίου.

Το νομικό πρόσωπο ιδρύεται και διατηρείται από φυσικά πρόσωπα προς επιδίωξη των σκοπών τούτων. Η διάσταση μεταξύ υποκειμένου της περιουσίας και υποκειμένου του συμφέροντος και η εντεύθεν δυνατότης διακινδυνεύσεως των συμφερόντων του δανειστή του νομικού προσώπου, δεν επαρκεί για να θεμελιώσει νόμιμο λόγο ευθύνης των μελών, η οποία δύναται να θεμελιωθεί μόνο επί τη βάσει ιδιαίτερου λόγου ευθύνης.

Η αυτοτέλεια της ευθύνης δεν αποτελεί αναγκαίο στοιχείο της αποκτήσεως νομικής προσωπικότητας, αλλά σαφή δικαιοπολιτική επιλογή.

β) Η αυτοτέλεια των νομικών προσώπων απορρέει από τις διατάξεις των άρθρων 61 επ. ΑΚ (ιδίως 70 και 71) και εκδηλώνεται αφ' ενός σε επίπεδο περιουσίας (περιουσιακή ή οικονομική αυτοτέλεια) και αφετέρου σε επίπεδο ευθύνης (αυτοτέλεια ευθύνης).

Συμφώνως προς την αρχή της αυτοτέλειας, άλλως αρχή του χωρισμού (αυτονόμησης), το νομικό πρόσωπο θεωρείται ως αυτοτελές υποκείμενο δικαιωμάτων και υποχρεώσεων και διακρίνεται από τα πρόσωπα ή την περιουσία των μελών που το αποτελούν, ως κάτι ξεχωριστό από αυτά. Δηλαδή, διαθέτει ιδική του περιουσία, η οποία είναι ανεξάρτητη από την περιουσία των μελών του και η μόνη, κατ' αρχάς, υπέγγυα έναντι των δανειστών του για τα δημιουργούμενα χρέη. Εξ άλλου, τα μέλη δεν φέρουν ευθύνη για τις υποχρεώσεις του

νομικού προσώπου, ενώ και το ίδιο το νομικό πρόσωπο δεν ευθύνεται για τις υποχρεώσεις των μελών του.

Ο χωρισμός δύναται να οδηγεί και σε επιβλαβή αποτελέσματα, διότι με την διάκριση μεταξύ του νομικού προσώπου και των μελών του δεν αποκαλύπτεται η αρνητική επίδραση, την οποία ταύτα ενδεχομένως ασκούν στο νομικό πρόσωπο ή αντιστρόφως επιτρέπει στο νομικό πρόσωπο να καλύπτει τις ενδεχόμενες αθέμιτες ενέργειες των μελών του.

γ) Το όργανο της εταιρείας εκφράζει την βούλησή της. Η ιδιαιτερότητα του νομικού προσώπου έγκειται στο γεγονός ότι η ίδρυσή του εξαλείφει την νομική αυθυπαρξία των ατόμων που συμμετέχουν σε αυτήν, υπό την έννοια ότι το νομικό πρόσωπο καθίσταται φορέας ιδίας βουλήσεως και ο διοικών αυτό δεν είναι πρόσωπο διάφορο του νομικού προσώπου, αλλά είναι αυτή η ίδια η βούληση του νομικού προσώπου. Άλλως τίθεται το ζήτημα όταν το φυσικό πρόσωπο ανάγεται σε επιχειρηματικό φορέα με την αντίστοιχη αποδυνάμωση του πραγματικού επιχειρηματικού φορέως, δηλαδή της ναυτιλιακής εταιρείας και την ουσιαστική ανυπαρξία εταιρικής επιχειρήσεως, χωρίς περιουσιακά στοιχεία και χωρίς ενεργό επιχειρηματική δράση.

Το νομικό πρόσωπο είναι φορέας μιας επιχειρηματικής μονάδος. Τα φυσικά πρόσωπα που το απαρτίζουν δεν είναι φορείς αυτής της επιχειρηματικής οντότητας, αλλά όργανα του φορέως της, τα οποία εκφράζουν την βούληση και εκτελούν τις ενέργειές του. Το φυσικό πρόσωπο δεν ασκεί επιχειρηματική δραστηριότητα μέσω του νομικού προσώπου, ούτε διοικεί την επιχειρηματική του δραστηριότητα σε αυτό, διότι τότε θα είχαμε δύο διαφορετικούς επιχειρηματικούς φορείς, την εταιρεία και τα φυσικά πρόσωπα που συμμετέχουν σε αυτή.

Κατά ταύτα, δεν είναι νομικώς δυνατόν να συνιστά καταχρηστική επίκληση της αρχής του χωρισμού η αναφερόμενη εκ μέρους του εταίρου άσκηση εμπορίας με παρένθετο πρόσωπο την εταιρεία, διότι η αρχή του παρενθέτου δεν δύναται από την ίδια τη φύση του πράγματος να τύχει εφαρμογής στα νομικά πρόσωπα εν σχέσει προς τα μέλη αυτών και όσους συγκροτούν τα όργανα της διοικήσεώς τους. Ο χαρακτηρισμός του μετόχου ή του οργάνου μιας κεφαλαιουχικής εταιρείας ως κρυπτομένου προσώπου είναι τελείως εσφαλμένος από νομικής απόψεως.

δ) Η κατά το δίκαιο δυσαρμονία δημιουργείται αφ' ης στιγμής το νομικό πρόσωπο αποδυναμώνεται κατά τέτοιο τρόπο, ώστε παύει να είναι ο πραγματικός φορέας της εταιρικής επιχειρήσεως και την θέση του λαμβάνει κάποιος άλλος, ο οποίος δυνατόν να είναι και ένα νομικό πρόσωπο.

Επισημαίνεται ότι οι ρυθμίσεις του άρθρου 16 του Ν. 3091/2002 περί ευθύνης παρόντων προσώπων εις ολόκληρον με τον υπόχρεο προς καταβολή του φόρου, αφορούν σε διαφορετικές περιπτώσεις .

ε) Οι εταιρείες με νομική προσωπικότητα, την οποία διατηρούν μέχρι πέρας της εκκαθαρίσεως και για τις ανάγκες αυτής, έχουν ιδική τους περιουσία (Συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 249 και 251 Ν. 4072/2012 (προϊσχύσαντα άρθρα 22 και 28 ΕμπΝ), 72, 759, 777 εδάφ. α', 780 εδάφ. α', 781, 782 και 784 ΑΚ).

Εξ άλλου, κατά την διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν. 4548/2018 «1. Η ανώνυμη εταιρεία είναι κεφαλαιουχική εταιρεία με νομική προσωπικότητα, για τα χρέη της οποίας ευθύνεται μόνο η ίδια με την περιουσία της. Το κεφάλαιό της διαιρείται σε μετοχές.».

ΣΤ. ΑΡΣΗ ΑΥΤΟΤΕΛΕΙΑΣ (ΓΕΝΙΚΩΣ)

Ι. Η ΘΕΩΡΙΑ

α) Ο θεσμός της νομικής προσωπικότητας των (ανωνύμων) εταιρειών υποχωρεί έναντι άλλων προτεραιοτήτων, οι οποίες, κατά την εκτίμηση της έννομης τάξεως, αξιώνουν προτεραιότητα ή αναιρείται στις περιπτώσεις που σημειώνεται κατάχρηση αυτού.

Ο περιορισμός αυτός επέρχεται μέσω της θεωρίας της «άρσης της αυτοτέλειας». Ο όρος είναι περιγραφικός για την αποκάλυψη των προσώπων και αποδίδεται ως άρση της αυτοτέλειας ή αφαίρεση του μανδύα του νομικού προσώπου (“lifting the corporate veil”) ή διείσδυση στο υπόστρωμά του (“piercing the veil of corporate entity”) ή ως μη σεβασμός ή αγνόηση ή κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας (“disregard of legal entity”) ή ως παραμέριση ή κάμψη της νομικής προσωπικότητας ή ταύτιση του νομικού προσώπου με τα μέλη του.

Συμφώνως προς αυτήν, σε ορισμένες περιπτώσεις ο χωρισμός του νομικού προσώπου από τα μέλη του δεν λαμβάνεται υπ' όψιν και το νομικό πρόσωπο ταυτίζεται με αυτά, με αποτέλεσμα είτε έννομες συνέπειες που θα ίσχυαν μόνο για το νομικό πρόσωπο να επέλθουν και στα μέλη του, είτε νομικές καταστάσεις ή ιδιότητες, που χαρακτηρίζουν μόνο τα μέλη, να ληφθούν υπ' όψιν και για τη νομική μεταχείριση αυτού, είτε τέλος να μην επέλθουν για το νομικό πρόσωπο ή τα μέλη του ή δι' αμφοτέρω, έννομα αποτελέσματα που προϋποθέτουν τον μεταξύ τους χωρισμό. Σ' αυτές τις περιπτώσεις, η νομική προσωπικότητα δεν καταλύεται, αλλά παραμερίζεται μόνο για τη συγκεκριμένη περίπτωση.

Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, άλλως κάμψη της νομικής προσωπικότητας, είναι μια μέθοδος καταλογισμού εννόμων συνεπειών που αφορούν στην ΑΕ ως νομικό πρόσωπο, στους μετόχους της.

Β) Η θεωρία της άρσης ειδικότερα αντιμετωπίζει τις περιπτώσεις αποκλίσεως από τους σκοπούς - για τους οποίους το δίκαιο απονέμει τη νομική προσωπικότητα και αναγνωρίζει την αυτοτέλεια και την έλλειψη ευθύνης - ως απόκλιση από τον τύπο της ανώνυμης εταιρείας, οπότε θεμιτώς (και χρονικώς περιωρισμένως) θεμελιώνεται στις εξαιρετικές αυτές περιπτώσεις εις ολόκληρον ευθύνη των μετόχων και υπεγγυότητα των περιουσιών τους.

Υπό την έννοια αυτή θεωρείται ότι παραβιάζεται η εταιρική έννομη τάξη (και συνεπώς αλλοιώνεται ο τύπος της Α.Ε.), καθ' όσον οι μέτοχοι υποκαθιστούν τη βούληση του νομικού προσώπου με την ιδική τους και υπονομεύουν την αυτονομία του ως προς το πράττειν (διοικείν), διαπλέκοντες ή συγχέοντες την ιδική τους έννομη σφαίρα με εκείνη του νομικού προσώπου, οπότε και επέρχεται ως κύρωση η άρση του ανευθύνου, ώστε να διασφαλισθή το κύρος των διατάξεων περί αυτονομίας.

Ούτως, ως άρση της αυτοτέλειας νοείται η μη εφαρμογή της αρχής του χωρισμού κατόπιν συστολής του κανόνος χωρισμού και η εφαρμογή ενός άλλου κανόνος πληρώσεως, μέσω της οδού της ερμηνείας ή της αναλογίας ή της διπλάσεως του δικαίου.

Κατ' ακολουθίαν, η αρχή της άρσεως της αυτοτέλειας είτε: 1) εδράζεται στην τεολογική συστολή του εφαρμοστέου (περί ανευθύνου) κανόνος δικαίου (οπότε και η εξεταζόμενη συμπεριφορά αποτελεί : i) καταστρατήγηση νόμου ή ii) δόλια πρόκληση βλάβης προς τρίτον ή iii) αποφυγή εκπλήρωσεως των εταιρικών και ατομικών υποχρεώσεων, είτε 2) συνίσταται στην κατάχρηση της εταιρικής σχέσεως ως θεσμού ασκήσεως επαγγελματικής - επιχειρηματικής δράσεως στο πεδίο της εφαρμογής του Συνταγματικού Δικαίου (άρθρα 5 παρ. 1, 12 παρ. παρ. 1, 3 και 25 παρ. 1 γ του Συντάγματος), είτε 3) αποτελεί κατάχρηση δικαιώματος κατ' άρθρο 281 ΑΚ, υπό την έννοια ότι οι φερόμενες ως πράξεις της εταιρείας αποτελούν στην πραγματικότητα πράξεις του κυρίαρχου μετόχου ή εταίρου της, οι οποίες σκοπίμως παραλλάσσονται και αντιστρόφως οι πράξεις του φυσικού προσώπου συνεχονται προς την εταιρεία από την οποία αθεμίτως επιχειρούν να αποκοπούν. Η κύρωση, που ακολουθεί την κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας πλήττει την αρχή του χωρισμού, ως προελέχθη.

γ) Οι κυριότερες περιπτώσεις άρσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου είναι: i) η άρση προς όφελος τρίτων, δηλαδή των δανειστών του νομικού προσώπου, με αποτέλεσμα την ευθύνη των μελών του νομικού προσώπου για τα χρέη του τελευταίου (εχθρική ή εξωτερική άρση) και ii) η άρση προς όφε-

λος των μελών του νομικού προσώπου ή του ιδίου του νομικού προσώπου, με αποτέλεσμα την επέλευση ευμενών ή τη μη επέλευση δυσμενών, για τα μέλη ή το νομικό πρόσωπο αντιστοίχως, συνεπειών, τις οποίες θα επέβαλε κανονικώς ο σεβασμός της αρχής του χωρισμού (φιλική ή εσωτερική άρση).

Στις περιπτώσεις, κατά τις οποίες δεν διαπιστώνεται κατάχρηση κατά τη λειτουργία του εταιρικού θεσμού διατηρείται αναλλοίωτη και η αυτοτέλεια της εταιρείας ως νομικού προσώπου.

δ) Ο παραμερισμός της νομικής προσωπικότητας νομίμως συσταθέντος και λειτουργούντος νομικού προσώπου (είτε ευθέως είτε αντιστρόφως/αντιθέτως) δεν δικαιολογείται μόνο από τη συγκέντρωση του συνόλου ή των περισσότερων μετόχων στο πρόσωπο ενός μετόχου ή από τη συμμετοχή μόνο τούτου στα όργανα της εταιρείας και την εντεύθεν καθοριστική συμβολή του στη λήψη των εταιρικών αποφάσεων. Επίσης, δεν δικαιολογείται μόνο από την ταύτιση των συμφερόντων της εταιρείας προς αυτά του κυρίου μετόχου ή από τη συστηματική παροχή εγγυήσεων του προσώπου αυτού για λογαριασμό της εταιρείας ή τέλος από την εμφάνιση τούτου ως του ουσιαστικού φορέως της επιχειρήσεως.

ε) Η αρχή αυτή της οικονομικής αυτοτέλειας και ευθύνης του νομικού προσώπου της εταιρείας έναντι των μετόχων ή των εταίρων της υποχωρεί όταν η επίκληση της διαφορετικής προσωπικότητας της χρησιμεύει για να νομιμοποιηθεί αποτέλεσμα αντίθετο προς τους κανόνες της καλής πίστωσης, δηλαδή όταν οι πράξεις της εταιρείας είναι στην πραγματικότητα πράξεις του κυρίαρχου μετόχου ή εταίρου της, οι οποίες σκοπίμως παραλλάσσονται ή, αντιστρόφως, όταν οι πράξεις του φυσικού προσώπου συνεχονται με την εταιρεία από την οποία αθεμίτως επιχειρείται να αποκοπούν. Η μορφή αυτή καταχρήσεως του θεσμού της εταιρείας εκδηλώνεται κυρίως στις περιπτώσεις κατά τις οποίες ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος χρησιμοποιεί την νομική προσωπικότητα της εταιρείας για να καταστρατηγήσει το νόμο (λ.χ. να παρακάμψει απαγόρευση που τον δεσμεύει ως φυσικό πρόσωπο) ή για να προκαλέσει με δόλο ζημία σε τρίτο (οπότε θα ανακύπτει και αδικοπρακτική ευθύνη του) ή για να αποφευχθεί η εκπλήρωση είτε εταιρικών είτε ατομικών υποχρεώσεών του, δημιουργηθεισών καθ' υπέρβαση των πραγματικών εταιρικών ή ατομικών του δυνατοτήτων.

Η χρησιμοποίηση του θεσμού της εταιρείας προς εξυπηρέτηση σκοπών διαφορετικών εκείνων, τους οποίους κατά την αντίληψη της έννομης τάξεως ο θεσμός αυτός εξυπηρετεί ή η χρησιμοποίησή του προς εξυπηρέτηση σκοπών που αποδοκιμάζονται από την έννομη τάξη, απαγορεύεται υπό του νόμου. Η κατάχρηση θεσμού δεν ρυθμίζεται ειδικώς υπό του νόμου, υπάγεται όμως στη διά-

ταξη του άρθρου 281 ΑΚ, και οι συνέπειες της καταχρήσεως αυτής είναι ανάλογες προς την κατάχρηση δικαιώματος.

II. ΧΡΗΣΙΜΟΠΟΙΟΥΜΕΝΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ

α) Ως ενδεικτικά κριτήρια της ως άνω καταχρήσεως χρησιμοποιούνται η ανεπαρκής χρηματοδότηση της εταιρίας, η σύγχυση της νομικής και εταιρικής περιουσίας ή αποφυγή παροχής εγγυήσεων του κυρίου ή μοναδικού μετόχου υπέρ του νομικού προσώπου παρά την προηγούμενη αντίθετη πρακτική του, η ταύτιση των συμφερόντων κυρίαρχου και υποτελούς προσώπου, η κυρίαρχη θέση στην εταιρεία, την οποία επιβεβαιώνει ο κυρίαρχος με αντίστοιχη δηλωτική συμπεριφορά του, η έλλειψη εταιρικής οργανώσεως, η έλλειψη συναλλακτικής οργανώσεως και δράσεως της εταιρείας, αλλά και η εικονικότητα της τελευταίας.

Επισημαίνεται ότι εικονική χαρακτηρίζεται ωρισμένη ναυτιλιακή εταιρεία, όταν δεν διαθέτει συναλλακτική οργάνωση και δράση, εντεύθεν δεν πρόκειται περί εικονικότητας υπό την έννοια του άρθρου 138 ΑΚ. Το νομικό πρόσωπο ιδρύεται σπουδαίως και όχι κατά φαινόμενο, είναι υπαρκτό και όχι άκυρο. Η ανωτέρω εικονικότης δεν επιφέρει από μόνη της την κάμψη της νομικής προσωπικότητας, συνιστά ωστόσο ένδειξη καταχρηστικής επικλήσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου της εταιρείας.

β) Ως πρόσθετα κριτήρια αναζητούνται σε κάθε περίπτωση η βούληση καταστρατηγήσεως νόμου και η πρόκληση δόλιας ζημίας σε τρίτους δανειστές, η αποφυγή εκπληρώσεως υποχρεώσεων, ιδιαιτέρως όταν οι αντισυμβαλλόμενοι δανειστές οδηγήθηκαν στη συγκεκριμένη συναλλαγή εξ αιτίας της εμφανιζομένης σ' αυτούς καταστάσεως, στην οποία δεν θα προέβαιναν αν γνώριζαν την πραγματικότητα και την πρόθεση καταστρατηγήσεως του κυρίαρχου μετόχου.

III. ΣΥΓΧΥΣΗ ΥΠΟΚΕΙΜΕΝΩΝ ΕΥΘΥΝΗΣ ΚΑΙ ΠΕΡΙΟΥΣΙΩΝ

α) Η σύγχυση υποκειμένων ευθύνης, ως κριτήριο καταχρηστικής συμπεριφοράς ικανό να συμβάλει στην κάμψη της αυτοτέλειας νομικού προσώπου απαντάται συνήθως σε επιχειρήσεις, οι οποίες τελούν μεταξύ τους σε σχέση μητρικής προς θυγατρική. Προκειμένου περί συγχύσεως υποκειμένων ευθύνης δεν αρκεί η ιδιοκτησιακή ταύτιση των δύο νομικών προσώπων, αλλά απαιτείται περαιτέρω ανάληψη κοινής δραστηριότητας ή ύπαρξη κοινής οργανώσεως. Πρακτικώς αυτό εκδηλώνεται με τη χρήση εκ μέρους των δύο νομικών προσώπων κοινής έδρας, κοινών εγκαταστάσεων και γραφείων, με την απασχόληση κοινού προσωπικού και με τη χρήση κοινής ή απλώς δυνα-

μένης να επιφέρει σύγχυση επωνυμίας. Το κρίσιμο στοιχείο, το οποίο δικαιολογεί εν προκειμένω την λεγόμενη κάμψη της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, εντοπίζεται στο ότι τα ίδια τα νομικά πρόσωπα με τις ενέργειές τους δημιουργούν στους τρίτους την, εύλογη, υπό τις περιστάσεις, εντύπωση ότι ταυτίζονται.

Καθ' ην στιγμή η ίδια η μητρική εταιρεία, με τις προηγούμενες ενέργειές της, έχει δημιουργήσει στους τρίτους το φαινόμενο ότι ταυτίζεται με τη θυγατρική της, τυχόν επίκληση εκ μέρους της αυτοτέλειάς της προς το σκοπόν αποκλεισμού της ευθύνης αυτής έναντι δανειστών της θυγατρικής της, παρίσταται καταχρηστική στο πλαίσιο της αρχής της απαγορεύσεως αντιφατικής συμπεριφοράς (*non venire contra factum proprium*) (άρθρ. 281 ΑΚ).

Β) Περιουσιακή σύγχυση υφίσταται, όταν απευθείας ή μέσω παρενθέτων προσώπων μεταφέρονται στην ατομική περιουσία των μελών του νομικού προσώπου περιουσιακά στοιχεία αυτού ή όταν, λόγω των πραγματικών δεδομένων, καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής έως αδύνατη η διαπίστωση αναφορικά προς το εάν ωρισμένα περιουσιακά στοιχεία ανήκουν στην περιουσία του νομικού προσώπου ή στην ατομική περιουσία των μελών του. Κάμψη της αυτοτέλειας νομικού προσώπου συνεπεία περιουσιακής ταύτισεως ή συγχύσεως, δύναται να θεμελιωθεί είτε όταν ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος επιχειρεί καταχρηστικώς να αποφύγει την εκπλήρωση ατομικών του υποχρεώσεων, καλυπτόμενος όπισθεν του νομικού προσώπου είτε όταν ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος με την προηγούμενη συμπεριφορά του δημιουργεί στους τρίτους την εύλογη υπό τις περιστάσεις, πλην όμως στρεβλή εντύπωση ότι ευθύνεται ο ίδιος προσωπικώς για τα χρέη του νομικού προσώπου, οπότε και θεμελιώνεται ευθύνη του στο πλαίσιο της αρχής *non venire contra factum proprium* (αρ.281 ΑΚ).

IV. Η ΑΡΣΗ ΤΟΥ ΕΤΑΙΡΙΚΟΥ ΠΕΠΛΟΥ ΤΗΣ ΘΥΓΑΤΡΙΚΗΣ

α) Ευρίσκει εφαρμογή στην περίπτωση όπου υπάρχει καταχρηστική (281 ΑΚ) επίκληση από την μητρική εταιρεία της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου της θυγατρικής της. Γίνεται, δηλαδή, χρήση της θυγατρικής προκειμένου να καταστρατηγηθεί ο νόμος, να προκληθεί δολίως ζημία σε τρίτους και να αποφευχθεί η εκπλήρωση υποχρεώσεων των μελών του νομικού προσώπου (της μητρικής εν προκειμένω), λόγω του περιορισμού της ευθύνης στο πρόσωπο και την περιουσία του (λ.χ. της μονοβάπορης θυγατρικής).

Η άρση της νομικής προσωπικότητας είναι δυνατή όταν, εφαρμόζοντας μία ερμηνευτική διεύρυνση, καταλαμβάνονται περισσότερα υποκείμενα από την ευθύνη των πράξεων ή παραλείψεων της θυγατρικής εταιρείας. Τουτέστιν, από την σύμβαση η οποία κατηρτίσθη μεταξύ της θυγατρικής και ενός τρίτου είναι

δυνατό να δεσμεύεται και η μητρική της, όταν άλλως θα εματαιώνετο ο σκοπός της συμβάσεως. Η καταρτισθείσα αυτή σύμβαση ερμηνεύεται κατά τοιούτον τρόπο ώστε να αποφεύγεται η έμμεση παραβίασή της, ενώ το ίδιο ισχύει και όταν δεν υπάρχει κατηρτισμένη σύμβαση, αλλά απ' ευθείας παραβιασθείς κανών δικαίου. Εξ ίσου σημαντικό ρόλο στην σκοπιμότητα της διευρύνσεως των υποκειμενικών ορίων της συμβάσεως διαδραματίζει και η δυνατότητα σταθμίσεως εκ μέρους των δανειστών των ενδεχομένων κινδύνων οι οποίοι απορρέουν από την οικονομική κατάσταση της θυγατρικής, αλλά και γενικότερα την δομή και λειτουργία του Ομίλου.

β) Αντιθέτως, κάμψη της προσωπικότητας της θυγατρικής δεν επιτρέπεται όταν τα όργανα του νομικού προσώπου ενεργούν συμφώνως προς τον νόμο και την καλή πίστη, απλώς και μόνον επειδή η μητρική εταιρεία ασκεί κυρίως επιρροή στην θυγατρική της. Επιπλέον, τα όρια της νομικής προσωπικότητας της θυγατρικής δεν επιτρέπεται να κάμπτονται αποκλειστικώς επειδή η θυγατρική εταιρεία είναι αφερέγγυος και δεν υπάρχει άλλος τρόπος να ολοκληρωθή η σύμβαση ή να αποζημιωθή ο ζημιωθείς τρίτος. Τούτο διότι δεν δύνανται οι εταιρικοί δανειστές να αξιώνουν μεγαλύτερη ικανοποίηση των απαιτήσεών τους από εκείνη που η ίδια η έννομη τάξη παρέχει και μάλιστα εις βάρος ενός τόσο σημαντικού θεσμού ως είναι το νομικό πρόσωπο. Για τον ίδιο λόγο, στις περιπτώσεις ενδοσυμβατικής ευθύνης λόγω ζημίας, πρέπει να αντιμετωπισθή με επιφύλαξη η επέλευση της ευθύνης αυτής στη μητρική εταιρεία. Αυτή δυνατόν να επέλθη σε περίπτωση κατά την οποία, παρά το ότι η μητρική δεν ήταν συμβαλλόμενο μέρος στη συγκεκριμένη σύμβαση την οποία κατήρτισε η θυγατρική της, παρενέβαλε σκοπίμως την θυγατρική της προκειμένου να καρπωθή τα πλεονεκτήματα, περιορίζουσα παραλλήλως της συμβατικές της υποχρεώσεις. Προς τον σκοπό αυτόν δεν αρκεί οποιαδήποτε αμελής ή επιχειρηματικώς ατυχής περιουσιακή διαχείριση, αλλά απαιτείται συμπεριφορά με δόλο βλάβης των δανειστών.

Τα ανωτέρω καταδεικνύουν ότι ουσία της άρσης της αυτοτέλειας είναι η επέκταση της ευθύνης και σε ένα ακόμη πρόσωπο κατά τελολογική συστολή των διατάξεων στις κεφαλαιουχικές εταιρίες που αποκλείουν την ευθύνη.

Ζ. ΚΑΜΨΗ ΤΗΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΤΗΤΑΣ ΣΤΙΣ ΝΑΥΤΙΛΙΑΚΕΣ ΕΤΑΙΡΙΕΣ

Ι) Γενικώς

α) Στις εταιρείες αυτές η νομική προσωπικότητα καλύπτει υπό το «πέπλο» της τα φυσικά πρόσωπα. Όταν οι εταιρείες εμφανίζονται χωρίς ουσιαστικό κοινωνικό-οικονομικό αντίκρισμα δημιουργείται δυσαρμονία. Το πρόβλημα δεν

έγκειται στην ταύτιση εταιρείας και κυρίου μετόχου, αλλά στην αποσύνδεση και επιχειρηματική αποξένωση του μετόχου από το νομικό πρόσωπο, σε σημείο που το φυσικό πρόσωπο καθίσταται φορέας μιας άλλης επιχειρηματικής μονάδος, χωρίς να εντάσσεται σε κάποια έννομη τάξη, η οποία θα ρυθμίσει τις ευθύνες της και τις υποχρεώσεις της.

Στην συγκεκριμένη περίπτωση το φυσικό πρόσωπο αναπτύσσει αυτοτελή επιχειρηματική δραστηριότητα, η οποία υπερβαίνει τον κύκλο δραστηριοτήτων των επιμέρους εταιρειών (διότι σχεδόν πάντα δεν υπάρχει ένα νομικό πρόσωπο, αλλά ένα σύνολο νομικών προσώπων). Ενώ, όμως, οι κίνδυνοι της επιχειρηματικής αυτής δραστηριότητας κατακερματίζονται σε διαφορετικά νομικά πρόσωπα, τα κέρδη από αυτήν παραμένουν στο φυσικό πρόσωπο. Έναντι τρίτων η επιχειρηματική αυτή δραστηριότητας στο σύνολό της δεν είναι διαφανής και κυρίως δεν είναι υπαρκτή. Η συνολική της ευθύνη κατακερματίζεται σε πολλαπλά εταιρικά σχήματα. Οι υποχρεώσεις της δεν εκπληρώνονται, διότι καλύπτονται από τα νομικά πρόσωπα. Εδώ διαφαίνεται η κατάχρηση του θεσμού των νομικών προσώπων. Το νομικό πρόσωπο, ως ήδη έχει εκτεθή, είναι ένα πλάσμα δικαίου, δηλαδή ένα δημιούργημα της ανθρώπινης λογικής, το οποίο, εάν δεν υπόκειται σε αυστηρούς κανόνες δικαίου, καταλήγει σε καταστρατηγήσεις του νόμου. Αυτή η αυτοτελής επιχειρηματική ενότητα, η οποία περιφέρεται πέριξ του φυσικού προσώπου δυνατόν να καταστή κατ' ουσίαν ασύδοτη. Το δίκαιο είναι υποχρεωμένο να λάβει υπ' όψιν του την κοινωνική αυτήν πραγματικότητα. Τα δικαστήρια αντιμετωπίζοντας αυτήν την κοινωνικο-οικονομική οντότητα σε διεθνές επίπεδο, είναι υποχρεωμένα να αναζητήσουν τον νομικό της φορέα. Συνήθως αυτός είναι το φυσικό πρόσωπο που υποκρύπτεται υπό το πέπλο της νομικής προσωπικότητας. Δεν αποκλείεται να είναι και ένα νομικό πρόσωπο, το οποίο συνδέει και εκφράζει την επιχειρηματική δραστηριότητα των επιμέρους εταιρειών.

II) Ευθύνη μητρικής εταιρείας έναντι της θυγατρικής εταιρείας του Ομίλου.

Κατ' αρχάς, πρέπει να προσδιορισθεί ευθύνη της εκάστοτε μητρικής ναυτιλιακής ως κυρίαρχου εταίρου σε κάθε θυγατρική του ομίλου. Αυτή διακρίνεται σε εσωτερική έναντι των μετόχων της μειοψηφίας της εκάστοτε θυγατρικής (Ν. 4538/2018, άρθρο 102 παρ. 1) - εφ' όσον δεν καλύπτει ο κυρίαρχος μέτοχος το 100% - και σε εξωτερική ευθύνη έναντι των ζημιωθέντων τρίτων. Η ευθύνη έναντι των μικρομετόχων της θυγατρικής συνίσταται στο ότι πολλές φορές η μητρική ως κυρίαρχος μέτοχος προβαίνει σε αποφάσεις οι οποίες στην ουσία είναι εναντίον των συμφερόντων της θυγατρικής ναυτιλιακής εταιρείας.

Με την αφαίρεση του μανδύα του νομικού προσώπου της ναυτιλιακής μονο-βάπορης θυγατρικής, αναζητούνται οι υπεύθυνοι όταν η εξουσιάζουσα εταιρεία (Holding Company) προβαίνει σε καταχρηστικές πράξεις ή πράξεις καταστρατηγήσεως νόμου, με καθοριστικό ρόλο όχι εκ του εμφανούς στο νομικό πρόσωπο της πρώτης, ελέγχει δε τα πρόσωπα τα οποία ευρίσκονται στην διοίκηση της. Για την επέκταση της ευθύνης από την θυγατρική στη μητρική της εταιρεία κύριο κριτήριο αποτελεί η κατάχρηση της εταιρικής εξουσίας από την δεύτερη στην διαχείριση της θυγατρικής κατά παράβαση της αρχής της ορθής διαχειρίσεως των Ομίλων, με πρόθεση ζημίας σε τρίτους ενώ δεν αρκεί το κριτήριο μόνο της κατοχής του συνόλου ή της πλειοψηφίας των μετοχών της θυγατρικής εταιρείας ή της δράσεώς της μέσω της θυγατρικής της, ως προελέχθη.

Η. ΚΑΜΨΗ ΤΗΣ ΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΩΠΙΚΟΤΗΤΟΣ ΣΕ ΑΛΛΟΔΑΠΗ ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΙΑ

Το ζήτημα το οποίο τίθεται είναι εάν η κάμψη της νομικής προσωπικότητας, ως θεσμός του ελληνικού δικαίου, δύναται να τύχει εφαρμογής σε μια εταιρεία η οποία διέπεται -και στη Ελλάδα- από το δίκαιο της χώρας ιδρύσεώς της.

Συμφώνως προς την θεωρία της επικάλυψης η εκκίνηση γίνεται αναγκαία ως από το δίκαιο της χώρας της ιδρύσεως, πλην διακρίνονται δύο θέματα ως προς την προσωπική κατάσταση των αλλοδαπών εταιριών (εκείνων, στις οποίες υπάρχει διάσταση μεταξύ έδρας ιδρύσεως (καταστατικής) και έδρας διοικήσεως). Ειδικότερα προτείνεται: αφ' ενός μεν η αναγνώριση των αλλοδαπών εταιρειών ως τοιούτων στη χώρα υποδοχής (όπου και η έδρα διοικήσεως) αφ' ετέρου δε, ως προς την προσωπική κατάσταση των αλλοδαπών, η επικάλυψη των διατάξεων της χώρας προελεύσεως από τις αναγκαστικού δικαίου διατάξεις της χώρας υποδοχής, δηλαδή η εφαρμογή των τελευταίων αυτών διατάξεων κατ' αίτηση των προσώπων - εταίρων ή εταιρικών δανειστών - τα οποία προστατεύονται από αυτές. Συνεπώς, επί των εν λόγω εταιρειών καλούνται εις εφαρμογήν οι αναγκαστικού δικαίου θεσμοί και οι ανάλογες επί μέρους ρυθμίσεις του εσωτερικού δικαίου - μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται η κάμψη της νομικής προσωπικότητας.

Θ. ΑΝΤΙΣΤΡΟΦΗ (ΑΝΤΙΘΕΤΗ) ΑΡΣΗ

I) Γενικώς

α) Ενώ, ως ευθεία άρση αναφέρεται η αναζήτηση της ευθύνης του κυρίαρχου μετόχου/εταιρείας για τα χρέη της υποτελούς εταιρείας, ως αντίστροφη ή αντίθετη χαρακτηρίζεται η άρση της αυτοτέλειας που αφορά στην απόδοση ευθύνης του (εμφανιζομένου ως υποτελούς) νομικού προσώπου για τις έναντι τρίτων προσωπικές υποχρεώσεις του εξουσιάζοντος το νομικό πρόσωπο μέλους. Κατ' αυτόν τον τρόπο επιδιώκεται η υπεγγυότητα της εταιρικής περιουσίας από τους ατομικούς δανειστές του μετόχου.

Η αντίστροφη (αντίθετη) άρση, δηλαδή, είναι ένας μηχανισμός που επιτρέπει στα δικαστήρια να αγνοούν την χωριστή οντότητα της εταιρείας και να επιβάλλουν την ευθύνη στην εταιρεία για χρέη και υποχρεώσεις του μετόχου ή σε μια θυγατρική εταιρεία για πράξεις και υποχρεώσεις της μητρικής εταιρείας.

β) Η θεωρία της αντίστροφης άρσεως ευρίσκει πεδίο πρακτικής εφαρμογής σε εξωχώριες εταιρείες. Εξ άλλου, αποδεικνύεται ιδιαιτέρως εφαρμόσιμη επί Ομίλων ανωνύμων εταιρειών, καθώς η δημιουργία θυγατρικών εταιρειών δύναται να μην αποτελεί δείκτη οικονομικής ανήσχεως και μεγεθύνσεως της μητρικής ή επέκταση επιβαλλομένη εκ λόγων καταμερισμού της εργασίας, αλλά μέθοδο κατακερματισμού και περιορισμού της ευθύνης της μητρικής δι' ίδιες υποχρεώσεις προς βλάβη των δανειστών της και μέσον διοχετεύσεως της λειτουργίας της στις θυγατρικές της. Διαπιστώνεται ότι λαμβάνουν χώρα περιουσιακές μετακινήσεις από τη μητρική στις θυγατρικές, οι οποίες οδηγούν σε ωρισμένες περιπτώσεις σε οικονομική ανεπάρκεια της κυρίαρχης εταιρείας.

II) Νομική θεμελίωση

α) Η θεωρία της αντίστροφης άρσης (κάμψης) αποτελεί αποδεκτή παραλλαγή της τοιαύτης της (ευθείας) άρσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, η οποία εδράζεται στην αυτή δογματική βάση (τελολογική συστολή και κατάχρηση θεσμού ή δικαιώματος) για δε την ενεργοποίησή της χρησιμοποιούνται τα αυτά κριτήρια που έχουν τυποποιηθή ως κρίσιμα στην νομολογία της ευθείας άρσεως.

β) Στην ΠΠρΑΘ 3869/2015 αποτυπώθηκαν ως επαρκή κριτήρια για την κατάφαση της αντίστροφης άρσης: i) ο έλεγχος των νομικών προσώπων του Ομίλου αμέσως και εμμέσως από τρίτα πρόσωπα στο σύνολό των εταιρειών και η εμφάνιση του Ομίλου ως ενιαίου όλου προς τρίτους, ii) η διαπίστωση υπάρξεως σχεδίου διοχετεύσεως των δανειακών κεφαλαίων και των αποκομιζομέ-

νων από τις εν λόγω δραστηριότητες κερδών των επιχειρήσεων μέσω του φυσικού προσώπου, το οποίο αποκτούσε επ' ονόματι συγκεκριμένων υποτελών εταιρειών περιουσιακά στοιχεία (ακίνητα), τα οποία κατ' αυτόν τον τρόπο καθιστούσε απρόσιτα στους δανειστές του.

Στην ΠΠρΑΘ 414/2020 για την αντίστροφη άρση κεφαλαιουχικής εταιρείας έγιναν αποδεκτά τα εξής: Η εναγόμενη, ιδρυθείσα ως κεφαλαιουχική εταιρεία κατά το δίκαιο της Κύπρου αντίστοιχη της ΑΕ, έχουσα όμως, πραγματική έδρα στην Ελλάδα άνευ τηρήσεως των κατά το ελληνικό δίκαιο διατυπώσεων δημοσιότητας συστάσεως αποτελεί de facto ομόρρυθμη εταιρεία με νομική προσωπικότητα η οποία αίρεται υπό τις προϋποθέσεις του ελληνικού δικαίου. Η ως άνω εταιρεία: i) τελεί υπό τον πλήρη έλεγχο του (φυσικού προσώπου) με τη συνεχή παρουσία και ανάμιξη σε όλες τις υποθέσεις αυτής, με αποτέλεσμα να υπάρχει μία κυριαρχική εξάρτηση της από αυτόν και επιπλέον σύγχυση των περιουσιών τους, ii) υποχρηματοδοτείται, καθώς η αποπληρωμή των δανείων για την απόκτηση των ανωτέρω ακινήτων έγινε με δανειοδότηση από αυτήν (ενάγουσα τράπεζα) που εξόφλησε το φυσικό πρόσωπο, ii) δεν έχει δική της, μόνιμη εσωτερική οργάνωση αλλά ενεργοποιείται μόνο για σκοπούς που εξυπηρετούν το..., iv) είναι εμπορικώς αδρανής, v) χρησιμοποιείται μόνο για να εμφανίζεται ως κυρία των ανωτέρω ακινήτων, τα οποία χρησιμοποιούνται ως οικία-γραφείο του ..., προς αποφυγή εκπληρώσεως των υποχρεώσεών του, vi) λειτουργεί στην ίδια επαγγελματική εγκατάσταση με τον....

γ) Η αντίστροφη άρση είναι δυνατή, αλλά μόνο υπό εξαιρετικές περιστάσεις: Ειδικότερα, γίνεται αποδεκτή, στις περιπτώσεις ιδρύσεως ή χρησιμοποίησεως υφισταμένου νομικού προσώπου προς τον σκοπό της αποφυγής εκπληρώσεως συμβατικών υποχρεώσεων (παράβαση της τελολογίας των υφιστάμενων κανόνων δικαίου) και στην γενική περίπτωση, όπου η επίκληση της αυτοτέλειας μεταξύ της εταιρείας και του μετόχου συνιστά καταχρηστική (ΑΚ 281) συμπεριφορά ή αντιφατική συμπεριφορά (*non venire contra factum proprium*).

Επί της αντίστροφης άρσεως η σύγχυση περιουσιών και η διοχέτευση περιουσιακών στοιχείων έχει αποτελέσει κατ' εξοχήν κριτήριο.

δ) Στο πλαίσιο τελολογικής συστολής των διατάξεων, οι οποίες αποκλείουν την ευθύνη των εταίρων για τα εταιρικά χρέη στις κεφαλαιουχικές εταιρείες, εξετάζεται ειδικώς η προσπάθεια μη εκπληρώσεως συγκεκριμένης υποχρεώσεως έναντι των δανειστών του κυρίαρχου μετόχου (μητρικής) μέσω της οργάνωσης της συγκεκριμένης θυγατρικής. Ουσιαστικός, αναζητείται η τεχνητή διάσταση μεταξύ φορέως περιουσίας (ενεργητικού)/θυγατρικής και φορέως υποχρεώσεων/μητρικής.

Κρίσιμη σε κάθε περίπτωση είναι (και στο πλαίσιο της αντίστροφης άρσης) η χρησιμοποίηση της νομικής προσωπικότητας, με σκοπό αφ' ενός την απορρόφηση των δυσμενών συνεπειών από την μη εκπλήρωση υποχρεώσεων από την κυρίαρχη επιχείρηση (εν προκειμένω αφερέγγυο εταιρεία) με ταυτόχρονες καταχρηστικές ενέργειες που τείνουν στη διασφάλιση της φερεγγυότητας υποτελών εταιρειών του Ομίλου, οι οποίες δεν έχουν πιστωτές, αποφεύγοντας με τον τρόπο αυτό την αύξηση του παθητικού τους.

ε) Στην αντίστροφη εχθρική ή δυσμενή άρση ο προσανατολισμός διαφοροποιείται.

Εν προκειμένω, ενδιαφέρει η εξεύρεση ενός τρόπου θεμελιώσεως της ευθύνης της ΑΕ για ατομικό χρέος του μετόχου της.

Επισημαίνεται ότι, ενώ στις περιπτώσεις ευθείας άρσεως εξετάζεται και αναζητείται η άσκηση ελέγχου, στις περιπτώσεις αντίστροφης άρσεως ουσιαστικά επαναπροσδιορίζεται και αναζητείται το κέντρο δημιουργίας της βουλήσεως του νομικού προσώπου.

Η άρση είναι και πάλι εξωτερική και εχθρική, εφ' όσον αποσκοπεί στην ικανοποίηση δανειστών από την περιουσία ενός τρίτου προσώπου, που δεν αποτελεί τον κύριο οφειλέτη των δανειστών αυτών. Υπό τις ανωτέρω συνθήκες η αντίστροφη δυσμενή άρση δεν οδηγεί σε επέλευση ευμενών συνεπειών κατά παραμερισμό της νομικής προσωπικότητας, αλλά σε καταλογισμό δυσμενών συνεπειών. Καθίσταται σαφές ότι η ειδοποιός διαφορά της αντίστροφης, δυσμενούς άρσεως από την ευθεία εξωτερική, εχθρική άρση, είναι το πρόσωπο, του οποίου αναζητείται η θεμελίωση ευθύνης. Στην περίπτωση της ευθείας το πρόσωπο αυτό είναι το εξουσιάζον την εταιρεία πρόσωπο, ενώ στην περίπτωση της αντίστροφης (ή αντίθετης) δυσμενούς άρσεως το πρόσωπο αυτό είναι το εξουσιαζόμενο νομικό πρόσωπο, του οποίου επιδιώκεται να αρθρή το εταιρικό πέπλο.

III) Η διαφοροποίηση της αντίθετης άρσης από τη φιλική (ή εσωτερική) άρση

Η φιλική (ή εσωτερική) ευθεία άρση δεν αφορά στην απόδοση ευθύνης (ευθέως ή αντιστρόφως) και συνίσταται στον παραμερισμό της νομικής προσωπικότητας, προκειμένου να επέλθουν ευμενείς συνέπειες στα μέλη του νομικού προσώπου, τα συμφέροντα των οποίων επιχειρείται να διαφυλαχθούν μέσω της συγκεκριμένης κατασκευής, η επέλευση των οποίων (ευμενών συνεπειών) εμποδίζεται κατ' αρχάς από την αρχή του χωρισμού. Με την ευθεία φιλική άρση επιχειρείται να αρθρή η νομική αυτοτέλεια του εξουσιαζόμενου προ-

σώπου προς τον σκοπό ασκήσεως λ.χ. από τα μέλη του αξιώσεων, που κατ' αρχάς γεννώνται αποκλειστικώς στο πρόσωπο της εταιρείας.

Στη φιλική άρση τα ζητήματα που τίθενται είναι εντελώς διαφορετικά. Απασχολεί ιδίως το εάν τα μέλη της εταιρείας (μέτοχοι ή εταίροι) δύνανται να ασκήσουν αποζημιωτικές αξιώσεις της εταιρείας κατά των διαχειριστών της, αλλά και κατά τρίτων οφειλετών της εταιρείας, παρά το ότι αυτές ανήκουν, κατ' αρχάς, στην εταιρεία και όχι στους εταίρους ή μετόχους.

IV) Τα εμπλεκόμενα συμφέροντα στην αντίστροφη άρση

Καθοριστική για τη θεώρηση του όλου ζητήματος είναι η συνεκτίμηση των εμπλεκόμενων συμφερόντων. Στο πλαίσιο αυτό διακρίνομε τα ακόλουθα συμφέροντα :

1) Το συμφέρον του ατομικού δανειστή. Ο ατομικός δανειστής του μετόχου ή εταίρου έχει συμφέρον σε μία κατά το δυνατό ευρύτερη περιουσιακή βάση τού οφειλέτη του, προκειμένου να εξασφαλίσει την ικανοποίηση της απαιτήσεώς του. Όταν η περιουσία του άμεσου οφειλέτη δεν επαρκεί, ο ατομικός δανειστής έχει συμφέρον να ανεύρει τρόπο διευρύνσεώς της. Ειδικώς δε, όταν η ανεπάρκεια της περιουσίας του ατομικού του οφειλέτη σχετίζεται και με το γεγονός ότι περιουσιακά στοιχεία τούτου ή ενδεχομένως και τα σύνολο αυτών έχουν μεταφερθή σε ελεγχόμενη υπό του ιδίου εταιρεία, ενδεχομένως και με ανύπαρκτη εμπορική δράση - και δη κατά τρόπον, ο οποίος δεν συνάδει με την καλή πίστη και τα χρηστά ήθη - γεγονός που συντελεί στην αδυναμία ικανοποίησεως του. Συνεπώς, ο δανειστής έχει συμφέρον να επιδιώξει αντίστροφη άρση της αυτοτέλειας.

2) Το συμφέρον των εταιρικών δανειστών.

α) Η μείωση της εταιρικής περιουσίας για χρέος, το οποίο δεν εδημιουργήθη από στην συναλλακτική δράση της εταιρείας, αποτελεί έναν αιφνιδιασμό για τους εταιρικούς δανειστές. Οιαδήποτε πρόνοια και αν επιδείξουν κατά το στάδιο των διαπραγματεύσεων, ελέγχοντας την οικονομική υπόσταση της εταιρείας και ιδίως τους ισολογισμούς της, είναι εξαιρετικώς δυσχερές να εντοπίσουν την ατομική αξίωση εις βάρος μετόχου ή εταίρου, και εάν εισέτι την εντοπίσουν, δύνανται νομίμως να αγνοήσουν αυτή την πληροφορία, θεωρούντες ότι ισχύει η θεμελιώδης αρχή του χωρισμού. Έναντι των εταιρικών δανειστών υπέγγυα είναι, κατά νόμον, μόνον η εταιρική περιουσία.

β) Περαιτέρω πρέπει να επισημανθούν τα ακόλουθα: α) Εφ' όσον αναγνωρίζεται ότι η ευθεία άρση του εταιρικού μανδύα έχει δικαιιοπολιτικά και νομοθε-

τικά ερείσματα, τότε αποτελεί συνεπή στάση η αναγνώριση και της αντίστροφης άρσεως ή πάντως η μη απόρριψή της για τον λόγο αυτό, β) Η αρχή της διατηρήσεως του εταιρικού κεφαλαίου, δεν δύναται να αποτελέσει πάντοτε επαρκές αντεπιχείρημα. Και τούτο διότι η αντίστροφη άρση δεν είναι χρήσιμη μόνο επί κεφαλαιουχικών εταιρειών, αλλά και επί προσωπικών εταιρειών.

3) Το συμφέρον των λοιπών μετόχων στην εξουσιαζόμενη επιχείρηση.

α) Και στην ευθεία άρση δυνατόν να τεθή ο ίδιος προβληματισμός, όταν το πρόσωπο, στο οποίο μετακυλίνουν οι ευθύνες του εξουσιαζόμενου, είναι νομικό πρόσωπο, δηλαδή η μητρική εταιρεία, η οποία πιθανώς να μην είναι μονομετοχική, οπότε και πάλι τίθεται το ζήτημα της προστασίας των λοιπών μετόχων, οι οποίοι δεν αποτελούν μέλη της διοικήσεως και δεν έχουν ενεργό ανάμιξη στις υποθέσεις της εταιρείας. Ενταύθα είναι σκόπιμο να γίνεται διάκριση ως προς το εάν κάθε μέτοχος, πλην του κυρίαρχου μετόχου, χάριν του οποίου λαμβάνει χώρα η αντίθετη άρση, είναι άξιος προστασίας. Ο τυπικώς μόνο εμφανιζόμενος ως μέτοχος - το συγγενικό πρόσωπο του κυριαρχούντος μετόχου, που τοποθετείται στη θέση αυτή ως αχυράνθρωπος του τελευταίου, ιδία επί κλειστών κεφαλαιουχικών εταιρειών, ο δεσμευόμενος από εξωεταιρικές συμφωνίες με τον κυρίαρχο μέτοχο για τον τρόπο ασκήσεως του δικαιώματος ψήφου του, που τελεί σε γνώση των προθέσεων του κυρίαρχου μετόχου - δεν φαίνεται να είναι άξιος προστασίας.

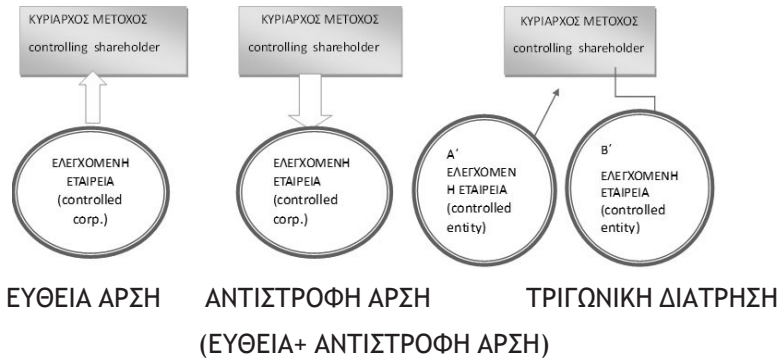
β) Στην προβληματική της αντίστροφης άρσεως προβάλλονται κατά βάσιν δύο αμφισβητήσεις, οι οποίες αφορούν: α) στα διαθέσιμα μέσα εκτελέσεως των πιστωτών της μητρικής/κυρίαρχου μετόχου και β) στην αρχή της αυτοτέλειας. Δηλαδή, τίθενται δύο ζητήματα, τα οποία δεν τίθενται στην περίπτωση της ευθείας. Το πρώτο είναι ότι οι ατομικοί δανειστές χωρίς αντίστροφη άρση δεν δύνανται μεν να επιληφθούν της εταιρικής περιουσίας, αλλά δύνανται να κατασχέσουν την εταιρική συμμετοχή του οφειλέτη τους.

Το δεύτερο είναι ότι η αναγνώριση ευθύνης της εταιρείας θίγει την αποκλειστική υπεγγυότητα της εταιρικής περιουσίας στους εταιρικούς δανειστές.

γ) Ειδικώς, για την περίπτωση των Ομίλων εταιρειών η άρση δύναται να είναι χρήσιμη και για την κατάληψη του ενεργητικού συγγενούς/αδελφής εταιρείας από τους πιστωτές τρίτης εταιρείας, γεγονός που προϋποθέτει ότι πρώτα καταφάσκει με την θεωρία της (ευθείας) άρσεως η ευθύνη στο πρόσωπο της κυρίαρχης εταιρείας - μητρικής και κατόπιν με την αντίστροφη καταλαμβάνεται η δεύτερη υποτελής ως προέκταση του εταιρικούπέπλου της μητρικής.

Τριγωνική διάτρηση

Συμβαίνει όταν μια ελεγχόμενη εταιρεία θεωρείται υπεύθυνη για τα χρέη μιας συνδεδεμένης εταιρείας, μέσω ενός ενδιάμεσου ελεγχόμενου μετόχου. Η ευθύνη επεκτείνεται εντός ενός τριγώνου (βλ. το κατωτέρω διάγραμμα).



δ) Η σχετική αρχή πρέπει να αποτελεί ύστατο καταφύγιο και εφ' όσον δεν υπάρχουν άλλα διαθέσιμα μέσα προστασίας, προκειμένου για την κατάληψη του σχετικού ενεργητικού.

Υ) Προϋποθέσεις και ιδιαιτερότητες της αντίστροφης άρσης

α) Η ύπαρξη νομικής προσωπικότητας

Για την αντίστροφη άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου αυτονόητη προϋπόθεση αποτελεί η ύπαρξη νομικής προσωπικότητας. Εάν δεν έχει αποκτηθεί νομική προσωπικότητα, τότε το οικείο μόρφωμα δεν διαθέτει, κατ' αρχάς, ικανότητα δικαίου, δεν υφίσταται η αρχή του χωρισμού και δεν συντρέχει αιτία για περαιτέρω έρευνα σε αυτή την κατεύθυνση.

Ωστόσο, μετά τη θέσπιση της διατάξεως του άρθρου 251 παρ. 3 εδ. Β' του Ν. 4072/2012, με την οποία ανεγνωρίσθη το ιδιαίτερο νομικό μόρφωμα της *de facto* αδημοσίευτης ομόρρυθμης εταιρείας ως τοιαύτης, στερουμένης μεν νομικής προσωπικότητας, διατηρούσης, εντούτοις, ικανότητας δικαίου, τίθεται το ερώτημα αν εξακολουθεί να έχει νόημα η αντίστροφη άρση.

Παρά το γεγονός ότι δεν υφίσταται νομική προσωπικότητα στην ανωτέρω εταιρεία, το κρίσιμο δεν είναι εν τέλει η νομική προσωπικότητα και η ονομασία της, αλλά οι βασικές συνέπειες, που συνδέονται με αυτήν και επιτάσσουν την αρχή του χωρισμού. Τέτοια συνέπεια είναι η ικανότητα δικαίου, την οποία απλώς ο νομοθέτης για λόγους σκοπιμότητας προσέδωσε και στις ανωτέρω εταιρείες, παρά την έλλειψη νομικής προσωπικότητας.

β) Η αποφυγή εκπληρώσεως υποχρεώσεων αποτελεί τη συνηθέστερη περίπτωση καταχρήσεως στην αντίστροφη άρση. Συνήθης περίπτωση η σύσταση μίας μονοπρόσωπης ΑΕ ή μίας κλειστής, οικογενειακής ΑΕ, με μετόχους μέλη της ίδιας οικογενείας ή φίλα προσκείμενα πρόσωπα, που ενεργούν ως αχυράνθρωποι του κυρίαρχου μετόχου στην εταιρεία, άνευ οιασδήποτε ουσιαστικής συμμετοχής σε αυτήν. Σε πολλές περιπτώσεις οι εταιρείες αυτές τυγχάνουν υπεράκτιες εταιρείες, με έντονη αδιαφάνεια ως προς τη δράση και τη λειτουργία τους. Η ανάπτυξη συναλλακτικής δράσεως στην εταιρεία συχνά απουσιάζει και συνηθέστερα αυτή χρησιμοποιείται από τους έμμεσους ιδιοκτήτες της για την απευθείας απόκτηση περιουσιακών στοιχείων, με κεφάλαια που δαπανά ο μέτοχος από την ατομική του περιουσία, χωρίς τα στοιχεία αυτά να διέλθουν με τυπικό τρόπο από την ατομική περιουσία του μετόχου. Κατ' ουσίαν, ο μέτοχος αναμειγνύει τα περιουσιακά αυτά στοιχεία με τα στοιχεία της ατομικής του περιουσίας.

γ) Σύγχυση περιουσιών υφίσταται όταν η εταιρεία επωφελείται εις βάρος των ατομικών δανειστών του μέλους της, όταν περιουσιακά στοιχεία της εταιρείας αποκτώνται με κεφάλαια του μετόχου της και χρησιμοποιούνται από τον μέτοχο αυτό για τις ατομικές του ανάγκες και επιδιώξεις. Στην περίπτωση Ομίλων επιχειρήσεων συχνή, είναι και η σύγχυση δραστηριοτήτων, ιδίως όταν μητρική και θυγατρική δεν κατανέμουν μεταξύ τους το αντικείμενο της εμπορικής τους δράσεως και κατά τα λοιπά χρησιμοποιούν τα αυτά αντικείμενα, τις αυτές εγκαταστάσεις, το αυτό προσωπικό, ερχόμενες σε επαφή με τους αυτούς πελάτες.

δ) Η υπερκεφαλαιοδότηση της εταιρείας και ο προσπορισμός σε αυτήν περιουσιακών στοιχείων και αντικειμένων, που δεν δικαιολογούνται με βάση το διατεθέν σε αυτήν αρχικό κεφάλαιο ή τις αυξήσεις αυτού, καθώς και την επακολουθήσασα εμπορική δράση της, που συχνά είναι ανύπαρκτη, δεικνύουν ότι είναι πιθανή η καταχρηστική χρήση του νομικού προσώπου της εταιρείας από τον μέτοχο. Όταν η εταιρεία είναι συναλλακτικώς αδρανής, αλλά οικονομικώς εύρωστη, ο δε μέτοχος πλήρως αφερέγγυος, η υπερκεφαλαιοδότηση της εταιρείας, έμμεση ή άμεση, είναι στοιχείο, που δεικνύει πιθανή κατάχρηση από τον μέτοχο.

ε) Όσον αφορά στις επερχόμενες συνέπειες σε περίπτωση διαπιστώσεως περιστατικών αντίστροφης άρσεως, δεν καταργείται η νομική προσωπικότητα, η οποία διατηρείται, αλλά επεκτείνεται η ευθύνη κατά τελολογική συστολή των κανόνων, οι οποίοι διέπουν τις ανώνυμες εταιρείες και αποκλείουν την ευθύνη των μελών, και προς την υποτελή εταιρεία. Ούτως, η αντίστροφη άρση ή κάμψη της νομικής προσωπικότητας χαρακτηρίζεται προσωρινή και περιορισμένη, καθ' όσον παραμερίζει μόνο για συγκεκριμένη συναλλαγή την νομι-

κή προσωπικότητα της εταιρείας, οπότε και η θυγατρική ή υποτελής εταιρεία προστίθεται ως οφειλέτης, ευθυνόμενος πλέον εις ολόκληρον (κατ' ΑΚ 481 ή 926) με το νομικό πρόσωπο της κυρίαρχης για τις ζημιογόνες συνέπειες προς όφελος του δανειστή (της μητρικής ή κυρίαρχου μετόχου).

Ι. ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ

α) Σε περιπτώσεις αντίστροφης άρσης, υπεισέρχονται στοιχεία αλλοδαπότητας, και δη συνεστημένες στο εξωτερικό εταιρείες και κυρίως εξωχώριες εταιρίες, οι οποίες χρησιμοποιούνται από τους μετόχους τους είτε για άσκηση επιχειρηματικής δράσεως είτε για έτερους σκοπούς. Τίθεται στις περιπτώσεις αυτές το ζήτημα με ποιο δίκαιο θα κριθεί το αν είναι επιτρεπτή η αντίστροφη άρση.

β) Σημειώνεται ότι το εφαρμοστέο δίκαιο εξαρτάται σε μεγάλο βαθμό από τη νομική θεμελίωση της κάμψης. Εάν ως κάμψη περιγράφεται η θεμελίωση εννόμων συνεπειών στον μέτοχο βάσει διατάξεων του κοινού δικαίου (π.χ. διατάξεις περί αδικοπραξιών, αντιπροσωπεύσεως), τότε εφαρμοστέα θα θεωρηθεί, κατά περίπτωση, η *lex causae*.

Εάν γίνει δεκτό ότι πρόκειται για θεσμό του εταιρικού δικαίου, τότε θα ισχύσει το δίκαιο της πραγματικής έδρας (άρθρο 10 ΑΚ), το οποίο ισχύει και για τις εταιρείες του άρθρου 1 παρ. 1 Ν. 791/1978.

γ) Εάν πρόκειται για Ενωσιακή εταιρεία, εφαρμοστέο είναι το δίκαιο της καταστατικής έδρας, συμφώνως προς τη νομολογία του ΔΕΕ (υποθέσεις *Daily Mail*, *Centros*, *Oberseering*, *Inspire Art*). Τούτο σημαίνει ότι ιδρυθείσα κατά το ελληνικό δίκαιο ΑΕ με πραγματική έδρα εκτός Ελλάδος, αλλά εντός ΕΕ υπόκειται στο ελληνικό δίκαιο κάμψης. Εάν η πραγματική της έδρα είναι εκτός ΕΕ, τότε διέπεται από το δίκαιο της πραγματικής της έδρας και επί του ζητήματος της κάμψης.

Κ. ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

Ι. α) Η νομολογία καταφάσκει την κάμψη/άρση, όταν ο διαχωρισμός του νομικού προσώπου δεν είναι ανεκτός υπό του δικαίου και πρέπει να καμφθεί βάσει της καλής πίστεως, ως αυτή αποτυπώνεται στα άρθρ. 281, 288 και 200 ΑΚ, δηλαδή όταν γίνεται κατάχρηση της αυτοτελούς υπάρξεως του νομικού προσώπου, όπερ συμβαίνει όταν οι πράξεις της εταιρείας είναι πράγματι πράξεις του κυρίαρχου μετόχου της. Η κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας συνεπάγεται ευθύνη προσωρινή και περιορισμένη του μετόχου ή εταιρού, ενεργοποιείται δε μόνο στον βαθμό που η εταιρεία, της οποίας κάμπτεται η νομική προσωπικότητα, αδυνατεί να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της, οι οποίες

γεννώνται από συγκεκριμένες συναλλαγές. Ζήτημα είχε ανακύψει αναφορικάς προς την δογματική θεμελίωση της κάμψης/άρσης, δηλαδή εάν πρόκειται για θεμελίωση εννόμων συνεπειών στο μέτοχο βάσει των διατάξεων του δικαίου των αδικοπραξιών ή εάν πρόκειται για τη θεμελίωση της καταχρήσεως της νομικής προσωπικότητας ως θεσμού του εταιρικού δικαίου, παρά το γεγονός ότι γίνεται επίκληση του 281 ΑΚ.

Β) Με δύο αποφάσεις της Ολομέλειας του Αρείου Πάγου αποσαφηνίζονται ζητήματα, τα οποία ανακύπτουν κατά την εφαρμογή της αρχής της κάμψεως της νομικής προσωπικότητας. Η ΟΛΑΠ 5/1996 διευκρίνισε ότι εταίρος και διαχειριστής ΕΠΕ δεν γίνεται έμπορος, έστω και αν κατέχει το μεγαλύτερο μέρος ή και το σύνολο των εταιρικών μεριδίων.

Ακολουθώντας, με σειρά αποφάσεών του, ο Άρειος Πάγος επιβεβαίωσε την εφαρμογή του άρθρου 281 ΑΚ στην περίπτωση της καταχρήσεως της νομικής προσωπικότητας ως θεσμού, εστιάζοντας στη χρησιμοποίηση της εταιρείας προς εξυπηρέτηση διαφορετικών σκοπών, και μάλιστα αποδοκιμαζόμενων υπό της έννομης τάξεως.

Β) Με την απόφαση της ΟΛΑΠ 2/2013 το πεδίο απεσαφηνίσθη εκ νέου. Η ανωτέρω απόφαση εξεδόθη επ' αφορμή ευθείας άρσεως, διατυπώσασα, ωστόσο, ως *obiter dictum*, την σκέψη ότι η άρση δυνατόν να λειτουργήσει και αντιστρόφως. Κατά τις πραγματικές παραδοχές αυτής, ο κυρίαρχος μέτοχος της συναλλαγίσης εταιρείας, η οποία ενήχθη για οφειλή εκ συμβάσεως, είχε δημιουργήσει την εντύπωση ότι εγγυάτο την φερεγγυότητα της εταιρείας στην ενάγουσα.

Ο Άρειος Πάγος δέχεται ότι συντρέχει περίπτωση καταχρήσεως, όταν η νομική προσωπικότητα χρησιμοποιείται, για να νομιμοποιηθή αποτέλεσμα αντίθετο προς τους κανόνες της καλής πίστεως, ήτοι όταν οι πράξεις της εταιρείας είναι στην πραγματικότητα πράξεις του κυρίαρχου μετόχου ή εταίρου της, οι οποίες σκοπίμως παραλλάσσονται ή αντιστρόφως, όταν οι πράξεις του φυσικού προσώπου συνέχονται με την εταιρεία, από την οποία αθεμίτως επιχειρείται να αποκοπούν.

Με την ανωτέρω απόφασή του ο ΑΠ, εν Ολομελεία, διατυπώνει τις προϋποθέσεις της καταχρήσεως: Καταστρατήγηση νόμου - Δόλια πρόκληση ζημίας - Αποφυγή εκπλήρωση υποχρεώσεων, την οποία ενδεικνύουν ιδίως η σύγχυση περιουσιών, η ανεπαρκής κεφαλαιοδότηση, η εικονικότης της εταιρείας, υπό την προαναφερθείσα έννοια.

Περαιτέρω, δημιουργείται εις ολόκληρον ευθύνη φυσικού και νομικού προσώπου ή δύο νομικών προσώπων σε περίπτωση καθ' ην κυρίαρχος μέτοχος

νομικού προσώπου τυγχάνει νομικό πρόσωπο και η ευθύνη δεν μετακυλίνεται αποκλειστικώς στον κυρίαρχοντα μέτοχο.

Η σύγχυση περιουσιών συντρέχει όταν ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος λαμβάνει δάνεια από Τράπεζες επ' ονόματι του, αλλά για εταιρική χρήση (ΑΠ 149/2013), όταν ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος καρπώνεται τα κέρδη της εταιρείας αντί αυτά να κεφαλαιοποιούνται, με αποτέλεσμα η εταιρεία να μη χρηματοδοτείται επαρκώς (ΑΠ 330/2010, ΕφΠειρ598/2014), όταν ο κυρίαρχος μέτοχος ή εταίρος σπαταλά την εταιρική περιουσία, αντλών χρήματα από το ταμείο της εταιρείας προς εξυπηρέτηση ιδικών του αναγκών ή αναγκών τρίτων εταιρειών στις οποίες αυτός συμμετέχει (ΜΠρΘεσ 19300/2013).

II) Αλλοδαπή νομολογία

A. Γερμανική. Συμφώνως προς το Γερμανικό Ακυρωτικό, κάμψη της νομικής προσωπικότητας και επέκταση της ευθύνης στους εταίρους ή μετόχους, που με πράξεις ή παραλείψεις τους διαμορφώνουν τον τρόπο διοικήσεως της εταιρείας, συντρέχει μόνο στις εξαιρετικές περιπτώσεις «καταστροφικής επέμβασης».

Ειδικότερα, το γερμανικό ακυρωτικό με την απόφαση “Trihotel” εγκατέλειψε την εξωτερική ευθύνη των εταίρων και την κάμψη της νομικής προσωπικότητας υπέρ μίας εσωτερικής ευθύνης έναντι του νομικού προσώπου της εταιρείας βάσει αντίστοιχης διατάξεως του άρθρ. 919 ΑΚ. Η ευθύνη αυτή προϋποθέτει δόλο και ασκείται σε περίπτωση πτωχεύσεως από το σύνδικο, όπερ σαφώς περιορίζει τις δυνατότητες των εταιρικών πιστωτών.

Στην υπόθεση Gamma το ίδιο ως άνω δικαστήριο απέρριψε την ύπαρξη αντικειμενικής ευθύνης εταίρου ΕΠΕ για πραγματική υποκεφαλαιοδότηση αφήνοντας ανοικτή την πιθανότητα θεμελιώσεως αδικοπρακτικής ευθύνης έναντι των εταιρικών δανειστών. Στην υπόθεση αυτή το Γερμανικό Ακυρωτικό έκρινε ότι δεν πληρούνται το πραγματικό της καταστροφικής επεμβάσεως στην εταιρική περιουσία από την παράλειψη των εταίρων να εξοπλίσουν την εταιρεία με ίδια κεφάλαια επαρκή για την επιδίωξη του εταιρικού σκοπού, δοθέντος ότι δεν θίγεται το εταιρικό κεφάλαιο.

Η ευθύνη σύμφωνα με την γερμανική νομολογία παύει να είναι εξωτερική και μεταλλάσσεται σε εσωτερική αδικοπρακτική, γεγονός που εμποδίζει τους τρίτους να στραφούν απευθείας κατά των μετόχων με ουσιώδη επιρροή.

B. Αγγλική

Η μέχρι προσφάτως ακολουθούμενη νομική οδός ήταν η εναγωγή της μητρικής εταιρείας, ως πλειοψηφούσης (ή και αποκλειστικής) μετόχου, υπό τη νομική βάση της καταχρήσεως της νομικής προσωπικότητας της θυγατρικής.

Κατάχρηση η οποία επιτάσσει την άρση της νομικής αυτοτέλει-ας ή, κατά το λεγόμενο στο Κοινοδίκαιο, “piercing the corporate veil”.

Η απόφαση *Adams v. Cape*, κατέληξε στις εξής παραδοχές: απώλεια/διάτρη-ση του εταιρικού πέπλου επέρχεται όταν:

1) η εταιρία αποτελεί «προσωπείο» (*farade, mask, cloak*), 2) εμπλέκεται σε κάποιου είδους αποδοκιμαστέα συμπεριφορά (*impropriety*) και 3) το αίσθημα δικαίου ούτως επιτάσσει (*the interests of justice so demand*).

Η πρόσφατη απόφαση του Court of Appeal (Civil Division) *Chandler v. Cape*’ (2012) και η μεταγενέστερη και διευκρινιστική αυτής *Thompson v. Renwick* (2015) έθεσαν σε νέα βάση την αντιμετώπιση ομίλων εταιρειών (*groups of companies*) και συνδεδεμένων επιχειρήσεων, ιδία όσον αφορά στις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μια μητρική εταιρεία φέρει αδικοπρακτική ευθύνη έναντι τρίτων.

Γ. ΗΠΑ

Η νομολογία των δικαστηρίων, διερευνά κάθε συγκεκριμένη περίπτωση σε δύο στάδια (*two prong test*). Εξετάζεται πρώτον ένα η ανάμιξη και ταύτιση εταιρικής και προσωπικής παρουσίας του μετόχου εξικνείται δεν δικαιολογεί την αρχή του χωρισμού (*formalities requirement*) και σε δεύτερο στάδιο εξετάζεται εάν στην δημιουργηθείσα κατάσταση η αρχή του χωρισμού θα οδηγούσε σε ανεπιεική αποτελέσματα (*fairness requirement*).

Στην περίπτωση των κεφαλαιουχικών εταιρειών των οποίων οι μετοχές ευρίσκονται εις χείρας ενός ή μικρού αριθμού μετόχων (*closely held corporation*), ως οι μονοπρόσωπες (*one man*) ή οικογενειακές (*family*) εταιρείες, τα δικαστήρια εξετάζουν τη συμμόρφωση με δύο κυρίως προϋποθέσεις και δη εάν οι επιχειρηματικές συναλλαγές διεξάγονται σε εταιρική ή ατομική βάση, και εάν η επιχείρηση στηρίζεται σε επαρκή οικονομική βάση.

Ανάλογα προς τα ανωτέρω εφαρμόζονται και στις περιπτώσεις των συνδεδεμένων επιχειρήσεων. Ειδικότερα: Σύμφωνα με την θεωρία της χρησιμοποίησε-ως της θυγατρικής ως εργαλείου από την μητρική (*Instrumentality Doctrine*) η άσκηση υπερβολικού ελέγχου, η πλημμελής ή ανήθικη συμπεριφορά της μητρικής προς την θυγατρική της συνεπάγονται την θεμελίωση της ευθύνης της μητρικής για τις υποχρεώσεις της θυγατρικής της.

Η θεωρία του *alter ego* καταλήγει στο ίδιο αποτέλεσμα, κρίνοντας ότι όταν διαπιστώνεται τοιαύτη ενότητα ιδιοκτησιακών συμφερόντων, ώστε οι επιχειρήσεις του ομίλου έχουν παύσει να εμφανίζονται προς τα έξω ως χωριστά νομικά πρόσωπα η θυγατρική εταιρεία, αποτελεί το *alter ego* της μητρικής.

Ανάλογο περιεχόμενο και ίδια αποτελέσματα παρουσιάζουν οι θεωρίες της ταυτότητας (Identity Doctrine) και της αντιπροσωπείας (Agency Doctrine). Περαιτέρω, κατά την θεωρία της Misrepresentation η κατάφαση της ευθύνης της μητρικής θεμελιώνεται σε τέτοια περιστατικά, ώστε θα ήταν αντίθετο προς τις αρχές της καλής πίστεως και των χρηστών ηθών να αρνηθή η μητρική την ευθύνη της προς αποζημίωση.

Λ. ΚΡΙΤΙΚΗ ΚΑΙ ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΣΜΟΙ

I. Η γενικότερη περί άρσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου προβληματική είναι γέννημα της νομολογίας των δικαστηρίων των ΗΠΑ (tests to determine piercing liability - Alter Ego, Instrumentality, Equity, Public Policy).

Ως προς την αντίστροφη άρση, κατά μία προσέγγιση, εφαρμόζονται τα αυτά κριτήρια με την ευθεία (inverse method) - δηλαδή στην περίπτωση που η εταιρεία χρησιμοποιείται ως alter ego, ως απλό όργανο ή εντολέας του ιδιοκτήτη ή ως ασπίδα για την αποτροπή επελεύσεως δυσμενών συνεπειών -ενώ κατ' άλλη αντιμετώπιση του θέματος εξετάζεται κατά πόσο είναι δίκαιη η εφαρμογή της κατόπιν σταθμίσεως των συμφερόντων (equitable result) όλων των εμπλεκόμενων μερών. Η νομολογία εφαρμόζει την μέθοδο της αντίστροφης άρσης επί Ομίλων επιχειρήσεων, όπου ο εταιρικός δανειστής της μητρικής επιδιώκει την επαγωγή ευθύνης στη θυγατρική για τα χρέη της μητρικής ή την υπεγγυότητα ελεγχόμενης επιχειρήσεως για τα χρέη συνδεομένης.

Πλην, το αμερικανικό σύστημα των πηγών του δικαίου, αλλά και οι προϋποθέσεις επιτρεπτής δικαστικής περαιτέρω διαπλάσεως του, είναι εντελώς διαφορετικές από το ελληνικό.

II. Στην ελληνική νομολογία το ζήτημα της επικλήσεως του περιορισμού της ευθύνης σε περιπτώσεις που αυτή κρίνεται ασύμβατη με θεμελιώδεις σταθμίσεις της έννομης τάξεως - και αντιστοίχως της στοιχειοθετήσεως ευθύνης εταίρου κατά παραμερισμό της νομικής προσωπικότητας -αντιμετωπίζεται ως περίπτωση καταχρήσεως θεσμού.

Η προσέγγιση αυτή αποφεύγει το πρακτικό αδιέξοδο της αντίστοιχης περί καταχρήσεως δικαιώματος, δοθέντος ότι στην επίκληση του περιορισμού της ευθύνης δεν συντρέχει άσκηση δικαιώματος του εταίρου. Εν τούτοις, παραμένει προς εξέταση το ζήτημα εάν η εφαρμογή της είναι πρόσφορη να ιδρύσει νόμιμη βάση ευθύνης εταίρου κεφαλαιουχικής εταιρείας.

III. Η άρση της αυτοτέλειας ως καταστρατήγηση νόμου

Διατυπώνεται η κρίση ότι η ευθύνη εταίρου κεφαλαιουχικής εταιρείας κατά παραμερισμό νομικής προσωπικότητας στοιχειοθετείται όταν, υπό τις συγκεκρι-

κριμένες περιστάσεις, η χρήση του νομικού προσώπου συνιστά καταστρατήγηση νόμου.

Καταστρατήγηση ή περιγραφή νόμου είναι η προσπάθεια να παρακαμφθεί - ή, αντιθέτως, να προσελκυσθεί - η εφαρμογή ενός κανόνος δικαίου μέσω της εκμεταλλεύσεως θεσμού, η οποία, υπό τις συνθήκες της συγκεκριμένης περιπτώσεως, είναι καταχρηστική, διότι αντίκειται στον σκοπό του καταστρατηγούμενου κανόνος.

Εν προκειμένω τίθεται το ερώτημα, ποια η καταστρατηγική δικαιοπραξία του νομικού προσώπου ή των μελών του, και ποια η καταστρατηγούμενη διάταξη;

Στο σημείο αυτό επισημαίνεται ότι: Τα φυσικά πρόσωπα που επιλέγουν να αναπτύξουν επιχειρηματική δράση ιδρύοντα νομικό πρόσωπο κάνουν χρήση ακριβώς των περί νομικών προσώπων διατάξεων, δεν προσπαθούν να τις περιγράψουν ή να εκφύγουν των εννόμων συνεπειών τους, αντιθέτως αποβλέπουν στις τελευταίες.

Η καταστρατήγηση νόμου δυνατόν να έγκειται επίσης στην προσπάθεια να επέλθουν οι ευμενείς έννομες συνέπειες ενός κανόνος δικαίου, του οποίου η εφαρμογή στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν δικαιολογείται. Ενταύθα πρόκειται περί ζητήματος διαγνώσεως κεκαλυμμένου κενού του νόμου και πληρώσεως αυτού με τη μέθοδο της τελολογικής συστολής.

Το τιθέμενο ζήτημα είναι εάν, και υπό ποιές προϋποθέσεις είναι δυνατή η τελολογική συστολή των ρητών κανόνων δικαίου, οι οποίοι προβλέπουν την περιορισμένη ευθύνη των εταίρων κεφαλαιουχικής εταιρείας.

Σε περίπτωση προσελκύσεως ευμενούς κανόνος εις εφαρμογήν, η επίκληση της καταστρατηγήσεως δεν δύναται να οδηγήσει αφ' εαυτής - δηλαδή δια της τελολογικής συστολής των κανόνων δικαίου που προβλέπουν τον περιορισμό της ευθύνης - στην έννομη συνέπεια της προσωπικής ευθύνης του εταίρου κεφαλαιουχικής εταιρείας έναντι των εταιρικών δανειστών. Τούτο διότι το ισχύον δίκαιο δεν περιέχει γενικό κανόνα ότι τα μέλη των νομικών προσώπων ευθύνονται για τις υποχρεώσεις αυτών (των ν.π.), η επάνοδος του οποίου θα επετυγχάνετο δια της τελολογικής συστολής του άρθρου 1 παρ. 1 Ν. 4548/2018)

Η καταστρατήγηση νόμου, ως άλλωστε και η κατάχρηση θεσμού δεν αποτελεί αυτοτελή νομική μορφή, η οποία επισύρει συγκεκριμένες έννομες συνέπειες, αλλά έννοια που παραπέμπει σε συγκεκριμένα ζητήματα εφαρμογής κανόνων του δικαίου, τόσο στο επίπεδο της ερμηνείας όσο και στο τοιούτο της επιτρεπτής δικαστικής παρεμβάσεως προς πλήρωση κενών.

Η διαπίστωση ότι σε μία περίπτωση η επίκληση του περιορισμού της ευθύνης αποτελεί καταστρατήγηση ή περιγραφή νόμου δε συνιστά αφ' εαυτής νόμιμο

λόγο ευθύνης, ούτε περιγράφει ένα πραγματικό ευθύνης, ούτε και είναι πρόσφορη να επαγάγει κάποια έννομη συνέπεια (ευθύνης) και να περιγράψει τον δικαιούχο της σχετικής αξιώσεως.

IV. Νομική θεμελίωση της ευθύνης

α) Η θεμελίωση της ευθύνης προϋποθέτει είτε την υπαγωγή της συγκεκριμένης συμπεριφοράς του εταίρου σε συγκεκριμένους ιδρυτικούς ευθύνης κανόνες του εταιρικού, πτωχευτικού ή και του γενικού ιδιωτικού δικαίου, ή εναλλακτικώς την δικανική περαιτέρω διάπλαση τοιούτων κανόνων προς πλήρωση του σχετικού κενού δικαίου.

β) Η ανεπαρκής χρηματοδότηση εταιρείας αναφέρεται ως επιμέρους κριτήριο αποφυγής εκπληρώσεως υποχρεώσεων .

Πλην δεν υφίσταται αιτιολόγηση, για ποίο λόγο η ευθύνη κατά παραμερισμό νομικής προσωπικότητας αποτελεί πρόσφορη έννομη συνέπεια τής εκ μέρους του εταίρου παραβάσεως της εμφανιζομένης ως υποχρεώσεως επαρκούς κεφαλαιοδοτήσεως της εταιρείας.

Η ουσιαστική (πραγματική) υποκεφαλαιοδότηση - η οποία συντρέχει όταν τα ίδια κεφάλαια της εταιρείας, κυρίως σε ρευστότητα, δεν επαρκούν προς κάλυψη των μεσοπρόθεσμων και μακροπρόθεσμων χρηματοδοτικών της αναγκών - δεν επαρκεί καθ' εαυτήν προς στοιχειοθέτηση ευθύνης εταίρου.

γ) Στην νομολογία, η έννοια της ανεπαρκούς κεφαλαιοδοτήσεως (χρηματοδότησης) δεν εξειδικεύεται περαιτέρω. Πραγματική υποκεφαλαιοδότηση συντρέχει όταν τα ίδια κεφάλαια (εννοείται πέραν του ελάχιστου μετοχικού κεφαλαίου), δεν επαρκούν για να καλύψουν τις μεσοπρόθεσμες και μακροπρόθεσμες χρηματοδοτικές ανάγκες που απαιτούνται βάσει του είδους και της εκτάσεως της ασκούμενης δραστηριότητας, λαμβανομένων υπ' όψιν και των μεθόδων χρηματοδοτήσεως της εταιρείας. Η πραγματική υποκεφαλαιοδότηση πρέπει να διακρίνεται από την ονομαστική, όπου οι μέτοχοι εφοδιάζουν την εταιρεία με τα απαραίτητα κεφάλαια, χορηγώντας όμως ταύτα ως δάνεια και ως όχι ως μετοχικό κεφάλαιο, όπερ υπό προϋποθέσεις δυνατόν να οδηγήσει στην αντιμετώπιση των εν λόγω δανείων ως ιδίων κεφαλαίων. Παρά το ότι η πραγματική υποκεφαλαιοδότηση αποτελεί ίσως το συχνότερο πεδίο προβληματισμού για την κάμψη, εν τούτοις η θεμελίωση ευθύνης δεν είναι απλή, διότι δεν είναι σαφές για το ποία είναι η ιδανική και απαραίτητη από πλευράς χρηματοδοτήσεως ποσότητα ιδίων κεφαλαίων. Πάντως η ουσιαστική υποκεφαλαιοδότηση δεν επαρκεί αφ' εαυτής να στοιχειοθετήσει ευθύνη του εταίρου. Απαιτείται πρόσφορη αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της υποκεφαλαιοδότη-

σεως και της αφερεγγυότητος (ανάληψη υπέρμετρων κινδύνων, διενέργεια καταστρεπτικών περιουσιακών διαθέσεων).

Επισημαίνεται ότι, η ανεπάρκεια της εταιρείας σε κεφάλαια και, κυρίως, σε ρευστότητα, ώστε να ανταποκριθή στις οικονομικές της υποχρεώσεις (υποκεφαλαιοδότηση) αφ' εαυτής δεν αποτελεί στοιχείο καταχρήσεως του θεσμού, αλλά είναι (φυσιολογική εξέλιξη της κακής οικονομικής πορείας μιας εταιρείας. Η αυτοτέλεια και η έλλειψη προσωπικής ευθύνης για τα χρέη της εταιρείας έχει θεσμοθετηθή και ισχύει για την περίπτωση του ανεπιτυχώς επιχειρείν, δηλαδή για την περίπτωση καθ' ην η οικονομική πορεία της εταιρείας δεν εξελίσσεται με τον ιδανικό τρόπο που είχε σχεδιασθή.

δ) Αξιώσεις εκ παραβιάσεως υποχρεώσεως επαρκούς κεφαλαιοδοτήσεως έναντι των κατ' ιδίαν εταιρικών δανειστών δεν δύνανται να στοιχειοθετηθούν επί τη βάσει της έννομης σχέσεως της εταιρικής συμμετοχής, καθώς αυτή ιδρύει υποχρεώσεις μόνο μεταξύ: i) των κατ' ιδίαν εταίρων και ii) του κάθε εταίρου και του νομικού προσώπου της εταιρείας.

Η εξωτερική ευθύνη του εταίρου δεν στοιχειοθετείται επί τη βάσει σταθμίσεων σχετιζομένων προς τα όρια ή την πιθανή κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας (και την εντεύθεν ανάγκη κάμψης αυτής) αλλά βάσει διατάξεων του κοινού δικαίου.

ε) Εν όψει: i) του ρητού νομοθετικού αποκλεισμού της ευθύνης μετόχου ΑΕ έναντι των εταιρικών δανειστών για τις εταιρικές οφειλές και ii) της διαμορφώσεως του συστήματος ευθύνης στη κεφαλαιουχικές εταιρείες ως εσωτερικού, η εξειδίκευση της γενικής ρήτηρας του άρθρου 288 ΑΚ προς την ως άνω εξωτερική ευθύνη έχει εκτός δικαίου (extra legem «υπερβατικό») χαρακτήρα. Προϋπόθεση τούτου είναι η διαπίστωση κενού.

στ) Προσωπική ευθύνη του εταίρου έναντι του εταιρικού δανειστή δύναται να στοιχειοθετηθή στην περίπτωση καθ' ην ο πρώτος α) προεκάλεσε στον δεύτερο την εντύπωση ότι η υπάρχουσα εταιρική περιουσία διασφαλίζει την ικανοποίηση της απαιτήσεως του ή β) εδημιούργησε φαινόμενο φερεγγυότητος ή την εύλογη προσδοκία του δανειστή ότι ο ίδιος θα τον ικανοποιήσει (βλ. πραγματικές παραδοχές επί της υποθέσεως της ΟΛΑΠ 2/2013). Στην περίπτωση αυτή συντρέχει συμπεριφορά του εταίρου έναντι του εταιρικού δανειστή, επί τη βάσει της οποίας ο τελευταίος προβαίνει σε περιουσιακές διαθέσεις, εντεύθεν εύλογη παρίσταται η στοιχειοθέτηση εξωτερικής ευθύνης, νόμιμη βάση της οποίας θα είναι, κατά περίπτωση και υπό τον όρο της συνδρομής των αντίστοιχων κατά νόμο προϋποθέσεων, είτε η διάταξη του άρθρου 919 ΑΚ ή εκείνη των άρθρων 197, 198 ΑΚ.

ζ) Σε κάθε περίπτωση, η δυνατότητα υπαγωγής της κρινομένης ιστορικής βάσεως σε κανόνες ευθύνης του θετικού δικαίου δεν καταλείπει κενό νόμου, ώστε να επιτρέπει λύσεις κατά δικαστική περαιτέρω διάπλαση του δικαίου. Ιδίως η αναγνώριση της υποκεφαλαιοδότησης ως νέου, ευρύτατου πραγματικού της ευθύνης κατ' άρση της αυτοτέλειας του ν.π. είναι πρόσφορη να προκαλέσει μείζονα κλονισμό της ασφάλειας δικαίου και να καταστήσει τον περιορισμό της ευθύνης κενό γράμμα.

V. Καταλογισμός της δικαιοπραξίας στο πρόσωπο του εταίρου ως έννομη συνέπεια

α) Στη νομολογία ως έννομη συνέπεια του παραμερισμού της νομικής προσωπικότητας ορίζεται ο καταλογισμός της δικαιοπραξίας - την οποία το νομικό πρόσωπο κατήρτισε με τρίτον (τον δανειστή) - στον εταίρο εκείνο, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις ευθύνης. Ως υποκείμενο της ενοχικής σχέσεως με τον αντισυμβαλλόμενο τής εταιρείας - εταιρικό δανειστή θεωρείται ο εταίρος, έναντι του οποίου ο δανειστής έχει, ως εκ τούτου, αξίωση εκπληρώσεως.

Η προσέγγιση αυτή στερείται ερείσματος στο σύστημα του ιδιωτικού δικαίου.

Η υποκατάσταση τρίτου προσώπου στα δικαιώματα (και τις υποχρεώσεις, ως εν προκειμένω) ενός των συμβαλλομένων συνιστά αλλοίωση ενοχής ως προς τα υποκείμενα, αποτελεί απολύτως εξαιρετική περίπτωση στην ελληνική έννομη τάξη και είναι πάντοτε αποτέλεσμα ρητής σχετικής διατάξεως νόμου. Δεν τίθεται ζήτημα πληρώσεως εκουσίως κενού, διότι η δικαστική προς τούτο παρέμβαση αποτελεί μη επιτρεπτή διάπλαση του δικαίου.

β) Συμφώνως προς την θεωρία και την νομολογιακή εφαρμογή της άρσεως της αυτοτέλειας, η νομική προσωπικότητα της εταιρείας κάμπτεται στιγμιαίως, και μόνον όσον αφορά στο ζήτημα της στοιχειοθετήσεως ευθύνης εταίρου.

Παρά ταύτα, η περιορισμένη ευθύνη των εταίρων δεν αποτελεί εκδήλωση, ούτε συνιστά εννοιολογικό χαρακτηριστικό ή τυπολογικό στοιχείο της νομικής προσωπικότητας, αλλά επιβάλλεται από συγκεκριμένους κανόνες του θετικού δικαίου(άρθρ. 1 παρ. 1 Ν. 4548/2018).

Ενώ το προς ρύθμιση πραγματικό αποτελείται από την συμπεριφορά ενός ή πλειόνων προσώπων που συνδέεται με βλάβη της εταιρείας, η συγκεκριμένη θεωρία (μέθοδος, νομική κατασκευή) αντί να αξιολογήσει αυτήν την συμπεριφορά επί τη βάσει του καθ' όλου συστήματος του ιδιωτικού δικαίου, στρέφεται στο ευρύτερο ζήτημα της νομικής προσωπικότητας και των εννόμων συνεπειών της.

γ) Περαιτέρω, μεθοδολογικό έρεισμα για την στοιχειοθέτηση της ευθύνης αναζητείται στην τελολογική συστολή των διατάξεων που αποκλείουν την ευθύνη των εταίρων για τα εταιρικά χρέη στις κεφαλαιουχικές εταιρίες (άρθρο 1 παρ. 1 Ν. 4548/2018)

Η έννοια της τελολογικής συστολής ενός κανόνος δικαίου είναι ότι, επειδή το γράμμα του νόμου είναι ευρύτερο από τον σκοπό της διατάξεως, δηλαδή επειδή υπάρχει γνήσιο (ακούσιο) κενό, απαιτείται διόρθωση του κανόνος δικαίου - αντίθετη προς το γράμμα του, αλλά σύμφωνη προς την εγγενή τελολογία του νόμου - με τελολογική συστολή του πραγματικού τού κανόνος, ώστε το πεδίο εφαρμογής του να περιορισθεί εντός των ορίων που περιγράφει ο σκοπός του κανόνος.

Η τελολογική συστολή των διατάξεων, οι οποίες αποκλείουν την ευθύνη των εταίρων για τα εταιρικά χρέη στις κεφαλαιουχικές εταιρίες, δεν δύναται αφ' εαυτής να αποτελέσει μεθοδολογικό έρεισμα προς στοιχειοθέτηση της ευθύνης. Ο εταίρος - στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει πραγματικό ευθύνης, εξαιρούμενος, κατά τελολογική συστολή, από το πεδίο εφαρμογής των ανωτέρω διατάξεων - δεν ευθύνεται άνευ άλλου τινός έναντι των εταιρικών δανειστών. Αντιθέτως, οι υποχρεώσεις του νομικού προσώπου της εταιρείας, το οποίο διατηρεί νομική και περιουσιακή αυτοτέλεια έναντι των μελών του, εξακολουθούν να βαρύνουν μόνο αυτό το ίδιο. Δεν υπάρχει γενικός κανόνας ότι τα μέλη του νομικού προσώπου ευθύνονται για τις υποχρεώσεις του, την επάνοδο στον οποίο θα σηματοδοτούσε η τελολογική συστολή του άρθρου 1 παρ. 1 Ν. 4548/2018. Η στοιχειοθέτηση ευθύνης εταίρου θα απαιτούσε την διάνγωση και πλήρωση κενού, (λ.χ. εφαρμογή αναλόγως του άρθρου 249 Ν. 4072/2012 για την απεριόριστη και εις ολόκληρον ευθύνη των ομορρύθμων εταίρων).

δ) Η έρευνα της ελληνικής νομολογίας οδηγεί στο συμπέρασμα ότι η αντιμετώπιση είναι περιπτώσιολογική, άνευ εξαγωγής ενός γενικού, κανόνος, δυνάμενου να εφαρμοσθεί στο σύνολο των περιπτώσεων.

Περαιτέρω, διαπιστώνεται ότι κατά την εφαρμογή της κάμψεως της νομικής προσωπικότητας εταιρείας, και δη ναυτιλιακής ως ενδιαφερούσης ενταύθα, η νομολογία προβαίνει σε μία εκτός του νόμου, (αλλά εντός του δικαίου) [extra legem] διάπλαση του δικαίου, η οποία όμως εξακολουθεί να παραμένει εναρμονισμένη προς το γενικότερο αξιολογικό σύστημα της ιδιωτικής έννομης τάξεως (την ratio juris),

VI. Ευθύνη όλων των εταίρων εις ολόκληρον;

Η θέση αυτή παρουσιάζεται ως δογματικώς ελεγχόμενη. Η άρση της αυτοτέλειας σημαίνει ταυτοποίηση του εταίρου ή μετόχου με το νομικό πρόσωπο της εταιρείας. Αντιθέτως, η εις ολόκληρον ευθύνη προϋποθέτει την ύπαρξη τουλάχιστον δύο υποχρέων και ως τοιαύτη απορρίπτει την ταυτοποίηση αυτή.

Τελικώς, κατ' αποτέλεσμα, δεν αίρεται η νομική αυτοτέλεια της εταιρείας παρά μόνο η περιορισμένη ευθύνη των μελών της.

M. ΘΕΜΕΛΙΩΣΗ ΕΥΘΥΝΗΣ ΣΕ ΑΛΛΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ

α) Υπάρχουν όμως και μηχανισμοί οι οποίοι οδηγούν στο ίδιο αποτέλεσμα, δηλαδή στην ευθύνη της μητρικής για τα χρέη της θυγατρικής της, χωρίς ωστόσο να αποβλέπουν κατ' ανάγκην στην άρση της αυτοτέλειας ή του χωρισμού του νομικού προσώπου της θυγατρικής από την μητρική, παρά στην ευθεία θεμελίωση ευθύνης της τελευταίας, στις περιπτώσεις που συντρέχουν οι προϋποθέσεις τους. Οι μηχανισμοί αυτοί οδηγούν στην εν ευρεία εννοία άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, εφαρμόζονται δε και στο ζήτημα της ευθύνης του μοναδικού ή του κυρίαρχου μετόχου ή εταίρου για τα χρέη της κεφαλαιουχικής εταιρείας (της θυγατρικής ναυτιλιακής εταιρείας εν προκειμένω).

β) Οι «μηχανισμοί» αυτοί ευρίσκουν νομικές βάσεις ως επί το πλείστον στις διατάξεις των άρθρων 197-198, 334, 477, 723, 914 επ. (σε συνδυασμό ιδίως με τα άρθρα 147 και 149, 281 και 288 ΑΚ ή ποινικές ρυθμίσεις), 919, 922, 939 επ. και 904 επ. ΑΚ, στη θεωρία του *de facto* οργάνου (αναλογία από τα άρθρ. 70 και 71 ΑΚ), στις αρχές της σιωπηρής ή φαινόμενης πληρεξουσιότητας (άρθρ. 281 ΑΚ), στην ευθύνη ένεκα οργανωτικού πταίσματος, ως επίσης ως συνέπεια της διαψεύσεως της εμπιστοσύνης τρίτου.

γ) Δεν είναι απαραίτητο να αναδεικνύεται η σύγχυση περιουσιακών στοιχείων σε αυτοτελές πραγματικό άρσεως της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου και καταλογισμός της ευθύνης στο φυσικό πρόσωπο, ιδίως όταν υπάρχουν άλλες νομικές βάσεις όπως ΠΚ 375 (υπεξαίρεση) και ΑΚ 914, 163 Ν. 4548/2018, σε συνδυασμό με άρθρ. 914 ΑΚ. Η σύγχυση σφαιρών δύναται επίσης να αντιμετωπισθεί με τους κανόνες ερμηνείας των συμβάσεων (ΑΚ 200) ή με τις αρχές περί φαινομένου δικαίου. Η ουσιαστική υποκεφαλαιοδότηση δυνατόν να αντιμετωπισθεί με την γενική ρήτρα της αθέμιτης και δόλιας προκλήσεως ζημίας (ΑΚ 919) στην ακραία περίπτωση κατά την οποία η δυσαναλογία ιδίων κεφαλαίων και εταιρικού σκοπού είναι προφανής, δημιουργείται δε στον δανειστή η εντύπωση ότι η υπάρχουσα περιουσία διασφαλίζει την απαίτησή του. Προσφυγή στην ΑΚ 919 νοείται και στην περίπτωση της εξοντωτικής επεμβάσεως στην εταιρική περιουσία.

Ν. Ο ΕΦΑΡΜΟΣΤΗΣ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ

Υπό την κάλυψη ενός νομικού προσώπου ασκείται αυτοτελής επιχειρηματική δραστηριότητα, η οποία υπεκφεύγει ή προσπαθεί να υπεκφύγει του δικαιοῦ συστήματος. Ο δικαστής διαβλέπει αυτήν την προσπάθεια.

Στην κατάχρηση που επιδιώκεται να αρθρή με την θεωρία της (αντίστροφης) άρσης, ο εφαρμοστής του δικαίου πρέπει να ενθυμείται ότι η αναλογία στο δίκαιο γίνεται κατ' εξαίρεσιν αποδεκτή, ώστε ομοίως να μην απολήγει σε κατάχρηση.

Ο εφαρμοστής του δικαίου καλείται να καθορίσει τους κανόνες και τις αρχές του δικαίου που επιφέρουν κάποιου είδους ταύτιση νομικού προσώπου και μελών.

Αντιμετωπίζει την ανάγκη επί τούτω κρίσεως της τελολογίας του εφαρμοστέου κανόνος δικαίου και κατηγοριοποιήσεως των περιπτώσεων καταχρηστικής επικλήσεως της ανωτέρω αρχής του χωρισμού, καθώς και αναπτύξεως ενιαίων κριτηρίων κατά κατηγορίαν.

Οι αποφάσεις που αποδέχονται την άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, δεν είναι νομικώς επιτρεπτό να δημιουργούν κανόνες καταλύσεως του θεσμού αυτού. Προς τούτο είναι απαραίτητο, ο δικαστής να θεμελιώνει την κρίση του σε αναμφίβολη νομική βάση, όταν εφαρμόζει την κάμψη της νομικής προσωπικότητας.

Ξ. ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Η εταιρεία παρουσιάζεται στον κόσμο ως ένα δημιούργημα του επιχειρηματικού πνεύματος. Θα συνεχίσει να μεταμορφώνεται θεαματικώς στα επόμενα χρόνια και οι μεταμορφώσεις του θα επηρεάσουν όλους.

Τις επερχόμενες αλλαγές θα καθορίσουν δύο παράγοντες, αφ' ενός η ισορροπία μεταξύ συναλλακτικών (για την απόκτηση προϊόντων στην αγορά) και των ιεραρχικών (που ενέχει η οργάνωση μιας γραφειοκρατικής δομής) αξιών - δηλαδή η ισορροπία στα κόστη, η οποία καθορίζει τελικώς το εάν μια εταιρεία έχει λόγο υπάρξεως - και αφ' ετέρου η δυνατότης της εταιρείας να προσαρμόζεται στις επικρατούσες συνθήκες και η ικανότης αυτής να εξελίσσεται.

Οι επιχειρηματίες, που έχουν αυτήν την προνομιούχο αντιμετώπιση από την πολιτεία, πρέπει να ανταποκρίνονται με ιδιαίτερο αίσθημα ευθύνης στις υποχρεώσεις τους.

Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου είναι μία δυσάρεστη συνέπεια, η οποία επέρχεται στην έσχατη περίπτωση παντελούς αδυναμίας ικανοποιήσεως των εταιρικών δανειστών. Αποτελεί μέθοδο επιβαλλομένη εκ της

προστασίας των συναλλαγών, ώστε να αποτρέπονται ιδιοτελείς στρατηγικές της αγοράς.

Εργασιακές διαφορές, αξιώσεις εκ της τροφοεφοδοσίας του πλοίου και εγγυηθέντα από τον επιχειρηματία τραπεζικά δάνεια είναι η πλειονότητα των υποθέσεων, οι οποίες οδηγούν στην άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου. Είναι υποθέσεις που έχουν ύψιστη κοινωνική ιδιαιτερότητα και σημασία και για τον λόγο αυτόν απαιτούν ανάλογη αντιμετώπιση.

Η θεωρία και δογματική του εταιρικού, κυρίως, δικαίου οφείλει να αναζητήσει τον ισχύοντα για τις κρινόμενες επιχειρήσεις καταμερισμό των κινδύνων και να εξεύρει λύσεις εξειδικευμένες και με προκαθορισμένα σαφή κριτήρια.

Η νομολογία προέβη στη διάπλαση του νέου θεσμού ωθούμενη από την ανάγκη προστασίας των συναλλαγών, πλην η τοιαύτη διάπλαση δεν είναι επιτρεπτό να στερείται νομίμου ερείσματος και πάντως δεν δύναται υπερβαίνει τα όρια που τίθενται στη δικαστική δράση από την ανάγκη πληρώσεως των κενών.

Πλην, η αναγνώριση τοιαύτης μορφής ευθύνης, η οποία παρεκκλίνει από την νομική προσωπικότητα και την βασική αρχή του περιορισμού της ευθύνης που διαπνέει το δίκαιο των κεφαλαιουχικών εταιρειών, δύναται να κλονίσει σοβαρώς την ασφάλεια του δικαίου.

Κατά ταύτα, κρίνεται ότι, υπό το υφιστάμενο νομικό καθεστώς, η κατασκευή της κάμψεως της νομικής προσωπικότητας αποτελεί εκτός του νόμου (*extra legem*) μη επιτρεπομένη, δικαστική διάπλαση.

Μια σειρά υποθέσεων, οι οποίες αντιμετωπίζονται στο πλαίσιο της κάμψεως της νομικής προσωπικότητας, δύναται να επιλυθούν με την δημιουργική εφαρμογή κανόνων του ιδιωτικού δικαίου.

ΧΡΗΣΙΜΟΠΟΙΗΘΕΙΣΑ ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

Αθανασίου Λ. Η διασυννοριακή πτώχευση της ναυτιλιακής επιχείρησης, 2015.

Αθανασοπούλου Βικτ. Η κάμψη της νομικής προσωπικότητας στις ναυτιλιακές εταιρίες, ΠειρΝ 2005, 389.

Αλεπάκος Κ. Η κάμψη (άρση) της νομικής προσωπικότητας της ΑΕ (με αφορμή την απόφαση ΑΠ ΟΛ 2/2013) ΣΥΝΗΓΟΡΟΣ τεύχος 97/2013. σελ. 34 επ.

Αυγητίδης Δ. Η αντίστροφη άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, ΕπισκΕΔ 4/2020, σ. 599-617

Αυγητίδης Δ. Η αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στις ναυτιλιακές εταιρείες, ΕπισκΕΔ 1/1999.

Βαρελά Μ., Η αντίστροφη άρση της αυτοτέλειας στους ομίλους εταιρειών: Ευθεία υπεγγυότητα της περιουσίας της θυγατρικής για τους δανειστές της μητρικής, σε «Όμιλοι επιχειρήσεων. 26ο Πανελλήνιο Συνέδριο ΣΕΕ, 2017, 531 επ.

Βαρελά Μ. Η διαμόρφωση της ευθύνης στους ομίλους εταιριών, 2007,

Βασιλακάκης Ευ. Υποκειμενικά όρια ισχύος της συμφωνίας διαιτησίας και άρσης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, ΕΠολΔ 2010, 24,

Βερβεσός Ν., Παρατηρήσεις σε ΕφΠειρ 348/2005, ΔΕΕ 2007, 319 επ.

Βερβεσός Ν. Ζητήματα εταιρικού δικαίου στους διεθνείς ομίλους επιχειρήσεων, ΧρηΔικ 2017, 204,

Γεωργιάδης Απ. Γενικές Αρχές Αστικού Δικαίου, Εκδ. Σάκκουλα, 2012

Γιοβαννόπουλος Ρ. - Καραγκουνίδης Απ. Άρση της νομικής αυτοτέλειας ανώνυμης εταιρείας ενταγμένης σε όμιλο έναντι των δανειστών όχι θυγατρικής αλλά «αδελφής» ανώνυμης εταιρείας του αυτού ομίλου (Γνωμοδότηση), ΔΕΕ 6/2020

Γρηγοριάδης Λ. Νομικές βάσεις για τη θεμελίωση ευθύνης της μητρικής εταιρείας για αδικοπραξίες θυγατρικής της κατά παρέκκλιση από την αρχή της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στο αγγλικό δίκαιο, ΕφΑΔΠολΔ 2017. 898 επ.

Δερμιτζάκη Φ. Προβλήματα ευθύνης στους ομίλους επιχειρήσεων, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2001

ΔΙΚΑΙΟ ΑΝΩΝΥΜΗΣ ΕΤΑΙΡΙΑΣ Ερμηνεία κατ' άρθρο του Ν. 4548/2018, 1ος Τόμος: Άρθρα 1-85, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2020

Ελευθεριάδης Ν. Η προστασία των δανειστών κεφαλαιουχικής εταιρίας ως πρόβλημα ευθύνης των εταίρων (2012)

Ελευθεριάδης Ν. Σημ. υπό την ΟΛΑΠ 2/2013, ΔΕΕ 4/2013, 324 επ.

Ζαπριάνος Ν. Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου προς δι-αφύλαξη εννόμων συμφερόντων των μελών του, Αρμ 2010, 1298

Ζερδελής Δ. Εργασιακές σχέσεις στους ομίλους επιχειρήσεων: Ευθύνη της μητρικής εταιρείας για τα εργατικά χρέη της θυγατρικής, ΕΕργΔ 2021, 1125 επ.

Ζουριδάκης Γ. Αδικοπρακτική ευθύνη μητρικών εταιριών. Σκέψεις με αφορμή την πρόσφατη αγγλική νομολογία... ΔΕΕ 2015, 990

Μάρκου Ι. Η κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας των κεφαλαιουχικών εταιριών ως κατάχρηση της εταιρικής σχέσης, Αρμ 2003, σελ. 601 επ.

Μάρκου Ι. Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου ως πηγή ανασφάλειας δικαίου - Συμβολή στην ερμηνεία των διατάξεων περί εταιρικής ευθύνης, ΕΕμπΔ 2003, σελ. 257 επ.

Μικρουλέα Αλ. Σχέση μητρικής - θυγατρικής - Δεσμευτικές εντολές και ζητήματα ευθύνης σε Όμιλοι Επιχειρήσεων - 26^ο Συνέδριο ΣΕΕ, 2017, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ, 147 επ., ΧρηΔικ 2017, 14 επ.

Μπακόπουλος Κ. Η ευθύνη της μητρικής εταιρίας έναντι αντισυμβαλλομένων της θυγατρικής της. Μία επισκόπηση με βάση τους λόγους ευθύνης, ΧρΙΔ 2006, 106

Μπαντιμαρούδη/Σταύρου/Φοροπούλου, Η κατ' εξαίρεση ευθύνη της μητρικής εταιρίας για χρέη των θυγατρικών της - υπό το πρίσμα του ελληνικού και του γερμανικού δικαίου -, ΕπισκΕΔ 2017, 425

Νίκας Ν. - Καραγκουνίδης Απ. (Γνωμοδ.) Άρση της αυτοτέλειας νομικού προσώπου, ΕΠολΔ 2020, 124 επ.

Παμπούκης Κ. Κάμψη της νομικής προσωπικότητας σε αλλοδαπή ΑΕ, ΕπισκΕΔ 2009, 19.

Παμπούκης Χ. Το εφαρμοστέο δίκαιο στην κάμψη της νομικής προσωπικότητας, εις «Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο του Εμπορίου», 17^ο Συνέδριο ΣΕΕ, 2008, 91,

Παμπούκης Χ./Νικολαΐδης Γ. Το εφαρμοστέο δίκαιο στην κατάχρηση της νομικής προσωπικότητας (γνωμ.), ΕφΑΔΠολΔ 2017, 194.

Παπανικολάου Π. Μεθοδολογία του ιδιωτικού δικαίου (2000),

Παπανδρόπουλος Αθ. Οι μεταμορφώσεις της εταιρίας και η σημασία τους, MANAGER ΔΕΚ. 2013, 24 επ.

Πιτσιρίκος Ι. Άρση της αυτοτέλειας νομικού προσώπου (ΑΕ) και καταλογισμός ευθύνης για υποχρεώσεις του κυρίου ή μοναδικού μετόχου του, ΕΕμπΔ 2007, 482 επ.

Ποδημάτα Ευ. Κατάχρηση του θεσμού της ΑΕ και υποκειμενικά όρια του δεδικασμένου έναντι των βαρυνομένων με την κατάχρηση μετόχων (Γνωμ.), ΧρΙΔ 2018, 222,

Ρήγας Κ. Η εχθρική και η αντίθετη άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, (παρ. στην ΜΠρΠειρ 4996/2017), ΕΕμπΔ 2018, 229 επ.

Ρήγας Κ. Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, Νομ. Βιβλιοθ, 2008

Ρήγας Κ. Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου των μονοβάθρων εταιρειών, ΝοΒ 2014, 5.

Τζουγανάτος Δ. Νεότερες αντιλήψεις για την ευθύνη των μετόχων ΑΕ: Αποχαιρετισμός της ευθύνης λόγω άρσης της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου; Πρακτικά 18ου Πανελλήνιου Συνεδρίου Εμπορικού Δικαίου (2008) Συνδ. ΕΛλήν. Εμπορικόλογων, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2009, 179 επ.

Ψαρουδάκης Γ. Παρατηρήσεις υπό ΠΠΑ 3869/2015 ΕπισκΕΔ 2015 540

Μικλεθουίτ Τζων / Γούλντριτζ Άντριαν, «Η εταιρία» (πανεπιστημιακές εκδόσεις Κρήτης).

Mandaraka-Sheppard Al. New trends in piercing the corporate Veil Εισηγήσεις 8ου Διεθνούς Συνεδρίου Ναυτικού Δικαίου, Νομ. Βιβλιοθ. 2013, σελ. 319 επ.

Michael J. Gaertner ,Reverse Piercing the Corporate Veil: Should Corporation Owners Have It Both Ways? William & Mary Law Review, Volume 30(1989) p. 667 et seq.

Nicholas Allen, Reverse Piercing of the Corporate Veil: A Straightforward Path to Justice, NY Business Law Journal | Summer 2012 | Vol. 16, 25 et seq.

Ariella M. Lvov. Preserving limited liability: Mitigating the inequities of reverse veil piercing with a comprehensive framework, UC Davis Business Law Journal (2018, Vol. 18) p.162 et seq.

Matthew Kipp. Piercing the Veil of the Amoco Cadiz Decision: Judge Posner's Jurisdictional Analysis Runs Aground, DEPAUL LAW REVIEW (1989, VOL. 38) p. 703 et seq, espes.734 et seq.

ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ

1.ΟΛΑΠ 2/2013 Εφ.Α.Δ. 2013, 228, με παρατηρήσεις Κλ. Ρούσσου, ΕπισκΕΔ 2013,273, με εισαγ. σημ. Παμπούκη, ΔΕΕ 2013,321, με σημ. Ελευθεριάδη, Πειρ.Νομ. 2013, 48, με παρατηρήσεις Σ. Μανουσάκη.

2. ΑΠ 1092/2021, ΑΠ 1089/2021, ΕΛΛΔ 2018.1696, ΑΠ 801/2020, ΝΟΜΟΣ, ΑΠ154/2018, ΑΠ 10/2018, ΑΠ 537/2016, ΑΠ 1910/2009 ΕφΑΔ 2010,913 με παρατηρήσεις Κ. Ρήγα

3. ΕφΠειρ 372/2020, 225/2010, 567/2008, 215/2007, 606/2001.

4. Μον ΕφΠειρ 600/2019, 462/2018, 598/2014

5. ΠΠρΠειρ 901/2020, 3420/2018,ΕΕμπΔ 2019,81

6. ΜΠρΠειρ 3253/2019, , ΜΠρΠειρ 4996/2017 ΕΕμπΔ 2018, 229 επ. (εγένετο δεκτό ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις ευθείας και αντίθετης άρσης της νομικής προσωπικότητας διαφορετικών εταιρειών).

7. ΜονΠρΘεσ 7072/2016

ΕΠΙ ΑΝΤΙΣΤΡΟΦΗΣ ΑΡΣΗΣ

1. ΕφΠειρ 473/2011, ΔΕΕ 2012. 661, ΕφΠειρ 468/2011, ΕΕμπΔ 2012. 681, ΕφΠειρ 225/2010, ΔΕΕ 2011. 685, 348/2005 ΔΕΕ 2007. 319 με σχόλια. Ν. Βερβεσού)
2. ΜΕφΠειρ 600/2019, 137/2019
3. ΠΠρΑθ 414/2020 (Παρατ. Κ. Παπαχρήστου-Δημητρά), σ. 727, ΠΠρΑθ 3869/2015, 2942/2015
4. ΠΠρΠειρ 2400/2010, ΔΕΕ 2011, 834/1989, ΕΝΔ 1989. 302.
5. ΜΠρΑθ 5689/2011
6. ΜΠρΡόδ. 3017/2005

ΕΠΙ ΕΥΘΕΙΑΣ ΚΑΙ ΑΝΤΙΣΤΡΟΦΗΣ

1. ΜΕφΠειρ 137/2019
2. ΠΠρΠειρ 3420/2018
3. ΜΠρΠειρ 4996/2017

ΕΦΑΡΜΟΣΤΕΟ ΔΙΚΑΙΟ

ΕφΠειρ 586/2012 ΔΕΕ 2013, 145, ΕφΑθ 4801/2009 ΕΛΔ 2010, 245 ΜΕφ Πειρ 600/2019)

Η πιθανολόγηση του κινδύνου στη συντηρητική κατάσχεση πλοίου κατά τη ΔΣ 1952

Νικόλαος Μ. Κατηφόρης

Αν. Καθηγητής Νομικής Σχολής Αθηνών,
Δικηγόρος

1. Εισαγωγικές Παρατηρήσεις

Ο εκλεκτός συνάδελφος Π. Αβραμέας, σε μελέτη του υπό τον τίτλο «Η συντηρητική κατάσχεση πλοίων», είχε αναρωτηθεί ήδη το 2005, «τι το ιδιαίτερο παρουσιάζει η συντηρητική κατάσχεση των πλοίων σε σχέση με τη συντηρητική κατάσχεση οποιουδήποτε άλλου περιουσιακού αντικειμένου και από πού προέρχονται οι δυσκολίες που ενδεχομένως θα αντιμετωπίσει ο εφαρμοστής του δικαίου όταν χειριστεί μια τέτοια συντηρητική κατάσχεση;»¹

Έτσι, στο πλαίσιο του αγγλικού δικαίου, ένα πλοίο (και μόνο αυτό) μπορεί να κατασχεθεί, χωρίς να είναι επιτρεπτή η κατάσχεση των λοιπών περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη, σε περίπτωση ασκήσεως αγωγής *in rem*, δηλαδή, εφόσον έχει απευθυνθεί αυτή ευθέως κατά του πλοίου, και αφορά απαιτήσεις δανειστή, που προέρχονται από το συγκεκριμένο πλοίο (λ.χ. από την κυριότητα του πλοίου, από σωματική βλάβη προσώπων που προκλήθηκε από το πλοίο αυτό, από ρυμούλκηση, θαλάσσια αρωγή και διάσωση αυτού, κ.ο.κ.)². Για να ασκηθεί όμως από τον δανειστή το δικαίωμα της κατασχέσεως πλοίου πρέπει να ληφθεί προηγουμένως δικαστική άδεια. Ο αιτών, δεν οφείλει, ωστόσο, να αποδείξει την προβαλλόμενη από αυτόν απαίτηση. Είναι αρκετή η από μέρους του συνυποβολή, με την αίτηση, ενόρκου βεβαιώσεως, στην οποία δηλώνεται η μη ικανοποίηση της απαιτήσεως. Η ευθύνη του δανειστή για αποκατάσταση κάθε ζημίας που αποδεικνύει ο πλοιοκτήτης θεμελιώνεται μόνο σε περίπτωση κακόβουλης επιβολής της κατασχέσεως, δηλ. αν συντρέχει κακή πίστη ή βαριά αμέλεια του κατάσχοντος ως προς τη βασιμότητα της απαιτήσεώς του³. Αντιθέτως,

1. Π. Αβραμέας, Η συντηρητική κατάσχεση πλοίων, ΕπισκΕΔ 2005, σελ. 300 επ. (300).

2. Βλ. αντί πολλών, Α. Αντάπαση, Η σύμβαση του 1952 για τη συντηρητική κατάσχεση πλοίων - Ανάλυση και ένταξη στην ελληνική έννομη τάξη, 1998, σελ. 22-23.

3. Α. Αντάπασης, ό.π., σελ. 23-24.

στις ναυτικές νομοθεσίες των χωρών της ηπειρωτικής Ευρώπης, με υιοθέτηση του γενικού κανόνα της υπεγγυότητας όλων των περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη έναντι των δανειστών του, είτε το αντίστοιχο ασφαλιστέο ουσιαστικό δικαίωμα έχει σχέση με το πλοίο είτε όχι, την άδεια συντηρητικής κατασχέσεως αυτού παρέχει ο δικαστής, αν προσκομίζονται επαρκείς αποδείξεις περί της υπάρξεως της απαιτήσεως και του κινδύνου που διατρέχει η αναγκαστική της εκτέλεση⁴.

Τη γεφύρωση των θεσμών αυτών επεδίωξε η ΔΣ των Βρυξελλών της 10ης Μαΐου 1952 για την ενοποίηση ορισμένων κανόνων σχετικών με τη συντηρητική κατάσχεση πλοίων κινούμενων στη θάλασσα (εφεξής η «ΔΣ 1952»). Ωστόσο, παρά την ευρύτατη αποδοχή, την οποία μέχρι σήμερα έχει τύχει η Διεθνής αυτή Σύμβαση, όπως έχει εύστοχα διαπιστώσει ο αείμνηστος Καθηγητής Αντάπασης, ήδη από το έτος 1998, το έργο του εφαρμοστή του δικαίου δεν είναι εύκολο, καθώς αρκετές από τις διατάξεις της διεθνούς σύμβασης, αποτελώντας καρπό συμβιβασμού αντιθέτων απόψεων και συμφερόντων, έχουν διατυπωθεί με τρόπο που είναι συνειδητά, θα μπορούσε να ισχυριστεί κανείς, δυσεξήγητος⁵.

Επομένως, η απάντηση στο αρχικό ερώτημα που τέθηκε, πρέπει να αναζητηθεί στο δυαδικό σύστημα που ακολουθεί (και) η Ελλάδα στο θεσμό της συντηρητικής κατασχέσεως, ανάλογα με τη σημαία του πλοίου. Ειδικότερα, στο μέτρο που οι οικονομικοί όροι της συντηρητικής κατασχέσεως πλοίου ρυθμίζονται από το δίκαιο της χώρας του δικάζοντος δικαστή, αντικείμενο της παρούσας εισηγήσεως είναι η εξέταση του ζητήματος, αν οι διατάξεις της ΔΣ 1952 επιβάλλουν ρητά ή σιωπηρά διαφορετική ρύθμιση ως προς την ανάγκη πιθανολόγησεως της υπάρξεως του δικαιώματος και της συνδρομής επείγουσας ανάγκης ή επικείμενου κινδύνου ματαιώσεως της ικανοποίησής της.

2. Τα δομικά χαρακτηριστικά της ΔΣ 1952

Σκόπιμη κρίνεται μια συνοπτική αναφορά στις ρυθμίσεις της ΔΣ 1952, η οποία έχει κυρωθεί από την Ελλάδα με το ν.δ. 4570/1966, με παραγκωνισμό του εσωτερικού δικαίου, στο μέτρο που πρόκειται για πλοίο⁶ που φέρει τη ση-

4. Βλ. αντί πολλών, Α. Αντάπαση, ό.π., σελ. 14 επ.

5. Α. Αντάπασης, ό.π., σελ. 32.

6. Με αφετηρία τη μη πρόβλεψη νομοθετικού ορισμού του «πλοίου» στη ΔΣ 1952 η προσφυγή στην αντίστοιχη νομοθετική έννοια του άρθρου 1 § 1 ΚΙΝΔ δεν τίθεται ζήτημα εφαρμογής των διατάξεων της ΔΣ 1952 σε ναυπηγούμενο πλοίο ή ναυπηγούμενο πλωτό ναυπηγέμα, νηολογηθέν ή μη. Στο πλαίσιο αυτό, επί πλοίου που ναυπηγείται στην Ελλάδα, η τυχόν νηολόγησή του οδηγεί σε ανάλογη εφαρμογή των διατάξεων του ΚΠολΔ για τη συντηρητική κατάσχεση πλοίων. Αντιθέτως, η συντηρητική κατάσχεση μη νηολογηθέντος

μαία συμβαλλόμενου κράτους (άρθρα 2 και 8 §§ 1, 2 και 4 της ΔΣ 1952)⁷. Περαιτέρω, όπως επιβεβαιώνεται από τις προπαρασκευαστικές εργασίες της ΔΣ 1952, ο βασικός σκοπός αυτής, δηλαδή η ρύθμιση της συντηρητικής κατασχέσεως πλοίων με τρόπο διεθνώς ομοιόμορφο, θεραπεύεται και σε περίπτωση κατασχέσεως πλοίου που φέρει τη σημαία του κράτους, όπου επιδιώκεται η κατάσχεσή του⁸. Ως «κατάσχεση» (arrest), με την αυτόνομη ερμηνεία του σχετικού όρου, νοείται μόνο η υλική δέσμευση του πλοίου (κωλυσισπλοΐα) ως εξασφαλιστικό μέτρο και όχι ως μέσο αναγκαστικής εκτελέσεως για την ικανοποίηση αξιώσεως που επιδικάστηκε με δικαστική απόφαση, χωρίς, βέβαια, να αποκλείεται η υποβολή αυτοτελούς αιτήματος περί μη μεταβολής της νομικής καταστάσεως του πλοίου, ως πρόσθετη εξασφάλιση της απαιτήσεως, αν προβλέπεται η σχετική δυνατότητα από το δίκαιο του οικείου συμβαλλόμενου κράτους⁹. Αντιθέτως, κατά τον ΚΠολΔ, η συντηρητική κατάσχεση συνεπάγεται και τη νομική δέσμευση του πλοίου, με αποτέλεσμα από και με την επιβολή της συντηρητικής κατασχέσεως να είναι άκυρη υπέρ του κατασχόμενου δανειστή κάθε μεταβολή της νομικής καταστάσεως του πλοίου και ειδικότερα η μεταβίβαση της κυριότητάς του ή η υποθήκευσή του. Βέβαια, όταν πρόκειται για αλλοδαπό εκτελεστό τίτλο που δεν έχει ακόμη κηρυχθεί εκτελεστός στην Ελλάδα, ο δανειστής έχει έννομο συμφέρον να ζητήσει τη συντηρητική κατάσχεση του πλοίου, λόγω του χρόνου που απαιτείται για την ολοκλήρωση της σχετικής διαδικασίας. Διατάσσεται από τον δικαστή του τόπου, όπου ναυλοχεί το πλοίο. Όπως προαναφέρθηκε, στο πεδίο εφαρμογής της ΔΣ 1952 υπάγεται το πλοίο που φέρει σημαία συμβαλλόμενου κράτους. Επομένως, τυγχάνουν εφαρμοστέες οι διατάξεις του ΚΠολΔ όταν επιδιώκεται η κατάσχεση πλοίου που φέρει την ελληνική σημαία και *forum* είναι η Ελλάδα, Μάλιστα, κριτήριο για τη συνδρομή του στοιχείου της αλλοδαπότητας κατά τη ΔΣ 1952 δεν είναι η ιθαγένεια, αλλά η συνήθης διαμονή ή η κύρια επαγγελματική εγκατάσταση του δανειστή. Με το συγκεκριμένο ασφαλιστικό μέτρο πρέπει να εξασφαλίζονται οι περιοριστικά αναφερόμενες στο νομοθέτημα (άρθρο 1 § 1) απαιτήσεις, οι οποίες αποτελούν ναυτικές απαιτήσεις (αξίωση αποζημιώσεως από σύγκρουση πλοίων, αξίωση ειδικής αποζημιώσεως του αρωγού

πλοίου ή πλωτού ναυπηγήματος διέπεται από τις γενικές διατάξεις του ΚΠολΔ για τη συντηρητική κατάσχεση κινητών (Α. Αντάπασης / Λ. Αθανασίου, *Ναυτικό Δίκαιο*, 2020, αρ. 663, σελ. 335).

7. Α. Αντάπασης / Λ. Αθανασίου, ό.π., αρ. 664, σελ. 335.

8. ΜΠρΠειρ 1057/1985 ΕΝΔ 1986, 209· Α. Αντάπασης / Λ. Αθανασίου, ό.π., αρ. 664, σελ. 335-336, Κ. Κεραμεύς, Υποκειμενικά όρια εφαρμογής της διεθνούς συμβάσεως των Βρυξελλών της 10-5-1952 για τη συντηρητική κατάσχεση πλοίων, ΠειρΝ 1983, σελ. 5 επ.

9. Α. Αντάπασης / Λ. Αθανασίου, ό.π., αρ. 667, σημ. 402, σελ. 338.

κ.ο.κ.)¹⁰. Μπορεί, εξάλλου, να αντικατασταθεί η συντηρητική κατάσχεση με κατάθεση εγγυήσεως, ώστε να απελευθερωθεί το πλοίο¹¹. Σύμφωνα δε, με τη διάταξη του άρθρου 3 § 2 της ΔΣ 1952, είναι δυνατή η επιβολή συντηρητικής κατασχέσεως και σε άλλο πλοίο της ίδιας πλοιοκτησίας με αυτό, από το οποίο γεννήθηκε η ναυτική απαίτηση. Αυτή ακριβώς η έλλειψη υπεγγυότητας οιοδήποτε άλλου πλοίου, «πλην εκείνου εξ ου προέκυψεν η απαίτησις» (άρθρο 3 § 1 της ΔΣ 1952) υπαγορεύεται από την ανάγκη προαγωγής της πίστεως του πλοιοκτήτη, καθώς ενισχύεται η θέση μόνο των δανειστών του που αποβλέπουν κυρίως στο πλοίο για να ικανοποιηθούν¹². Ως προς τα θέματα διεθνούς δικαιοδοσίας, για την παροχή της συγκεκριμένης προσωρινής προστασίας, σύμφωνα με τη ρύθμιση του άρθρου 71 του Κανονισμού (ΕΕ) 1215/2012 υποχωρεί το πεδίο εφαρμογής αυτού έναντι των ρυθμίσεων της ΔΣ 1952, με αποτέλεσμα τη θεμελίωση δικαιοδοτικής βάσεως του τόπου ναυλοχίας του πλοίου¹³. Τέλος, με την επιφύλαξη της επιρροής του Κανονισμού (ΕΕ) 1215/2012 των ρυθμίσεων της ΔΣ 1952 (μόνο) για τα Κράτη Μέλη που κύρωσαν τη Σύμβαση μετά τη θέση σε ισχύ του Κανονισμού (ΕΚ) 44/2001¹⁴, το δικαστήριο (ή η αρμόδια δικαστική αρχή) της χώρας όπου ναυλοχεί το πλοίο κατά το χρόνο της κατασχέσεως, σε περίπτωση μη θεμελιώσεως δικαιοδοσίας αυτού (αυτής) για την εκδίκαση της ουσίας της διαφοράς, προβλέπεται η υποχρέωσή του (της) για καθορισμό προθεσμίας, μέσα στην οποία πρέπει να ασκηθεί από τον δανειστή αγωγή, είτε στο δικαστήριο που είτε έχει δικαιοδοσία να αποφασίσει για την ουσία της διαφοράς (άρθρο 7 § 2) είτε στο διαιτητικό ή πολιτειακό δικαστήριο στη δικαιοδοσία του οποίου συμφώνησαν τα μέρη να υποβάλουν τη διαφορά (άρθρο 7 § 3). Περαιτέρω, εφόσον δεν ασκηθεί η αγωγή εμπρόθε-

10. ΜΠρΠειρ 3217/2011 ΕλλΔνη 2012, 574, ΜΠρΚαΒ 440/2011 ΕπισκΕΔ 2011, 572 επ. (σχ. Κ. Παμπούκη), ΜΠρΠειρ 8280/2006 ΕΕμπΔ 2006, σελ. 1017, ΕιρΚω 139/2020 ΝΟΜΟΣ· Α. Αντάπασης/ Α. Αθανασίου, ό.π., σελ. 339, Ι. Κοροτζής, Το δίκαιο της συντηρητικής κατάσχεσης πλοίων. Μεταβολές με τη Σύμβαση της Γενεύης 1999 ως προς τους ορισμούς και το πεδίο εφαρμογής της, ΝοΒ 2012, σελ. 1906 επ. (1909 επ.).

11. Άρθρο 6 § 2 της ΔΣ 1952, που παραπέμπει στη *lex fori*· Γ. Ορφανίδης, Αδυναμίες του νομοθετικού πλαισίου αναγκαστικής κατάσχεσης και πλειστηριασμού στην ελληνική έννομη τάξη, σε: Η Λειτουργία της ναυτιλιακής επιχείρησης σε περιόδους οικονομικής αστάθειας, 8ο Διεθνές Συνέδριο Ναυτικού Δικαίου, σελ. 409 επ. (438 επ.).

12. Βλ. Α. Αντάπασης, Ζητήματα συντηρητικής κατάσχεσης αλλοδαπού πλοίου προς εξασφάλιση απαίτησης επιδικασμένης με απόφαση αλλοδαπού δικαστηρίου (γνμδ.), ΕπισκΕΔ 2001, σελ. 642 επ.

13. ΕφΠειρ 107/2015 ΕλλΔνη 2016, 477· Ι. Ρόκας / Γ. Θεοχαρίδης, Ναυτικό Δίκαιο, 2015, 3η έκδ., σελ. 41.

14. Α. Αντάπασης / Α. Αθανασίου, ό.π., σελ. 346, *Fr. Berlingieri*, Arrest of Ships, Vol. I: A Commentary on the 1952 Arrest Convention, 2016, 6η έκδ., § 8.64 - 8.69.

σμα, κατά τις προαναφερθείσες διατάξεις, μπορεί να ζητηθεί από τον εναγόμενο η αποδέσμευση του πλοίου ή της εγγυοδοσίας (άρθρο 7 § 4).

3. Η παραδοσιακή αντίληψη περί των ασφαλιστικών μέτρων (προσανατολισμός στο ουσιαστικό δίκαιο)

Κατά την παραδοσιακή (ή κλασσική) αντίληψη, η διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων έχει ως σκοπό την εξασφάλιση - προσωρινή βεβαίωση - των δικαιωμάτων. Επομένως, δύο είναι οι λόγοι ή οι προϋποθέσεις των ασφαλιστικών μέτρων: α) Το υπό εξασφάλιση δικαίωμα και β) η επείγουσα ανάγκη εξασφάλισέως του. Η δεύτερη αυτή προϋπόθεση δεν αποτελεί τίποτε άλλο, από μια ειδική έκφραση της ανάγκης υπάρξεως εννόμου συμφέροντος ή της ανάγκης δικαστηριακής προστασίας¹⁵.

Ειδικότερα, με αφετηρία τη νομοθετική εξειδίκευση της στοιχείου του «κατεπείγοντος» στο άρθρο 682 ΚΠολΔ, όπου γίνεται λόγος τόσο για «επικείμενο κίνδυνο» όσο και για «επείγουσα περίπτωση», υποστηρίζεται καταρχάς, ότι η πρώτη έννοια αφορά τα συντηρητικά μέτρα, δυνάμει των οποίων επιχειρείται η προσωρινή δέσμευση περιουσιακών στοιχείων του οφειλέτη, προς εξασφάλιση της μελλοντικής ικανοποίησής της αξιώσεως του δανειστή, ενώ η δεύτερη έννοια προσιδιάζει στα ρυθμιστικά μέτρα, με τα οποία επιδιώκεται η προσωρινή ρύθμιση της εριζόμενης έννομης σχέσεως¹⁶. Η διαζευκτική καθιέρωση των προϋποθέσεων αυτών προβλεπόταν και υπό την προϊσχύσασα Πολιτική Δικονομία (άρθρα 634 παρ. 1 και 1034 αρ. 6).

Πρόκειται, ίσως, για ένα παιχνίδι των λέξεων, στο μέτρο που οι δυο έννοιες κατά βάση αλληλοσυμπληρώνονται, αφού ο επικείμενος κίνδυνος δημιουργεί επείγουσα περίπτωση και αντιστρόφως¹⁷. Ωστόσο, η διάκριση δεν έχει μόνο παιδαγωγικό χαρακτήρα, καθώς ο χαρακτηρισμός των συγκεκριμένων περι-

15. Ν. Βερβεσός, Ουσιώδη δικονομικά ζητήματα της διαδικασίας των ασφαλιστικών μέτρων, Δ 1971, σελ. 530 επ. (537), Π. Καργάδος, Ασφαλιστικά μέτρα και ουσιαστικόν δίκαιο, 1986, σελ. 18, σημ. 16, Ι. Χαμηλοθώρης (επιμ.), Ασφαλιστικά Μέτρα, 2016, 2η έκδ., σελ. 18· ΕφΑθ 1033/2019 ΕφΑΔΠολΔ 2020, 399, ΠΠρθεσ 2116/2004 Αρμ. 2004, 1189, ΜΠρΠειρ 2002/2007, Δ 2008, 165· Βλ. περαιτέρω νομολογιακές εφαρμογές σε Κεραμέα / Κονδύλη / Νίκα (- Δ. Κράνη), Ερμηνεία ΚΠολΔ, Ασφαλιστικά Μέτρα - Διαδικασία Εκούσιας Δικαιοδοσίας - Διαιτησία, 2020, 2η έκδ., άρθρο 682, αρ. 1.

16. ΜΠρΑθ 3066/1999 Δ 1999, Δ 1999, 521, ΜΠρΑθ 4129/1996 Δ 1996, 648, ΜΠρΠειρ 3582/1995 Δ 1996, 658, ΜΠρΚω 349/1988 ΕλλΔνη 1990, 616.

17. ΠρΑνΕπ, σελ. 341· Κεραμέυς / Κονδύλης / Νίκας (- Δ. Κράνης), Ερμηνεία ΚΠολΔ, Ασφαλιστικά Μέτρα - Διαδικασία Εκούσιας Δικαιοδοσίας - Διαιτησία, 2020, 2η έκδ., Εισαγ. 682-738Α, αρ. 16, Ν. Νίκας, Η απόδειξις εις την διαδικασίαν των ασφαλιστικών μέτρων, Δ 1977, σελ. 623 επ. (636-637), Β. Νικόπουλος, Αι γενικά περί ασφαλιστικών μέτρων διατάξεις του ΚΠολΔ υπό το φως των πορισμάτων της νομολογίας των δυο πρώτων

στατικών ως περιστατικών επικείμενου κινδύνου ή επείγουσας περιπτώσεως συνδέεται άρρηκτα με την επιλογή του κατάλληλου κάθε φορά ασφαλιστικού μέτρου. Έτσι, ασφαλή οδηγό για τη νομολογία θα μπορούσε να αποτελέσει η υιοθέτηση της θέσεως, κατά την οποία, επείγουσα περίπτωση συνιστά η ύπαρξη επείγουσας ανάγκης να ενεργοποιηθεί προσωρινά η έννομη σχέση (= η έννομη συνέπεια) που αποτελεί την κύρια διαφορά. Υπό την έννοια αυτή, επείγουσα περίπτωση νοείται, όταν ζητείται η προσωρινή επιδίκαση της απαιτήσεως (728 επ. ΚΠολΔ), καθώς και η προσωρινή ρύθμιση (731 επ. ΚΠολΔ). Αντιστοίχως, ο επικείμενος κίνδυνος στοιχειοθετείται με την πιθανολόγηση ότι ο οφειλέτης επιχειρεί να απαλλοτριώσει την κατασχετή περιουσία του, ώστε να μην έχει τη δυνατότητα ο δανειστής να ικανοποιήσει την απαίτησή του όταν αποκτήσει εκτελεστό τίτλο, μετά την τελεσίδικη περάτωση της διαγνωστικής δίκης. Περαιτέρω, προκειμένου να διασφαλιστεί η μελλοντική ικανοποίηση της αξιώσεως του δανειστή, δεσμεύεται προσωρινά περιουσιακό στοιχείο του οφειλέτη, με προσήκοντα ασφαλιστικά μέτρα, επί μιν χρηματικής απαίτησεως την εγγυοδοσία (704, 705 ΚΠολΔ), την προσημείωση υποθήκης (706 ΚΠολΔ) και τη συντηρητική κατάσχεση, επί δε μη χρηματικής απαίτησεως τη δικαστική μεσεγγύηση (725 επ. ΚΠολΔ) και τη σφράγιση (737 ΚΠολΔ)¹⁸.

4. Η προσπάθεια αποσυνδέσεως της προσωρινής δικαστικής προστασίας από τα εξασφαλιστέα δικαιώματα (αποπροσανατολισμός από το ουσιαστικό δίκαιο)

Στην προαναφερθείσα κυρίαρχη γνώμη αντιτάσσεται από επιφανή εκπρόσωπο της γερμανικής θεωρίας ότι δεν λαμβάνονται υπόψη καθόλου ή όσο θα έπρεπε τα συμφέροντα του καθού. Ειδικότερα, ο *Leipold*, παρακινήθηκε από τη νομολογία του ομοσπονδιακού Συνταγματικού Δικαστηρίου, που αποφεύγει να στηρίξει την έκδοση προσωρινής διαταγής στην πιθανότητα ευνοϊκής

ετών της εφαρμογής του, Δ 1971, σελ. 198 επ. (199), *Γ. Ράμμος*, Εγχειρίδιον Αστικού Δικονομικού Δικαίου, τ. 3ος, 1982, σελ. 1778-1779, § 545.

18. *Κ. Μπέης*, Πολιτική Δικονομία, τ. 14, 1983, άρθρο 682, § 4.3, σελ. 30, *ο ίδιος*, Έννοια και χαρακτήρα των ασφαλιστικών μέτρων, Δ 1970, σελ. 387 επ. (390), *ο ίδιος*, Η προσαρμογή του ασφαλιστικού μέτρου στη φύση του ασφαλιστέου δικαιώματος κατά τον ΚΠολΔ, σε: Η δραστηριότητα της προσωρινής δικαστικής προστασίας, 1995, σελ. 152, *ο ίδιος*, Παραδεκτό νέας αίτησης ασφαλιστικών μέτρων, μετά την απόρριψη της αρχικής, για έλλειψη επείγουσας περίπτωσης, Γνμδ., Δ 1991, σελ. 732· βλ. επίσης, *Α. Βερνάρδο*, Πολιτική Δικονομία, 1972, Βιβλίο ΣΤ', σελ. 402, *Κ. Γεωργίου*, Ασφαλιστικά Μέτρα, τόμ. 1, 2015, σελ. 577, *τον ίδιο*, Οι έννοιες του επικείμενου κινδύνου και της επείγουσας περίπτωσης στη διαδικασία των ασφαλιστικών μέτρων, ΕλλΔνη 1997, σελ. 16 επ., *Κ. Κεραμέα / Κ. Πολυζωγόπουλο*, Τα ασφαλιστικά μέτρα στο Ελληνικό Αστικό Δικονομικό Δίκαιο, σε: Η δραστηριότητα της δικαιοσύνης, σελ. 260, *Τ. Οικονομόπουλο*, Εγχειρίδιον Πολιτικής Δικονομίας, τ. Β, τεύχος 1ο, σελ. 281,

για τον αιτούντα εκβάσεως της κύριας δίκης, θεωρώντας ως αποφασιστικό κριτήριο τη σύγκριση των εμπλεκόμενων συμφερόντων¹⁹. Καθώς δεν αποκλείεται να διαπιστωθεί εκ των υστέρων, ότι το δικαστήριο έσφαλε στην απόφασή του για παροχή ή μη προσωρινής προστασίας, κρίσιμο είναι το ερώτημα, ποια πλευρά είναι πιο εύλογο να επωμισθεί τον κίνδυνο μιας λαθεμένης αποφάσεως. Αυτό το μοντέλο μπορεί, κατά τον *Leipold*, να αξιοποιηθεί και στην πολιτική δίκη²⁰. Έτσι, στις σπάνιες περιπτώσεις, που είναι ολοφάνερα βάσιμη ή αβάσιμη η κύρια αγωγή, δικαιολογείται η λήψη ασφαλιστικών μέτρων ή η απόρριψη της σχετικής αιτήσεως ανεξάρτητα από τα τυχόν αντίθετα συμφέροντα του αντιδίκου, τα οποία δεν θα εξεταστούν καθόλου. Περαιτέρω, στις αμφίβολες περιπτώσεις, τα ασφαλιστικά μέτρα διατάσσονται μόνο τότε, αν μετά από στάθμιση των αντιθέτων συμφερόντων προκύπτει, ότι η διακινδύνευση των συμφερόντων του καθού, την οποία συνεπάγεται η λήψη ασφαλιστικών μέτρων, είναι μικρότερη από τη διακινδύνευση των συμφερόντων του αιτούντα, σε περίπτωση που το δικαστήριο αρνηθεί να τα διατάξει. Στην κατεύθυνση αυτή, ορθώς διαπιστώνει ο *Grunsky*, ότι αν εγκαταλειφθεί εντελώς η έρευνα από το δικαστήριο του ασφαλιστέου δικαιώματος, διευκολύνεται η λήψη ασφαλιστικών μέτρων. Συγκεκριμένα, κατά τον *Grunsky*, με τη σύνθεση και των δυο κριτηρίων σε ένα ενιαίο σύστημα, όσο πιθανότερη φαίνεται η νίκη του αιτούντος στην κύρια δίκη (δηλαδή όσο μεγαλύτερος είναι ο βαθμός πιθανολογήσεως του ασφαλιστέου δικαιώματος) και όσο λιγότερο φαίνεται να θίγονται τα συμφέροντα του καθού, τόσο περισσότερο δικαιολογείται η λήψη ασφαλιστικών μέτρων και αντιστρόφως²¹.

Εξίσου προβληματικός θεωρείται και στη διοικητική δίκη ο αποκλεισμός της χορηγήσεως αναστολής εκτελέσεως στην περίπτωση κατά την οποία η προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη, χωρίς όμως να προβλέπεται αντιστοίχως το προδήλως βάσιμο της προσφυγής ως λόγος χορηγήσεως αναστολής. Δεν δικαιολογείται, δηλαδή, η ποιοτικά διάφορη μεταχείριση ιδιωτών που ασκούν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο ένδικο βοήθημα και ιδιωτών που ασκούν προδήλως βάσιμη προσφυγή. Ωστόσο, το ίδιο ισχύει και ως προς τη βλάβη: Αν υπάρχει βλάβη μη πλήρως αποκαταστάσιμη με άλλο τρόπο μέχρι την πα-

19. Βλ. Κ. Παναγόπουλο, Πιθανολόγηση του ασφαλιστέου δικαιώματος και στάθμιση συμφερόντων, ως προϋποθέσεις για την παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, Δ 1984, σελ. 449 επ. (450 επ.).

20. D. Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971, σελ. 86 επ. (89), ο ίδιος, Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZJP 90, σελ. 258 επ. (266). Βλ. και Fr. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, σελ. 34, W. Grunsky, Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, 1971, Βιβλιοκρισία, σε ZJP 1972, σελ. 359 επ. (362-363).

21. W. Grunsky, ό.π..

ροχή οριστικής δικαστικής προστασίας, η απόρριψη αιτήσεως προσωρινής δικαστικής προστασίας φαίνεται αντίθετη προς το άρθρο 20 § 1 Συντ., χωρίς η αντίθεση αυτή να μπορεί να παρακαμφθεί με την επίκληση ελλείψεως εννόμου συμφέροντος. Και αντιστρόφως: Αν δεν υπάρχει βλάβη, η προσωρινή δικαστική προστασία αντικαθιστά ανεπιτρέπτως, χωρίς αιτία και με λιγότερες ουσιαστικές και οικονομικές εγγυήσεις, κατά παράβαση του άρθρου 20 § 1 Συντ., την οριστική δικαστική προστασία. Αυτές ακριβώς της επιφυλάξεις ως προς τη συνταγματικότητα των λόγων αναστολής του προϊσχύσαντος άρθρου 202 παρ. 1 ΚΔΔ ήταν οι τροποποιήσεις του νόμου 3659/2008, με τις οποίες προστέθηκε το προδήλως βάσιμο του ενδίκου βοηθήματος ή μέσου ως λόγος αναστολής (άρθρα 202 παρ. 1, 208 ΚΔΔ), όπως επίσης προβλέφθηκε η δυνατότητα απορρίψεως της αιτήσεως, ύστερα από στάθμιση, εφόσον, ενόψει της βλάβης του αιτούντος, των συμφερόντων τρίτων και του δημοσίου συμφέροντος, κρίνεται ότι οι αρνητικές συνέπειες από την αποδοχή θα είναι σοβαρότερες από την ωφέλεια του αιτούντος²².

5. Προοπτικές για τη στάθμιση συμφερόντων στη συντηρητική κατάσχεση πλοίου

Αν και η γραμματική διατύπωση του άρθρων 1 § 4, 2 και 3 § 1 της ΔΣ 1952 φαίνεται να αρκείται στον ισχυρισμό του αιτούντος ότι έχει ναυτική αξίωση - θέση που υποστήριζε αρχικά και ο *Berlingieri*²³, στην Ελλάδα, όπως και στις περισσότερες έννομες τάξεις, γίνεται δεκτό ότι απαιτείται η πιθανολόγηση της υπάρξεως της απαιτήσεως και η συνδρομή επείγουσας ανάγκης ή επικείμενου κινδύνου²⁴.

Ο συγκερασμός και η εναρμόνιση δυο αντιμαχόμενων στοιχείων, όπως είναι η στάθμιση συμφερόντων και η πιθανολόγηση του ασφαλιστέου δικαιώματος βρίσκουν μάλλον ασθενή ερείσματα στο θετικό δίκαιο. Έτσι, ως ενδείξεις μέριμνας του δικονομικού νομοθέτη έχουν θεωρηθεί από τον *Παναγόπουλο*, i) η ρύθμιση του άρθρου 694 ΚΠολΔ σε συνδυασμό με το άρθρο 701 ΚΠολΔ, που επιτρέπει την εξάρτηση της εκτελέσεως από προηγούμενη εγγυοδοσία του αιτούντα, ii) Η παροχή δυνατότητας στον καθού να ζητήσει την κατά κανόνα υποχρεωτική για το δικαστήριο αντικατάσταση οποιουδήποτε μέτρου με εγγυοδοσία (705 ΚΠολΔ) και iii) η απαγόρευση της λήψεως περισσότερων μέ-

22. Βλ. *Π. Λαζαράτο*, Η προσωρινή δικαστική προστασία κατά τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας, 2005, 2η έκδ., σελ. 215 επ.

23. *Fr. Berlingieri*, Arrest of Ships, Vol. I: A Commentary on the 1952 Arrest Convention, 2011, 5η έκδ., §§ 4.52 επ.

24. *Α. Αντάπασης*, ό.π., σελ. 198 επ, *Α. Αντάπασης / Λ. Αθανασίου*, ό.π., σελ. 346, *Fr. Berlingieri*, ό.π., §§ 4.33 επ.

τρων από όσα είναι αναγκαία, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 692 § 3 ΚΠολΔ, η οποία ταυτόχρονα ορίζει ότι πρέπει να προτιμάται το λιγότερο επαχθές μέτρο. Προς την ίδια κατεύθυνση λειτουργεί και η διάταξη του άρθρου 702 § 3 ΚΠολΔ²⁵.

Αν, όμως, η συγκεκριμένη ερμηνευτική εκδοχή είναι μειοψηφούσα γενικά στο πεδίο των ασφαλιστικών μέτρων, αξίζει να προβληματιστούμε για τη συμβατότητά της ειδικά με το ασφαλιστικό μέτρο της συντηρητικής κατασχέσεως πλοίου. Στο πλαίσιο αυτό, πρέπει να συνεκτιμηθούν, τόσο ο εξαιρετικός χαρακτήρας του συγκεκριμένου ασφαλιστικού μέτρου υπέρ ενός στενού κύκλου ναυτικών δανειστών, ως προς τους οποίους η τυχόν απώλεια του πλοίου και σε ορισμένες έννομες τάξεις η εκτέλεση νέου ταξιδιού επιφέρουν απόσβεση του ναυτικού προνομίου, όσο και ο κίνδυνος επιβαρύνσεως του πλοίου, με ναυτικά προνόμια προηγούμενα των ενυπόθηκων δανειστών, που συνεπάγεται τη συνέχιση της εκμεταλλεύσεώς του με δαπάνες άλλων.

Είναι γνωστή, βέβαια, η νομολογιακή θέση, κατά την οποία γίνεται λόγος για (πιθανολογούμενη) συνδρομή επικείμενου κινδύνου, ως προϋπόθεση για λήψη ασφαλιστικών μέτρων, βάσει της «ελαττωμένης περιουσιακής καταστάσεως» του καθού. Στην περίπτωση αυτή ερευνάται, ως επικείμενος κίνδυνος, το αν ο καθού επιχειρεί να απαλλαγεί από την κατασχετή περιουσία του. Όταν, όμως, ο οφειλέτης είναι ήδη - κατά το χρόνο υποβολής της αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων - μειωμένης περιουσιακής καταστάσεως, χωρίς να πιθανολογείται η εκούσια περαιτέρω ελάττωση της κατασχετής περιουσίας του, θεωρείται ότι δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος και συνεπώς η αίτηση του αντιδίκου του πρέπει να απορρίπτεται²⁶.

Διαφορετική είναι, ωστόσο, η περίπτωση που το πλοίο είναι το μοναδικό υπέγγυο στους συγκεκριμένους δανειστές (κατά τη ΔΣ 1952) περιουσιακό στοιχείο, χωρίς να λησμονείται, παράλληλα, ότι στην άρθρωση του δικανικού συλλογισμού χρησιμοποιούνται συχνά, εκτός από τους κανόνες δικαίου, και τα διδάγματα της κοινής πείρας. Αυτά ορίζονται ως οι απορρέουσες από τη βασική εκπαίδευση και την κοινωνική πείρα γνώσεις του μέσης μορφώσεως ανθρώπου σε ορισμένο τόπο και χρόνο, που χρησιμοποιούνται, όχι μόνο στην ερμηνεία και στην εφαρμογή των κανόνων δικαίου, στην εκτίμηση των αποδείξεων και στη συναγωγή δικαστικών τεκμηρίων (ΚΠολΔ 336 παρ. 3). Ειδικότερα, ακόμη και αν ο αιτών ξεπεράσει την εκ των πραγμάτων δυσχέρεια αποδείξεως της υπάρξεως πλειόνων δανειστών του καθού (εγχειρόγρα-

25. Κ. Παναγόπουλος, *ό.π.*, σελ. 454.

26. ΜΠρΑθ 2967/2007 ΔΕΕ 2007, 957 (σημ. Φ. Δημητρίου), ΜΠρΑθ 449/2004 ΝοΒ 2004, 831· βλ. και Ι. Χαμηλοθώρη, *ό.π.*, σελ. 18-19.

φων ή ενυπόθηκων), αποτελεί δίδαγμα της κοινής πείρας η μειονεκτική θέση των δανειστών περιορισμένης οικονομικής επιφάνειας, που δεν κατόρθωσαν να ακινητοποιήσουν το πλοίο σε ένα λιμάνι, να το κάνουν σε άλλο, χωρίς να παροράται - επίσης ως δίδαγμα της κοινής πείρας - και ο κίνδυνος αποπλεύσεως και αλλαγής κατά τον πλου σημαίας και ονόματος του πλοίου. Παρά το ότι αντιμετωπίζονται ήδη αποτελεσματικά οι θαλάσσιοι κίνδυνοι στην εποχή της μηχανοκίνητης ναυτιλίας, εξακολουθούν να παραμένουν υπολογίσιμες οι απώλειες πλοίων, πραγματικές και τεκμαρτές.

Σε κάθε περίπτωση, η ύπαρξη πολλών δανειστών του οφειλέτη μπορεί να αντιμετωπιστεί αποτελεσματικά χωρίς δέσμευση του περιουσιακού του στοιχείου μόνο επί ακινήτου, για το οποίο μπορεί να διαταχθεί ως προσήκον ασφαλιστικό μέτρο η προσημείωση υποθήκης, για να διασφαλιστεί η προνομιακή κατάταξη του δανειστή, ως ειδικού προνομιούχου δανειστή, στον πλειστηριασμό.

Περαιτέρω δε, πρέπει να συνεκτιμηθεί και η κατά κρατούσα και ορθότερη άποψη, εφαρμογή των διατάξεων της ΔΣ 1952 και σε πλοία που φέρουν τη σημαία μη συμβαλλόμενου κράτους. Και τούτο, καθώς διαπιστώνεται, εύστοχα, ότι η εφαρμογή στα εν λόγω πλοία μόνο της διατάξεως του άρθρου 1 παρ. 1 της ΔΣ 1952 θα περιίγχε αυτά σε θέση πιο πλεονεκτική από εκείνη των πλοίων που φέρουν τη σημαία συμβαλλόμενων κρατών. Τίθεται, επίσης, ζήτημα εφαρμογής του διδάγματος της κοινής πείρας, ότι ο κίνδυνος είναι ιδιαίτερα επαυξημένος, σε περίπτωση των εμφανιζόμενων ως οφειλετών πλοιοκτητών που έχουν την κατοικία ή κύρια επαγγελματική εγκατάστασή τους σε μη συμβαλλόμενο κράτος.

Τίθεται, δηλαδή, ζήτημα πρόδηλης παραβιάσεως των προαναφερθέντων διδαγμάτων της κοινής πείρας από το Δικαστήριο των ασφαλιστικών μέτρων, κατά την ερμηνεία των περί συντηρητικής κατασχέσεως ρυθμίσεων της ΔΣ 1952, στις ακόλουθες χαρακτηριστικές περιπτώσεις, που αντλούνται από τη νομολογία των ελληνικών δικαστηρίων:

(i) «Δεν πιθανολογήθηκε άνευ άλλου τινός η ύπαρξη επικείμενου κινδύνου ή επείγουσας περιπτώσεως που να απαιτεί την λήψη του ασφαλιστικού μέτρου της συντηρητικής κατασχέσεως κάθε κινητής και ακίνητης περιουσίας και δη του ενδίκου πλοίου της καθ' ης. Ειδικότερα, δεν πιθανολογήθηκε ότι η καθ' ης έχει κάνει οποιαδήποτε προπαρασκευαστική ενέργεια το τελευταίο χρονικό διάστημα προς την κατεύθυνση της περαιτέρω εκποίησης του ως άνω περιουσιακού της στοιχείου, ώστε να δικαιολογείται η λήψη του αιτούμενου ασφαλιστικού μέτρου. Πρέπει δε να σημειωθεί, ότι δεν αρκεί για την λήψη του άνω ασφαλιστικού μέτρου η αφηρημένη δυνατότητα ή το ενδεχόμενο να συμβούν εκποιήσεις, αλλά αντιθέτως απαιτείται η συνδρομή συγκεκριμένων παρόντων πραγματικών περιστατικών και

συγκεκριμένου κινδύνου να προβεί η καθ' ης στην ενέργεια αυτή, πράγμα που δεν πιθανολογήθηκε στην προκείμενη περίπτωση»²⁷.

(ii) «Ως επικείμενος κίνδυνος νοείται η πιθανολόγηση ότι επίκειται προσεχώς αποξένωση του οφειλέτη από την κατασχετή περιουσία του, έτσι ώστε να είναι αδύνατη η επίσπευση εναντίον του αναγκαστικής εκτέλεσης, όταν κάποτε ο αιτών δανειστής θα αποκτήσει εκτελεστό τίτλο, μετά τον τερματισμό της διαγνωστικής δίκης. Συνεπώς, ο νόμος απαιτεί προδήλως την ύπαρξη ασυνήθους ανάγκης δικαστικής προστασίας διαδίκου που δικαιολογείται από την ύπαρξη παρόντων πραγματικών περιστατικών κάποιου συγκεκριμένου κινδύνου ματαίωσης της απαίτησης ή επείγουσας περίπτωσης της παρούσης στιγμής. Στην προκειμένη δε περίπτωση, ακόμη και αν οι προβαλλόμενες εκ μέρους της αιτούσης αξιώσεις που προέκυψαν από την, κατά τους ισχυρισμούς της, θετική και αποθετική ζημία που υπέστη εξαιτίας της, εκ μέρους της δεύτερης καθ' ης, άκαιρης και παράνομης καταγγελίας της από 30.6.2008 σύμβασης χρονοναύλωσης που συνυπέγραψαν, πιθανολογηθούν ως βάσιμες, δεν πιθανολογείται ωστόσο περαιτέρω, όπως είναι αναγκαίο, ουδείς επικείμενος κίνδυνος»²⁸.

(iii) Η αίτηση είναι απορριπτέα ως αόριστη, δεδομένου ότι σε αυτήν δεν αναφέρεται κατά τρόπο συγκεκριμένο και εξατομικευμένο σε τι συνίσταται η επείγουσα περίπτωση ή ο επικείμενος κίνδυνος, που καθιστούν αναγκαία, κατά τον παρόντα χρόνο, τη λήψη του αιτούμενου ασφαλιστικού μέτρου της εγγραφής συντηρητικής κατασχέσεως, πέραν της γενικόλογης και αόριστης αναφοράς στο δικόγραφο του ενδεχομένου μεταβιβάσεως του πλοίου. «Ειδικότερα, όσον αφορά την πρώτη αίτηση δεν γίνεται μνεία, έστω και συνοπτικά, πραγματικών περιστατικών δηλωτικών της πρόθεσης μεταβίβασης του πλοίου, ενώ όσον αφορά τη δεύτερη δεν προσδιορίζεται κατ' ουδένά τρόπο εάν και έναντι ποίων δανειστών υπάρχουν οφειλές που την καθιστούν αναξιόχρηη, δεδομένου ότι μόνη η ελαττωμένη περιουσιακή κατάσταση του οφειλέτη δεν αρκεί για να στοιχειοθετηθεί την ανάγκη λήψης του ασφαλιστικού μέτρου της συντηρητικής κατάσχεσης»²⁹.

(iv) «Η κρίση του δικαστηρίου περί της ανυπαρξίας επικείμενου κινδύνου δεν αναιρείται από το γεγονός ότι το πλοίο υπόκειται στους θαλάσσιους κινδύνους, όπως κατά λέξη, εντελώς γενικά, η αιτούσα ισχυρίζεται»³⁰.

27. ΜΠρΠειρ 605/2017 ΕΕμπΔ 2017, σελ. 641 επ. (647-648).

28. ΜΠρΚαθ 1538/2009 αδημ.

29. ΜΠρΠειρ 1162/2018 αδημ.

30. ΕιρΑθ 847/2021 αδημ.

(ν) «Το πλοίο, βέβαια, υπόκειται στους θαλάσσιους κινδύνους, αλλά ως σκάφος αναψυχής, είναι ασφαλισμένο για την έναντι των τρίτων αστική ευθύνη (άρθρο 8 του Ν. 2743/1999), και επομένως, έναντι της καθ' ης, ευθύνεται η ασφαλιστική της εταιρεία, γεγονός που εξασφαλίζει περισσότερο την αιτούσα»³¹. Δηλαδή, σαν να επρόκειτο για ευθεία αξίωση του αιτούντος κατά του ασφαλιστή αυτοκινήτου (άρθρο 10 § 1 Ν. 489/1976) και όχι πλοίου.

Σημειωτέον, τέλος, ότι κατά ρητή προσταγή του νόμου (άρθρο 336 παρ. 4 ΚΠολΔ), τα διδάγματα αυτά λαμβάνονται υπόψη αυτεπαγγέλτως και συνεπώς δεν χρήζουν αποδείξεως.

6. Συμπεράσματα

Κατόπιν των ανωτέρω, στο πλαίσιο μιας έννομης τάξεως (δημοκρατικού) κράτους δικαίου, που σέβεται τις αρχές της³², τη βασικότερη εγγύηση ορθής απονομής της δικαιοσύνης (και) στο επίπεδο των αξιολογικών κρίσεων του δικαστή, τόσο επί περιγραφικών όσο και επί κανονιστικών αόριστων εννοιών, όπως είναι ο επικείμενος κίνδυνος, αποτελεί «η ανυποχώρητη αξίωση ειδικής και εμπεριστατωμένης θεμελιώσεως και ο καθολικεύων χαρακτήρας των χρησιμοποιοούμενων προς τον σκοπό αυτό νομικών επιχειρημάτων»³³. Στη συστηματική ενότητα και την τελολογική ακεραιότητα της έννομης τάξεως εντάσσεται και η κατ' άρθρο 691 § 3 εδ. α' ΚΠολΔ υποχρέωση του Δικαστηρίου να περιλάβει στην απόφασή του (έστω) συνοπτική αιτιολογία ως προς την ύπαρξη ή ανυπαρξία του επικαλούμενου δικαιώματος και τη συνδρομή ή μη επικείμενο κινδύνου ή επείγουσας περιπτώσεως. Η προταθείσα στην παρούσα εισήγηση «στάθμιση συμφερόντων» αποτελεί σχήμα λόγου. Στην πραγματικότητα πρόκειται για αξιολόγηση από τον δικαστή των ασφαλιστικών μέτρων, επί αιτήσεως για συντηρητική κατάσχεση πλοίου κατά τη ΔΣ 1952, συμφερόντων που αρθρώνονται με διαφορετική ένταση από τη μια δίκη σε άλλη. Απλώς, κάτω από συγκεκριμένες περιστάσεις το συμφέρον του ενός διαδίκου μπορεί να κριθεί ως επικρατέστερο του συμφέροντος του αντιδίκου του, ως αξιότερο έννομης προστασίας Προτάθηκε, λοιπόν, μια *ad hoc* σχέση προτιμήσεως ανάμεσά τους, με γνώμονα τη βέλτιστη δυνατή έκβαση στη σύγκρουση των δικαιωμάτων και εννόμων αγαθών που διακυβεύονται. Στην περίπτωση αυτή το Δικαστήριο, χωρίς να εξετάσει την πιθανολόγηση του ασφαλιστέου

31. ΜΠρΠειρ 111/2016 αδημ.

32. Κ. Σταμάτης, Το «κοινό περί δικαίου αίσθημα» ως απατηλό κριτήριο ορθότητας, ΝοΒ 2005, σελ. 817 επ. (833).

33. Π. Σούρλας, Δίκαιο και δικανική κρίση, 2017, σελ. 383.

δικαιώματος, είτε διατάζει είτε δεν διατάζει το συγκεκριμένο ασφαλιστικό μέτρο αφού σταθμίσει τις συνέπειες τυχόν εσφαλμένης - όπως θα αποδειχθεί μόνο εκ των υστέρων - αποφάσεως ξεχωριστά για καθέναν από τους διαδίκους³⁴.

34. Πρβλ. Κ. Παναγόπουλο, *ό.π.*, σελ. 450.

Η έναντι τρίτων ισχύς των συμφωνιών διαιτησίας επί διασυνοριακών ναυτικών διαφορών

Δημήτριος Α. Τσικρικάς

Καθηγητής Νομικής Σχολής Πανεπιστημίου Αθηνών,
Δικηγόρος

Ι. Έννοια και λειτουργία του συμφωνιών διαιτησίας - Η σημασία του «*ratione personae*» πεδίου εφαρμογής τους

Η συμφωνία περί της υπαγωγής ορισμένης διαφοράς στη διαιτησία επιφέρει έννομες συνέπειες προεχόντως στο πεδίο του δικονομικού δικαίου, δεδομένου ότι ιδρύει τη δικαιοδοσία του διαιτητικού δικαστηρίου προς επίλυση της διαφοράς, αποκλείοντας ταυτόχρονα τη δικαιοδοσία των πολιτικών δικαστηρίων προς τούτο. Ως εκ τούτου, η συμφωνία διαιτησίας υπάγεται στην κατηγορία των δικονομικών συμβάσεων.¹

Ο χαρακτήρας της συμφωνίας διαιτησίας ως δικονομικής συμβάσεως θεμελιώνει την αρχή της αυτοτέλειας της ρήτρας διαιτησίας, δηλαδή της συμφωνίας περί της διαιτητικής επίλυσης των διαφορών που απορρέουν από ορισμένη σύμβαση, η οποία εντάσσεται στη σύμβαση και αποτελεί συμβατικό όρο. Η αυτοτέλεια της ρήτρας διαιτησίας έχει την έννοια αφενός ότι το κύρος της είναι κατ' αρχήν ανεξάρτητο από το κύρος των λοιπών συμβατικών όρων² και αφετέρου ότι το εφαρμοστέο επί της ρήτρας διαιτησί-

1. Βλ. *Καϊση*, Ακύρωση διαιτητικών αποφάσεων, 1989, σελ. 62 επ., 85, 86· *Κουσούλη*, Δίκαιο της Διαιτησίας, 2006, σελ. 34· *Τσικρικάς*, Διαδικαστικές πράξεις, 2017, σελ. 51· *Nagel/ Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 2020, § 18 αριθ. 18.14· *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2021, αριθ. 1407· ΑΠ 1219/2014, ΧρΙΔ 2015, 130· ΑΠ 1144-1145/2017, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΕφΠειρ 585/2020, ΤΝΠ QUALEX καθώς όμως και Γ. *Οικονομόπουλο* (ΣχΠολΔ V, 286)· *Ρανου*, Le consentement à l' arbitrage, 2011, σελ. 23 επ., 89 επ.

2. Βλ. *Μαντάκου*, ΔΕΕ 2006, 1129· *Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα* (-Φιλιώτη), Ερμηνεία ΚΠολΔ, 2020, Άρθρο 867 αριθ. 12· Π. *Γιαννόπουλο*, Εφαρμοστέο δίκαιο ως προς τα υποκειμενικά όρια διαιτητικής ρήτρας, ΕΠολΔ 2016, 566· *Nagel/ Gottwald*, ό.π., § 18 αριθ. 18.21· ΑΠ 877/2000, ΔΕΕ 2001, 406· ΑΠ 506/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· ΑΠ 1219/2014, ΧρΙΔ 2015, 130· ΑΠ 35/2019, ΤΝΠ QUALEX Εφαθ 1005/2009, ΕφΠειρ 923/2003, ΔΕΕ 2004, 566· ΕφΠειρ 585/2020, ΤΝΠ QUALEX βλ. επίσης άρθρο 16 § 1β Ν. 2735/1999 και πλέον το άρθρο 23 § 1 Ν. 5016/2023.

ας δίκαιο δεν ταυτίζεται αναγκαία με το δίκαιο που είναι εφαρμοστέο επί των λοιπών «ουσιαστικών», συμβατικών όρων³.

Η συμφωνία διαιτησίας αποτελεί το θεμέλιο της διαιτητικής διαδικασίας, κατά την οποία είναι δυνατό να επιλυθούν μόνον οι διαφορές που εμπίπτουν στο καθ' ύλην («*ratione materiae*») πεδίο εφαρμογής της, ενώ, επίσης, στην εν λόγω διαδικασία είναι δυνατό να συμμετάσχουν ως διάδικοι μόνον πρόσωπα δεσμευόμενα από τη συμφωνία.⁴ Επισημαίνεται ότι τρίτοι, ευρισκόμενοι εκτός της διαιτητικής διαδικασίας, μπορούν να ασκήσουν κύρια ή πρόσθετη παρέμβαση, μόνον εφόσον δεσμεύονται από τη συμφωνία διαιτησίας και καταλαμβάνονται από το καθ' υποκείμενα («*ratione personae*») πεδίο εφαρμογής της.⁵ Τέλος, είναι δυνατή η προσεπίκληση στη διαιτητική δίκη και πάλι μόνον προσώπων, απέναντι στα οποία ισχύει η συμφωνία διαιτησίας.⁶ Μάλιστα δε, εάν η διαιτητική απόφαση εκδοθεί επί προσώπων, τα οποία δεν δεσμεύονται από τη ρήτρα διαιτησίας, τότε αυτή είναι ανύπαρκτη κατά τη διάταξη του άρθρου 901 § 1 σημ. α) ΚΠολΔ επί εσωτερικής διαιτησίας,⁷ ενώ υπόκειται σε ακύρωση κατά το άρθρο 34 § 2α) σημ. γγ) Ν. 2735/1999 και πλέον το άρθρο 43 § 2α σημ. αγ) Ν. 5016/2023, επί διεθνούς διαιτησίας, κατά την έκταση των κεφαλαίων της διαιτητικής αποφάσεως που αφορούν πρόσωπα, τα οποία δεν καλύπτονται από τη συμφωνία διαιτησίας. Επίσης, δεν είναι δυνατή η διασυνοριακή αναγνώριση και εκτέλεσή της κατά τη διάταξη του άρθρου 5 § 1 σημ. γ)⁸ της Διεθνούς Συμβάσεως της Νέας Υόρκης του 1958 «περί αναγνώρισεως και εκτελέσεως αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων».⁹

Επί ναυτικών υποθέσεων η συμφωνία διαιτησίας αποτελεί συνήθως όρο (ρήτρα) φορτωτικής κατά τη διεξαγωγή θαλάσσιας μεταφοράς πραγμάτων, κυρίως δε φορτωτικής ναυλοσυμφώνου,¹⁰ κατά τις περιπτώσεις που η μεταφο-

3. Βλ. Μαντάκου, Η κατάρτιση της συμφωνίας διαιτησίας στη διεθνή συναλλαγή, 1998, αριθ. 75· Π. Γιαννόπουλο, ΕΠολΔ 2016, 566· Φιλιώτη/Πανόπουλο, Η συμφωνία διαιτησίας κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, Διαιτησία 2018, 185· Nagel/Gottwald, ό.π., § 18 αριθ. 18.21· ΑΠ 1219/2014, ΧρΙΔ 2015, 130· ΕφΠειρ 585/2020, ΤΝΠ QUALEX.

4. Βλ. Κουσουλή, ό.π., σελ. 108.

5. Βλ. Κουσουλή, ό.π., σελ. 108· Βασιλακάκη, Μελέτες Διαιτησίας, 2021, σελ. 7, 8.

6. Βλ. επίσης Καϊση, ό.π., σελ. 174, 175· Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Φιλιώτη), ό.π., Άρθρο 867 αριθ. 13· Βασιλακάκη, ό.π., σελ. 7, 8.

7. Βλ. ΑΠ 1308/2010, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ· Καλαβρό, Ακύρωση και ανυπαρξία διαιτητικών αποφάσεων, 2017, § 2 αριθ. 111, 112, 114.

8. Βλ. επίσης Βερβενιώτη, Διεθνής Εμπορική Διαιτησία, Ι, 1990, σελ. 185· Κουσουλή, Διαιτησία (Ερμηνεία κατ' άρθρο), 2004, σελ. 303· Borris/Henecke σε Wolff (επιμ.), *New York Convention*, 2019, 329.

9. Η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 4220/1961.

10. Βλ. Αντάπαση/Αθανασίου, Ναυτικό Δίκαιο, 2020, σελ. 598 αριθ. 1190.

ρά συνδυάζεται με ναύλωση, καθώς επίσης ναυλοσυμφώνου.¹¹ Περαιτέρω, εκτός των συμβάσεων μεταφοράς και ναυλώσεως, η φορτωτική αποτελεί όρο συμβάσεων ναυπηγήσεως ή αγοραπωλησίας πλοίου,¹² καθώς και συμβάσεων που καταρτίζονται για τη διευθέτηση διαφορών από θαλάσσια αρωγή.¹³

II. Η σημασία του ελέγχου των υποκειμενικών ορίων των συμφωνιών διαιτησίας από τα πολιτειακά δικαστήρια

Τα υποκειμενικά όρια μιας συμφωνίας διαιτησίας ελέγχονται όχι μόνον από το διαιτητικό δικαστήριο, το οποίο έχει την αρμοδιότητα να ελέγξει τη δικαιοδοσία του («competence - competence»)¹⁴ απέναντι στους συγκεκριμένους διαδίκους, αλλά και από τα πολιτειακά δικαστήρια.

Κατά πρώτον, ενδέχεται κάποιος από τους διαδίκους της διαιτητικής δίκης να αμφισβητήσει τη δέσμευσή του από τη συμφωνία διαιτησίας και να ασκήσει αγωγή σε πολιτειακό δικαστήριο. Τότε, αυτό οφείλει να διαπιστώσει την ύπαρξη δικαιοδοσίας του ελέγχοντας τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας διαιτησίας. Περαιτέρω, είναι δυνατό, κατά την περίπτωση που το διαιτητικό δικαστήριο δεχθεί την ύπαρξη δικαιοδοσίας του απέναντι σε συγκεκριμένο διάδικο, αυτός να αμφισβητήσει τη δέσμευσή του από τη συμφωνία διαιτησίας και να προσβάλει ενώπιον του αρμόδιου πολιτειακού δικαστηρίου τη διαιτητική απόφαση για τον λόγο της εκδόσεώς της απέναντι σε πρόσωπο μη δεσμευόμενο από τη συμφωνία διαιτησίας.¹⁵ Κατά την περίπτωση αυτή, το πολιτειακό δικαστήριο για να αποφανθεί επί του ενδίκου βοηθήματος κατά της διαιτητικής αποφάσεως, οφείλει να ελέγξει τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας διαιτησίας. Τέλος, εάν επιδιωχθεί η διασυννοριακή αναγνώριση και εκτέλεση της διαιτητικής αποφάσεως, το πρόσωπο που αμφισβητεί τη δέσμευσή του από τη συμφωνία διαιτησίας, είναι δυνατό να προσβάλει την αναγνώριση και εκτέλεση της διαιτητικής αποφάσεως για τον προαναφερθέντα λόγο κατά τη διάταξη του άρθρου 5 § 1 σημ. γ) της Συμβάσεως της Νέας Υόρκης του 1958, με συνέπεια ένα πολιτειακό δικαστήριο του κράτους αναγνώρισεως και

11. Βλ. *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 598 αριθ. 1190.

12. Βλ. *Τσαβδαρίδη*, Διεθνής Ναυτική Διαιτησία, 1999, σελ. 41· *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 598 αριθ. 1190.

13. Βλ. *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 598 αριθ. 1190 σημ. 811.

14. Άρθρα 887 § 2 ΚΠολΔ· 16 § 1 εδ. α' Ν. 2735/1999. Βλ. επίσης *Δημολίτσα*, Η εξέλιξη και οι συνεχιζόμενες παρεξηγήσεις της Kompetenz-Kompetenz στη διαιτησία, ΔΕΕ 1998, 1181 επ.· *Κουσουλή*, Διαιτησία, ό.π., σελ. 53, 54· *Varaby/Barcelo III/Kröll/von Mehren*, International Commercial Arbitration, 2015, σελ. 179-182.

15. Βλ. πιο πάνω I.

εκτελέσεως να πρέπει να ελέγξει και πάλι τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας διαιτησίας.

III. Το δίκαιο που διέπει τα υποκειμενικά όρια των συμφωνιών διαιτησίας

Οι ναυτικές διαφορές εμφανίζουν συνήθως έντονα στοιχεία αλλοδαπότητας είτε λόγω του αντικειμένου τους, κυρίως λόγω του στο εξωτερικό σε σχέση με την έννομη τάξη της διεξαγωγής της πολιτειακής ή της διαιτητικής δίκης ευρισκομένου τόπου εκπληρώσεως της επίδικης ή της χαρακτηριστικής παροχής, είτε λόγω των υποκειμένων τους και ειδικότερα λόγω της εγκαταστάσεως κάποιου από τους διαδίκους είτε της πολιτειακής είτε της διαιτητικής δίκης σε αλλοδαπή έννομη τάξη. Ως εκ τούτου, ανακύπτει ζήτημα ανευρέσεως του εφαρμοστέου δικαίου όχι μόνον επί της συμβάσεως και των ουσιαστικών δικαιωμάτων που απορρέουν από αυτή («lex causae»), αλλά και επί των δικονομικών ρητρών, δηλαδή των ρητρών παρεκτάσεως και διαιτησίας, που εμπεριέχονται στη σύμβαση. Σε ό,τι δε αφορά τη ρήτρα διαιτησίας ανακύπτει ειδικότερα το ερώτημα της ανευρέσεως του δικαίου, το οποίο θα εφαρμοσθεί για τον προσδιορισμό των υποκειμενικών ορίων της.

Το ζήτημα του προσδιορισμού των αντικειμενικών και υποκειμενικών ορίων των ρητρών διαιτησίας, δηλαδή του καθορισμού αφενός των διαφορών, οι οποίες υπάγονται στο καθ' ύλην («ratione materiae») πεδίο εφαρμογής τους, και αφετέρου των προσώπων, τα οποία δεσμεύονται από τις εν λόγω ρήτρες, αμφισβητείται. Κατά μία άποψη,¹⁶ εφόσον ενώπιον ημεδαπού δικαστηρίου προβάλλεται κατά τη διάταξη του άρθρου 263 περ. β) ΚΠολΔ ο ισχυρισμός περί της υπαγωγής της διαφοράς στη διαιτησία και με τον τρόπο αυτόν ανακύπτει ζήτημα περί της δικαιοδοσίας των ημεδαπών πολιτειακών δικαστηρίων προς εκδίκαση της συγκεκριμένης διαφοράς, το ζήτημα αυτό θα κριθεί σύμφωνα με τους κανόνες του δικαίου του δικάζοντος δικαστηρίου («lex fori»). Συνεπώς, τα αντικειμενικά και υποκειμενικά όρια της ρήτρας διαιτησίας θα προσδιορισθούν κατά το ημεδαπό δίκαιο.

16. Βλ. Μαντάκου, ό.π., σελ. 288· καθώς επίσης Μαριδάκη, Η εκτέλεσις αλλοδαπών αποφάσεων κατά το ισχύον εις την Ελλάδα δίκαιον, 1970, σελ. 125 σημ. 40· Βρέλλη, ΝοΒ 1989, 454, 455· ιδίως ως προς τα αντικειμενικά όρια.

Κατά μία άλλη άποψη¹⁷ το εύρος της ρήτρας διαιτησίας καθορίζεται από το δίκαιο, το οποίο τη διέπει, ενώ κατά τρίτη άποψη¹⁸ το εν λόγω ζήτημα θα κριθεί επί τη βάσει της αυτόνομης ερμηνείας του άρθρου 2 της Συμβάσεως της Νέας Υόρκης της 10.6.1958 για την αναγνώριση και εκτέλεση αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων, το οποίο αναφέρεται στην αναγνώριση από τα δικαστήρια των συμβαλλομένων κρατών των εννόμων συνεπειών των συμφωνιών διαιτησίας. Ως εκ τούτου, κατά την εν λόγω άποψη, τα αντικειμενικά και υποκειμενικά όρια μιας ρήτρας διαιτησίας θα προσδιορισθούν επί τη βάσει της τελλολογικής ερμηνείας της διατάξεως του άρθρου 2 της Συμβάσεως της Νέας Υόρκης, χωρίς τη συνδρομή οποιουδήποτε εθνικού δικαίου. Ωστόσο, επισημαίνεται η δυσχέρεια του προσδιορισμού τόσο των αντικειμενικών όσο και των υποκειμενικών ορίων της συμφωνίας διαιτησίας κατά την προαναφερόμενη διάταξη, δεδομένου ότι αυτή δεν θεσπίζει κριτήρια, με βάση τα οποία θα διενεργηθεί ο εν λόγω προσδιορισμός.

Περαιτέρω, ως προς την εφαρμογή του δικαίου του εκάστοτε δικάζοντος δικαστηρίου, αναφέρεται μεν ότι, εφόσον από το εύρος της ρήτρας διαιτησίας εξαρτάται η δικαιοδοσία του πολιτειακού δικαστηρίου προς εκδίκαση της συγκεκριμένης διαφοράς, το δε ζήτημα της δικαιοδοσίας του δικαστηρίου κρίνεται πάντα κατά το δίκαιο της έννομης τάξεως, στην οποία αυτό ανήκει («lex fori»), είναι δυνατό να υποστηριχθεί ότι και το εύρος της ρήτρας διαιτησίας καθορίζεται σύμφωνα με τους κανόνες της έννομης τάξεως του δικαστηρίου, το οποίο καλείται να κρίνει περί της βασιμότητας του ισχυρισμού σχετικά με την υπαγωγή της διαφοράς στη διαιτησία.

Παρατηρείται, ωστόσο, ότι είναι δυνατό οι διαιτητές να κρίνουν σχετικά με τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας διαιτησίας επί τη βάσει άλλου δικαίου σε σχέση με το πολιτειακό δικαστήριο, εάν δε η διαιτητική απόφαση εκδοθεί σε αλλοδαπή έννομη τάξη, όπου και θα προσβληθεί, ενδεχομένως, τότε και πάλι τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας θα κριθούν με άλλο δίκαιο. Τέλος, επί διασυνοριακής εκτελέσεως της διαιτητικής αποφάσεως, το δικαστήριο, το οποίο θα κληθεί να αποφανθεί επί της κηρύξεως της αλλοδαπής διαιτητικής αποφάσεως ως εκτελεστής, θα αποφανθεί περί των υποκειμενικών ορίων της συμφωνίας διαιτησίας με βάση το δίκαιο της έννομης τάξεως, στην οποία αυτό

17. Βλ. Κουσουλή, Διαιτησία, Ερμηνεία κατ' άρθρο, 2004, σελ. 180· Φιλιώτη/Πανόπουλο, Διαιτησία, 2018, 193· *Borris/Hennecke*, ό.π., σελ. 325· ΕφΠειρ 757/1982, ΕΝΔ 1982, 439· ΕφΠειρ 200/1997, ΕΝΔ 1997, 76· ΠΠρΠειρ 2104/1990, ΕΝΔ 1991, 192· ΠΠρΠειρ 348/1995, ΔΕΕ 1995, 1089· καθώς όμως και *Καλαβρό*, Το Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο της Διεθνούς Διαιτησίας, 2020, σελ. 71, ο οποίος δέχεται ότι εφαρμοστέο είναι το δίκαιο που διέπει την έννομη σχέση του συμβαλλόμενου στη ρήτρα διαιτησίας με τον τρίτο.

18. Βλ. Α. J. van den Berg, New York Convention of 1958. *Consolidated Commentary*, YCA XXVIII, 2003, 562 επ.

ανήκει. Επομένως, ανάλογα με το *forum*, διαιτητικό ή πολιτειακό, ενώπιον του οποίου τίθεται το θέμα των υποκειμενικών ορίων της συμφωνίας διαιτησίας, είναι δυνατόν να έχουμε αποκλίνουσες δικαιοδοτικές κρίσεις, με κίνδυνο αρνητικής ή θετικής συγκρούσεως, δικαιοδοσιών ακύρωσης της διαιτητικής αποφάσεως ή αδυναμίας διασυνοριακής αναγνώρισεως και εκτελέσεώς της.

Ως εκ τούτου, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η υποκειμενική εμβέλεια της συμφωνίας διαιτησίας οριοθετείται κατά το εφαρμοστέο επ' αυτής δίκαιο.

IV. Η ανεύρεση του επί των ρητρών διαιτησίας εφαρμοστέου δικαίου

Σημειώνεται κατά πρώτον ότι ο Κανονισμός (ΕΚ) 593/2008, για το εφαρμοστέο δίκαιο στις συμβατικές ενοχές εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής του (άρθρο 1 αριθ. 2ε) τις ρήτρες διαιτησίας.

Γίνεται δεκτό¹⁹ ότι επί των ρητρών διαιτησίας εφαρμόζονται οι κανόνες της έννομης τάξεως, στην οποία τις έχουν υπαγάγει τα πρόσωπα που συμφώνησαν τη διαιτητική επίλυση της διαφοράς τους. Η υπαγωγή των ρητρών διαιτησίας στους κανόνες της έννομης τάξεως, την οποία επέλεξαν τα μέρη, δεσμεύει τόσο το διαιτητικό δικαστήριο όσο και κάθε πολιτειακό δικαστήριο, το οποίο καλείται να κρίνει περί του κύρους μιας ρήτρας διαιτησίας. Η εφαρμογή των κανόνων της ίδιας έννομης τάξεως τόσο από το διαιτητικό δικαστήριο όσο και από τα πολιτειακά δικαστήρια, τα οποία, είτε επί ασκήσεως αγωγής ενώπιόν τους λόγω αμφισβητήσεως του κύρους της ρήτρας διαιτησίας είτε επί κηρύξεως αλλοδαπής διαιτητικής αποφάσεως ως εκτελεστής, καλούνται να αποφανθούν επί του προαναφερθέντος ζητήματος, εμπεδώνει ασφάλεια δικαίου αποτρέποντας την αρνητική ή θετική σύγκρουση δικαιοδοσίας μεταξύ του διαιτητικού δικαστηρίου και των πολιτειακών δικαστηρίων²⁰ και διευκολύνει τη διασυνοριακή αναγνώριση και εκτέλεση των αλλοδαπών διαιτητικών αποφάσεων. Εάν επί παράλληλων αγωγών ενώπιον αφενός του διαιτητικού δικαστηρίου και αφετέρου ενός πολιτειακού δικαστηρίου, κάθε ένα από αυτά εφήρμοζε διαφορετικό δίκαιο για τον έλεγχο του κύρους της ρήτρας διαιτησίας, θα υφίστατο ο κίνδυνος αποκλινουσών κρίσεων περί της δικαιοδοσίας

19. Βλ. *Βερβενιώτη*, ό.π., σελ. 161 επ.· *Καλαβρό*, Διεθνής Εμπορική Διαιτησία, Ι, 2019, Άρθρο 7 αριθ. 20· *Τσικριά*, ό.π., σελ. 190· *Nagel/Gottwald*, ό.π., § 18 αριθ. 18.22· *Schack*, ό.π., αριθ. 1421· *Borris/Hennecke*, ό.π., σελ. 325· ΑΠ 1932/2006, ΕΛΛΔνη 2007, 151· ΕφΠειρ 226/1994, ΕΝΔ 1995, 118· ΕφΠειρ 702/2003, ΔΕΕ 2004, 936 καθώς επίσης το άρθρο 5 παρ. 1α της Συμβάσεως της Νέας Υόρκης του 1958 σχετικά με την έγκυρη κατάρτιση ρήτρας διαιτησίας ως προϋποθέσεως της διασυνοριακής αναγνώρισεως και εκτελέσεως μιας διαιτητικής αποφάσεως.

20. Βλ. *Τσικριά*, ό.π., σελ. 190, 191.

του διαιτητικού δικαστηρίου και των πολιτειακών δικαστηρίων προς εκδίκαση της διαφοράς και κατ' επέκταση αρνητικής ή θετικής συγκρούσεως δικαιοδοσίας των εν λόγω δικαστηρίων.²¹

Ο ανωτέρω κίνδυνος περιορίζεται σημαντικά, εάν τόσο το διαιτητικό όσο και τα πολιτειακά δικαστήρια εφαρμόσουν κατά τον έλεγχο του κύρους των ρητρών διαιτησίας το δίκαιο, στο οποίο τις έχουν υπαγάγει τα μέρη.

Κατά την περίπτωση που περί του κύρους ρήτρας διαιτησίας κληθεί να αποφανθεί ημεδαπό δικαστήριο έπειτα από την προβολή της ενστάσεως υπαγωγής της ενώπιόν του εισαχθείσας διαφοράς στη διαιτησία κατά το άρθρο 263 περ. β) ΚΠολΔ, τότε για την ανεύρεση του επί της ρήτρας διαιτησίας εφαρμοστέου δικαίου το δικαστήριο θα στηριχθεί στη διάταξη του άρθρου 25 ΑΚ σχετικά με την ανεύρεση του εφαρμοστέου δικαίου επί συμβατικών ενοχών.²² Σημειώνεται ότι ο κανόνας συγκρούσεως του άρθρου 25 ΑΚ θα τύχει εφαρμογής, εφόσον η διαιτησία προβλέπεται να διεξαχθεί στο εξωτερικό ή όταν πρόκειται περί εσωτερικής διαιτησίας. Εάν τόπος διεξαγωγής της διαιτησίας είναι η Ελλάδα, τότε επί διεθνούς διαιτησίας εφαρμόζεται ως ειδικότερη η διάταξη του άρθρου 34 § 2 (α) σημ. (αα) Ν. 2735/1999, κατά την οποία εφαρμοστέο επί της ρήτρας διαιτησίας είναι και πάλι το δίκαιο, στην οποία την υπήγαγαν τα μέρη, ωστόσο επί αδυναμίας ανευρέσεως του εν λόγω δικαίου εφαρμόζεται επικουρικά το ελληνικό δίκαιο.²³

Κατά τη διάταξη του άρθρου 25 ΑΚ επί συμβατικών ενοχών και κατ' επέκταση και επί ρητρών διαιτησίας εφαρμόζεται το δίκαιο, το οποίο έχουν συμφωνήσει τα μέρη²⁴ («lex voluntatis»), και μόνον εάν δεν υπάρχει επιλογή του εφαρμοστέου δικαίου, το δικαστήριο εφαρμόζει το δίκαιο, το οποίο κρίνεται ως το πλέον αρμόζον («proper law») από το σύνολο των ειδικών συνθηκών. Η διάταξη του άρθρου 34 § 2 (α) σημ. (αα) Ν. 2735/1999 είναι ομοίου περιεχομένου με εκείνη του άρθρου 25 ΑΚ ως προς την κατά κύριο λόγο εφαρμογή του δικαίου, το οποίο ρητά ή σιωπηρά επέλεξαν τα μέρη, και διαφοροποιείται μό-

21. Βλ. Τσικρικάς, ό.π., σελ. 191.

22. Βλ. Κεραμέα/Κουσούλη, Εφαρμοστέο δίκαιο και έκταση συμφωνίας περί διαιτησίας (γνωμ.), ΔΕΕ 2006, 26· Βρέλλη, Ιδιωτικό Διεθνές Δίκαιο, 2008, σελ. 184 επ.· Κεραμέα/Κονδύλη/ Νίκα (-Φιλιώτη), ό.π., 2020, άρθρο 869 αριθ. 12· ΑΠ 1400/2008, ΕΠολΔ 2009, 694· ΕφΑθ 1944/2006, ΔΕΕ 2006, 1298.

23. Βλ. επίσης Καλαβρό, ό.π., Άρθρο 7 αριθ. 21 όπως και την μεταγενέστερη και πλέον ισχύουσα ρύθμιση του άρθρου 11 § 1 Ν. 5016/2023 κατά την οποία το κύρος της ρήτρας διαιτησίας κρίνεται διαζευτικά κατά το δίκαιο: α) στο οποίο την υπήγαγαν τα μέρη, β) του τόπου της διαιτησίας και γ) το οποίο διέπει τη σύμβαση.

24. Βλ. Κουσούλη, Δίκαιο της Διαιτησίας, 2006, § 3 αριθ. 14· Βρέλλη, ό.π., σελ. 184 επ.· ΕφΠειρ 1071/1999, ΔΕΕ 2001, 410· ΕφΠειρ 475/2005, ΔΕΕ 2006, 79.

νον ως προς τον επικουρικό σύνδεσμο, δεδομένου ότι παραπέμπει στην εφαρμογή του ελληνικού δικαίου.²⁵

Η συμφωνία επιλογής του εφαρμοστέου δικαίου μπορεί να είναι είτε ρητή είτε σιωπηρή,²⁶ δηλαδή να συνάγεται από τη συμφωνία των μερών περί άλλων στοιχείων της διαφοράς, η οποία παρέχει επαρκείς ενδείξεις περί του δικαίου, το οποίο επιθυμούν τα μέρη να διέπει την καταρτισθείσα ρήτρα διαιτησίας. Υποστηρίζεται ότι, μεταξύ των άλλων, επαρκείς ενδείξεις περί του εν λόγω δικαίου παρέχει η επιλογή του επί της επίδικης έννομης σχέσεως εφαρμοστέου δικαίου.²⁷ Εφόσον τα μέρη έχουν επιλέξει ρητά το ουσιαστικό δίκαιο, το οποίο θα εφαρμόζεται επί της συμβάσεως και θα διέπει το σύνολο των ζητημάτων, τα οποία ρυθμίζονται ειδικότερα με συμβατικούς όρους, μπορεί να γίνει δεκτό ότι τα μέρη επιθυμούν το ίδιο δίκαιο να διέπει και τον συμβατικό όρο (ρήτρα) περί της διαιτητικής επιλύσεως των διαφορών, που θα προκύψουν από τη σύμβαση. Επίσης, η υπαγωγή και της ρήτρας διαιτησίας στο ουσιαστικό δίκαιο, το οποίο διέπει τους λοιπούς συμβατικούς όρους, διευκολύνει το δικαστήριο, το οποίο θα ελέγξει το κύρος και το περιεχόμενο του συνόλου των συμβατικών όρων (της ρήτρας διαιτησίας συμπεριλαμβανομένης) κατ' εφαρμογή του δικαίου της αυτής έννομης τάξεως. Ωστόσο, ο κανόνας περί της αυτοτέλειας της ρήτρας διαιτησίας απέναντι στην κύρια σύμβαση προσφέρει ισχυρό αντεπιχείρημα κατά της ανωτέρω απόψεως. Επίσης, εάν τα μέρη προσδιορίζουν στη ρήτρα διαιτησίας τον τόπο, στον οποίο θα διεξαχθεί η διαιτησία, είναι δυνατό να συναχθεί η σιωπηρή τους βούληση περί υπαγωγής της ρήτρας διαιτησίας στο δίκαιο του προαναφερθέντος τόπου, έτσι ώστε η διαιτητική διαδικασία να στηριχθεί σε ρήτρα διαιτησίας έγκυρη κατά το δίκαιο του τόπου διεξαγωγής της.²⁸

Θα πρέπει, ως εκ τούτου, να γίνει δεκτό ότι το σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 25 ΑΚ αρμόζον κατά τις ειδικές συνθήκες δίκαιο είναι το δίκαιο της έννομης τάξεως διεξαγωγής της διαιτητικής διαδικασίας και εκδόσεως της διαιτητικής αποφάσεως («lex loci arbitri = lex arbitri»), δεδομένου μάλιστα ότι η εφαρμογή του εν λόγω δικαίου διασφαλίζει το κύρος της διαιτητικής απο-

25. Βλ. επίσης *Καλαβρό*, ό.π., Άρθρο 7 αριθ. 21.

26. Βλ. *Κουσουλή*, ό.π., § 3 αριθ. 14.

27. Βλ. *Κουσουλή*, ό.π. § 3 αριθ. 14· *Κεραμέα/Κουσουλή*, ΔΕΕ 2006, 26· *Τσαβαρίδη*, ΕΕμπΔ 2007, 211· ΑΠ 1219/2014, ΧρίΔ 2015, 130· ΜονΠρΠειρ 452/1991, ΕΝΔ 1992, 335· ΠΠρΡοδόπης 84/2005, ΔΕΕ 2006, 80· καθώς όμως και *Φιλιώτη/Πανόπουλο*, Η συμφωνία διαιτησίας κατά το ιδιωτικό διεθνές δίκαιο, Διαιτησία, 2018, 202, 203.

28. Βλ. επίσης *Μαριδάκη*, Η εκτέλεσις αλλοδαπών αποφάσεων κατά το ισχύον εις την Ελλάδα δίκαιον, 1970, σελ. 117, σημ. 16· *Κεραμέα/Κουσουλή*, ΔΕΕ 2006, 26· *Φιλιώτη/Πανόπουλο*, Διαιτησία 2018, 201· ΑΠ 1219/2014, ΧρίΔ 2015, 130· ΠΠρΡοδόπης 84/2005, ΔΕΕ 2006, 80.

φάσεως, καθώς επίσης τη διασυννοριακή αναγνώριση και εκτέλεσή της. Επομένως, τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας διαιτησίας θα προσδιορισθούν κατά το εν λόγω δίκαιο. Σε περίπτωση δε που κάποιος από τους διαδίκους της διαιτητικής δίκης αμφισβητήσει τη δέσμευσή του από τη συμφωνία διαιτησίας, τόσο το διαιτητικό δικαστήριο όσο και τα πολιτειακά δικαστήρια θα ελέγξουν τα υποκειμενικά όρια της συμφωνίας κατ' εφαρμογή του αυτού δικαίου. Με τον τρόπο αυτόν περιορίζονται τα ενδεχόμενα της υπέρξεως αποκλινουσών δικαιοδοτικών κρίσεων για το εν λόγω ζήτημα από το διαιτητικό δικαστήριο και τα πολιτειακά δικαστήρια, με συνέπεια να αποφεύγεται η θετική και η αρνητική σύγκρουση δικαιοδοσιών και να διασφαλίζεται, κατά το δυνατόν, το κύρος της διαιτητικής αποφάσεως. Σημειώνεται μάλιστα ότι κατά τη διάταξη του άρθρου 34 § 2 (α) σημ. (αα) Ν. 2735/1999, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, εφαρμόζεται, εφόσον η διεθνής διαιτησία διεξάγεται στην Ελλάδα, η διαιτητική απόφαση προσβάλλεται με αγωγή ακυρώσεως, εφόσον η διαιτητική συμφωνία είναι άκυρη κατά το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη και, σε περίπτωση ελλείψεως μιας τέτοιας επιλογής, κατά το ελληνικό δίκαιο, δηλαδή το δίκαιο του τόπου διεξαγωγής της διαιτησίας και εκδόσεως της διαιτητικής αποφάσεως²⁹.

Περαιτέρω, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 5 § 1(α) της Συμβάσεως της Νέας Υόρκης ιδρύεται κώλυμα διασυννοριακής αναγνωρίσεως και εκτελέσεως μιας διαιτητικής αποφάσεως, εφόσον η διαιτητική συμφωνία είναι άκυρη κατά το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη και, επί ελλείψεως μιας τέτοιας επιλογής, κατά το δίκαιο του τόπου εκδόσεως της διαιτητικής αποφάσεως.³⁰

Θα πρέπει, ως εκ τούτου, να γίνει δεκτό ότι το δίκαιο του τόπου διεξαγωγής της διαιτησίας και εκδόσεως της διαιτητικής αποφάσεως διέπει τα ζητήματα περί του κύρους της συμφωνίας διαιτησίας. Το εν λόγω δίκαιο θα πρέπει να τύχει εφαρμογής επίσης ως προς το ζήτημα των αντικειμενικών και υποκειμενικών ορίων της ρήτρης διαιτησίας³¹, δεδομένου ότι με τον τρόπο αυτόν επιτυγχάνεται η υπαγωγή του συνόλου των σχετικών με τη ρήτρα διαιτησίας ζητημάτων στο αυτό δίκαιο και διασφαλίζεται, κατά το δυνατόν, το κύρος και η διασυννοριακή αναγνώριση και εκτέλεση της διαιτητικής αποφάσεως.

29. Βλ. ωστόσο και τα άρθρα 11 § 1 και 43 § 2α) σημ. αβ) Ν. 5016/2023, σύμφωνα με τα οποία το κύρος της συμφωνίας διαιτησίας θα κριθεί διαζευκτικά κατά το δίκαιο που επέλεξαν τα μέρη, το δίκαιο του τόπου διαιτησίας και το δίκαιο που διέπει τις συμβάσεις.

30. Βλ. *Wilske/Fox* σε *Wolff* (επιμ.), *New York Convention*, 2019, σελ. 287, 288.

31. Βλ. επίσης *Borris/Hennecke*, ό.π., σελ. 325.

V. Η έναντι τρίτων ισχύς της ρήτρας διαιτησίας κατά το ελληνικό δίκαιο

1. Η κατ' αρχήν δέσμευση μόνον των συμβαλλομένων μερών - Δυνατότητα εξαιρέσεων

Σύμφωνα με το ελληνικό δίκαιο η συμφωνία διαιτησίας δεσμεύει κατ' αρχήν μόνον τα συμβαλλόμενα μέρη.³² Μία γενική παραδοχή της επεκτάσεως της δεσμευτικής ενέργειας της συμφωνίας διαιτησίας απέναντι σε τρίτα, μη συμβαλλόμενα, πρόσωπα, θα αντέβαινε προς τη συνταγματική αρχή του νόμιμου δικαστή (άρθρο 8 Σ),³³ δεδομένου ότι τα πρόσωπα αυτά θα στερούνταν χωρίς τη θέλησή τους του δικαιώματος να προσφύγουν στα αρμόδια πολιτειακά δικαστήρια, τα οποία συνιστούν τον «νόμιμο δικαστή» τους.

Από την άλλη πλευρά, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 869 § 2 ΚΠολΔ «Η συμφωνία για διαιτησία διέπεται από τις διατάξεις του ουσιαστικού δικαίου για τις συμβάσεις».³⁴ Η διάταξη αναφέρεται στην εσωτερική διαιτησία, θα πρέπει, όμως, να γίνει δεκτό ότι το ημεδαπό ουσιαστικό δίκαιο, το οποίο διέπει τις συμβάσεις, εφαρμόζεται επί της συμφωνίας διαιτησίας και επί διεθνούς διαιτησίας, όταν σύμφωνα με τα άρθρα 25 ΑΚ και 34 § 2 (α) σημ. (αα) Ν. 2735/1999 και πλέον το άρθρο 11 § 1 Ν. 5016/2023 είναι εφαρμοστέο το ημεδαπό δίκαιο. Επομένως, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι κατά τις περιπτώσεις εκείνες, κατά τις οποίες τρίτος υπεισέρχεται στα από ορισμένη σύμβαση απορρέοντα δικαιώματα και υποχρεώσεις, καθώς και στο σύνολο των συμβατικών όρων, τότε δεσμεύεται και από τη ρήτρα διαιτησίας, η οποία εμπεριέχεται στη σύμβαση³⁵. Η αρχή της αυτοτέλειας της ρήτρας διαιτησίας δεν κωλύει μία τέτοια δέσμευση, όταν ο τρίτος υπεισέρχεται στο σύνολο των συμβατικών όρων, δηλαδή και στους όρους της συμβάσεως που επιτελούν δικονομική λειτουργία, όπως είναι οι ρήτρες παρεκτάσεως και διαιτησίας.

2. Η δέσμευση τρίτων από ρήτρα διαιτησίας σε φορτωτική

Η φορτωτική αποτελεί αξιόγραφο ονομαστικό ή εις διαταγήν,³⁶ με συνέπεια, επί ονομαστικής φορτωτικής, τα εξ αυτής απορρέοντα δικαιώματα να μετα-

32. Βλ. Μαντάκου, ό.π., σελ.254· Κουσουλή, ό.π., σελ. 44.

33. Βλ. Κουσουλή, ό.π., σελ. 44, 45.

34. Βλ. Κεραμέα/Κονδύλη/Νίκα (-Φιλιώτη), ό.π., Άρθρο 869 αριθ. 8.

35. Βλ. επίσης ως προς το γερμανικό δίκαιο Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 2005, σελ. 62.

36. Βλ. Αντάπαση/Αθανασίου, ό.π., σελ. 565 αριθ. 1137.

βιβάζονται με εκχώρηση,³⁷ ενώ επί φορτωτικής εις διαταγήν, φορέας των δικαιωμάτων καθίσταται ο κομιστής της έπειτα από αδιάκοπη σειρά οπισθογραφήσεων.³⁸

Γίνεται δεκτό ότι ρήτρα διαιτησίας, η οποία εμπεριέχεται σε φορτωτική, δεσμεύει όχι μόνο τον αντισυμβαλλόμενο του μεταφορέα αλλά επίσης τόσο τον εκδοχέα που αποκτά δια της εκχωρήσεως τα δικαιώματα του τελευταίου, όσο και τον τρίτο κομιστή, ο οποίος δυνάμει της αξιογραφικής λειτουργίας της φορτωτικής υπεισέρχεται στα δικαιώματα του φορτωτή.³⁹

Εάν έχει εκδοθεί φορτωτική ναυλοσυμφώνου, τότε επί της φορτωτικής γίνεται παραπομπή στους όρους υφιστάμενου ναυλοσυμφώνου.⁴⁰ Κατά την παλαιότερη νομολογία γινόταν δεκτό⁴¹ ότι ήταν αναγκαία η ρητή αναφορά όρου της φορτωτικής στη ρήτρα διαιτησίας του ναυλοσυμφώνου, στην οποία γινόταν παραπομπή, έτσι ώστε αυτή να είναι δυνατό να γίνει αντιληπτή από τον τρίτο κομιστή. Σημειώνεται μάλιστα ότι και η διάταξη του άρθρου 7 § 6 Ν. 2735/1999 απαιτούσε τη ρητή παραπομπή όρου της φορτωτικής σε ρήτρα διαιτησίας, η οποία εμπεριέχεται σε σύμβαση μεταφοράς, για να καταστεί δεσμευτική η εν λόγω ρήτρα για τον τρίτο κομιστή της φορτωτικής.⁴²

Ωστόσο, στη συνέχεια, η αυστηρή προϋπόθεση της ειδικής παραπομπής στη ρήτρα διαιτησίας του ναυλοσυμφώνου έπαψε να απαιτείται για ορισμένους τύπους φορτωτικών, όπως η CENTROGON και η CONGENBIL, οι οποίες αναγράφουν ευκρινώς ότι αποτελούν φορτωτικές ναυλοσυμφώνου, η δε χρήση τους συνήθίζεται στις ναυτιλιακές συναλλαγές.⁴³

Στις εν λόγω περιπτώσεις γίνεται δεκτό ότι δεν απαιτείται ειδική παραπομπή στη ρήτρα διαιτησίας του ναυλοσυμφώνου αλλά αρκεί η γενική παραπομπή στο ναυλοσύμφωνο, δεδομένου ότι λόγω της ευρείας χρήσεως των ανωτέρω φορτωτικών τεκμαίρεται ότι κάθε κομιστής τους είχε τη δυνατότητα να λάβει γνώση του περιεχομένου του ναυλοσυμφώνου και ειδικότερα της ρήτρας δι-

37. Βλ. *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 566 αριθ. 1139· ΕφΠειρ 914/2006, ΕΕμπΔ 2007, 679· ΕφΠειρ 209/2016, ΤΝΠ ΝΟΜΟΣ.

38. Βλ. *Μάρκου*, Το Δίκαιο της Θαλάσσιας Φορτωτικής, 2004, σελ. 375· *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 567 αριθ. 1139.

39. Βλ. *Κουσουύλη*, ό.π., σελ. 44· *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 585 αριθ. 1171, σελ. 602 αριθ. 1197.

40. Βλ. *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 607 αριθ. 1206.

41. Βλ. ΟΛΑΠ 236/1966, ΕΕμπΔ 1966, 290· ΕφΠειρ 152/1984, ΕΝΔ 1984, 354· ΕφΠειρ 278/1989, ΕΕμπΔ 1989, 277· Βλ. επίσης *Τσαβδαρίδη*, ό.π., σελ. 280 επ.· *Κουσουύλη*, ό.π., σελ. 44.

42. Βλ. επίσης *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 610 αριθ. 1214, 1215.

43. Βλ. ΕφΠειρ 201/1997, ΕΕμπΔ 1997, 326· ΠΠρΠειρ 3312/2011, ΕΝΔ 2011, 439.

αιτησίας που εμπεριέχεται σε αυτό.⁴⁴ Βεβαίως, το εν λόγω τεκμήριο είναι μαχητό, με συνέπεια ο κομιστής της φορτωτικής να μπορεί να ισχυρισθεί και να αποδείξει ότι δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει γνώση της ρήτηρας διαιτησίας του ναυλοσυμφώνου⁴⁵ και με τον τρόπο αυτόν να αμφισβητήσει τη δέσμευσή του από τη ρήτρα.

Σημειώνεται ότι η δέσμευση του κομιστή της φορτωτικής από τη ρήτρα διαιτησίας του ναυλοσυμφώνου επί τη βάση μιας γενικής παραπομπής στους όρους του ναυλοσυμφώνου θα πρέπει να αντιμετωπισθεί με επιφύλαξη, δεδομένου ότι μπορεί να επιφέρει την προσβολή του θεμελιώδους δικαιώματος του κομιστή στο νόμιμο δικαστή (άρθρο 8 Σ), στερώντας του τη δικαιοδοσία των πολιτειακών δικαστηρίων χωρίς τη γνώση και τη θέλησή του.

Περαιτέρω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο πραγματικός μεταφορέας ενεργεί ως βοηθός εκπληρώσεως του προσώπου, το οποίο συμβάλλεται με τον φορτωτή ως μεταφορέας.⁴⁶ Επομένως, εφόσον πραγματικός μεταφορέας δεν είναι αντισυμβαλλόμενος του φορτωτή, δεν δεσμεύεται από τη ρήτρα διαιτησίας, η οποία εμπεριέχεται στη φορτωτική.

Εφόσον η ρήτρα διαιτησίας καταλαμβάνει, κατά την ερμηνεία της, κάθε αξίωση που απορρέει από τη συγκεκριμένη σύμβαση, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι επί εκχώρησης κάποιας από τις αξιώσεις αυτές, ο εκδοχέας δεσμεύεται από την εν λόγω ρήτρα.⁴⁷ Εξάλλου, η δυνατότητα δικαστικής επιδιώξεως της απαιτήσεως αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της τελευταίας, η δε ρήτρα διαιτησίας είναι καθοριστική για την επιδίωξη της απαιτήσεως. Ως εκ τούτου, ο εκδοχέας αποκτά την απαίτηση με τις από τη ρήτρα διαιτησίας οριοθετούμενες δυνατότητες επιδιώξεώς της.

Επομένως, εάν ο ασφαλιστής αποζημιώσει τον παραλήπτη του φορτίου λόγω απώλειας του τελευταίου ή προκλήσεως ζημίας σε αυτό, με συνέπεια να υπεισέλθει «ex lege» στις απαιτήσεις του παραλήπτη κατά του μεταφορέα, τότε η εκ του νόμου εκχώρηση των απαιτήσεων επιφέρει τη δέσμευσή του από τη ρήτρα διαιτησίας, η οποία ισχύει μεταξύ μεταφορέα και παραλήπτη των εμπορευμάτων.⁴⁸

44. Βλ. *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 611 αριθ. 1216.

45. Βλ. ΕφΠειρ 201/1997, ΕΕμπΔ 1997, 326· *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 611 αριθ. 1216.

46. Βλ. *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 585 αριθ. 1172.

47. Βλ. επίσης *Κουσούλη*, ό.π., σελ. 46· *Schwab/Walter*, ό.π., σελ. 62.

48. Βλ. επίσης *Αντάπαση/Αθανασίου*, ό.π., σελ. 586 αριθ. 1172.

3. Η επέκταση των υποκειμενικών ορίων ρήτηρας διαιτησίας επί άρσεως της αυτοτέλειας νομικού προσώπου

Εφόσον συντρέχουν οι προϋποθέσεις για την άρση της αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου, τότε ο φορέας του δεσμεύεται από τη συγκεκριμένη σύμβαση, την οποία κατήρτισε το νομικό πρόσωπο, με περαιτέρω συνέπεια τη δέσμευσή του και από τη ρήτρα διαιτησίας, η οποία εμπεριέχεται στη σύμβαση. Η άρση της αυτοτέλειας ενός νομικού προσώπου δεν ιδρύει απλώς ενοχή εις ολόκληρον, κατά την οποία ο εις ολόκληρον ενεχόμενος ευρίσκεται εκτός του συγκεκριμένου συμβατικού δεσμού, όπως συμβαίνει με την εις ολόκληρον ευθύνη των ομορρύθμων εταιρών σε σχέση με τις συμβατικές δεσμεύσεις της ομόρρυθμης εταιρείας, αλλά πολύ περισσότερο επιφέρει τη δέσμευση του φορέα του νομικού προσώπου από τη συγκεκριμένη σύμβαση, την οποία τυπικά συνήψε το νομικό πρόσωπο, ωστόσο η συμμετοχή του νομικού προσώπου ως συμβαλλόμενου μέρους έγινε από τον φορέα του με σκοπό την κατά παράβαση της αρχής της καλής πίστεως και των συναλλακτικών ηθών προσβολή των δικαιωμάτων των αντισυμβαλλομένων. Συνεπώς, δεσμεύεται ο κατ' ουσίαν συμβαλλόμενος φορέας του νομικού προσώπου. Ως εκ τούτου, η ρήτρα διαιτησίας, η οποία εμπεριέχεται στην εν λόγω σύμβαση, ισχύει και απέναντι στον φορέα του νομικού προσώπου, όπως γίνεται δεκτό κατά απολύτως κρατούσα άποψη.⁴⁹ Εξάλλου, μόνο με τη δέσμευση και του φορέα του νομικού προσώπου από τη ρήτρα διαιτησίας θα καταστεί δυνατή η άσκηση του συνόλου των αξιώσεων του δανειστή κατά των εις ολόκληρον ενεχομένων νομικού προσώπου και του φορέα αυτού στη διαιτησία, έτσι ώστε να αποφευχθεί η ενδεχόμενη έκδοση αντιφατικών αποφάσεων αφενός από διαιτητικό δικαστήριο ως προς το νομικό πρόσωπο και αφετέρου από πολιτειακό δικαστήριο ως προς τον φορέα του τελευταίου.

49. Βλ. Μπέη, Πολιτική Δικονομία, άρθρο 869 σελ. 156 επ.· Καλαβρό, Μελέτες Πολιτικής Δικονομίας και Διαιτησίας, 1988, 291 επ.· Μαντάκου, ό.π., σελ. 280-285· Κουσουλή, ό.π., άρθρο 869 αριθ. 14· Ρήγα, Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου, 2008, σελ. 169 επ.· Π. Γιαννόπουλο, Εφαρμοστέο δίκαιο ως προς την ερμηνεία των υποκειμενικών ορίων διαιτητικής ρήτηρας, ΕΠολΔ 2016, 559 επ.· Κολοτούρο, Επέκταση της ισχύος διαιτητικής συμφωνίας επί τρίτων και παρεμπίπτουσα εναγωγή αυτών σε εκκρεμή διαιτητική δίκη, ΕΠολΔ 2016, 535· Παμπούκη/Νικολαΐδη, Το εφαρμοστέο δίκαιο στην κατάχρηση νομικής προσωπικότητας, ΕφΑΔ/ΠολΔικ 2017, 194 επ.· Νίκα, Διαιτητική συμφωνία - δέσμευση και της μη συμβαλλόμενης σ' αυτή μητρικής εταιρίας, που ασκεί απόλυτο έλεγχο και επηρεάζει τη λήψη των αποφάσεων της θυγατρικής που την υπέγραψε. Ανάλογη εφαρμογή των άρθρων 283 και 246 ΚΠολΔ στη διαιτητική διαδικασία. Επίδραση της πτωχεύσεως στη διαιτητική διαδικασία, γνμδ., Διαιτησία 2018, 350· Αντάπαση/Αθανασίου, ό.π., σελ. 600 αριθ. 1193· Κεραμέα / Κονδύλη / Νίκα (-Φιλιώτη), ό.π., 2020, Άρθρο 869 αριθ. 15· ΕφΠειρ 463/2020, ΤΝΠ QUALEX.

VI. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Η οριοθέτηση της υποκειμενικής εμβέλειας μιας συμφωνίας διαιτησίας ανάγεται στον πυρήνα της διαιτησίας, η οποία οδηγεί σε δικαιοδοτική κρίση, από την άλλη πλευρά, ωστόσο, έχει συμβατικό θεμέλιο. Η δέσμευση των προσώπων, τα οποία συμμετέχουν στη διαιτητική διαδικασία, από τη διαιτητική συμφωνία είναι σημαντική για την ισχύ και την αποτελεσματικότητα της διαιτητικής αποφάσεως. Η υποκειμενική εμβέλεια της συμφωνίας διαιτησίας ελέγχεται, ως εκ τούτου, όχι μόνον από το διαιτητικό δικαστήριο αλλά και από τα πολιτειακά δικαστήρια, τα οποία καλούνται να αποφανθούν περί του κύρους και της διασυννοριακής αναγνώρισεως και εκτελέσεως της διαιτητικής αποφάσεως. Για τη διασφάλιση ενός ενιαίου κριτηρίου κατά τον εν λόγω έλεγχο θα πρέπει για ο προσδιορισμός της υποκειμενικής εμβέλειας της συμφωνίας διαιτησίας να διενεργείται κατά το δίκαιο του τόπου διεξαγωγής της διαιτησίας. Περαιτέρω, η διεύρυνση των υποκειμενικών ορίων της συμφωνίας διαιτησίας είναι δυνατό να θίξει το συνταγματικό δικαίωμα τρίτων προσώπων, τα οποία δεν ανήκουν στον κύκλο των αρχικά συμβαλλομένων, στο νόμιμο δικαστή. Συνεπώς, η δέσμευσή τους από τη συμφωνία και ειδικότερα τη ρήτρα διαιτησίας εξαρτάται από την υπεισέλευσή τους στα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που απορρέουν από τη σύμβαση, στην οποία εμπεριέχεται η εν λόγω ρήτρα.



Law Publishers in Europe

NOMIKI BIBLIOTHIKI represents Greece in the European network "Law Publishers in Europe". LPE was founded in 1983 by some of the best-known European legal publishers, aiming at the exchange of know-how, co-publishing opportunities and the development of various levels of cooperation serving the legal and business communities in Europe and worldwide.

LPE network includes the following publishing houses: **Almedina** (Portugal), **C.H. Beck** (Germany), **Giuffrè** **Francis Lefebvre** (Italy), **Karnov** (Denmark), **Larcier** (Belgium), **Legitech** (Luxembourg), **Lexis Nexis** (France), **Manz** (Austria), **Nomiki Bibliothiki** (Greece), **Stämpfli** (Switzerland), **Thomson Reuters** (United Kingdom), **Tirant lo Blanch** (Spain), **Wolters Kluwer Law** (Netherlands), **Wolters Kluwer Polska** (Poland).