

Commentaar inzake "International Liability for Injurious Consequences Arising of Acts not Prohibited by International Law"

Redacteur(en):

Not specified
Not specified

Not specified

16 december 1999

	Inhoudsopgave	<i>Pagina</i>
1	Algemeen	3
1.1	Verzoek om een CAVV-advies	3
1.2	Algemeen Commentaar op het ILC-ontwerp	3
1.3	"Specific issues"	4
2	Artikelsgewijze behandeling	5
2.1	Artikel 1	5
2.2	Artikel 2	5
2.3	Artikel 3	6
2.4	Artikel 4	6
2.5	Artikel 5	6
2.6	Artikel 6	7
2.7	Artikel 7	7
2.8	Artikel 8	8
2.9	Artikel 9	8
2.10	Artikel 10	8
2.11	Artikel 11	9
2.12	Artikel 12	10
2.13	Artikel 13	10
2.14	Artikel 14	10
2.15	Artikel 15	10
2.16	Artikel 16	10
2.17	Artikel 17	11

1 Algemeen

1.1 Verzoek om een CAVV-advies

Tijdens haar 50^{ste} zitting (april-augustus 1998) heeft de International Law Commission ontwerp-artikelen inzake "International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (Prevention of transboundary damage from hazardous activities)" voorlopig, in eerste lezing, aangenomen. De tekst van de ontwerp-artikelen is als bijlage gevoegd bij een brief van de Secretaris-Generaal aan de Permanent Vertegenwoordiger van het Koninkrijk der Nederlanden bij de Verenigde Naties te New York d.d. 11 februari 1999, waarin herinnerd wordt aan de oproep van de Algemene Vergadering aan regeringen, vervat in paragraaf 2 van resolutie 53/102 (A/RES/53/102 d.d. 26 januari 1999), om commentaar te leveren op de ontwerp-artikelen uiterlijk 1 januari 2000. In een brief van 1 november 1999 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken aan de CAVV gevraagd om hem over de ontwerp-artikelen advies uit te brengen.

1.2 Algemeen Commentaar op het ILC-ontwerp

De CAVV spreekt er haar teleurstelling over uit dat de ontwerp-artikelen op een aantal punten blijk geven van een minimalistische benadering. In een reeks bestaande verdragen is de onderhavige materie -zij het op sectorieel niveau- uitgebreid geregeld. Het ILC ontwerp heeft de materie van aansprakelijkheid voor schade vooralsnog geheel buiten beschouwing gelaten. Ook wat het onderwerp "preventie" -waarop het ontwerp zich concentreert- betreft, constateert de CAVV dat het ontwerp minder ver gaat dan bestaande sectorieel verdragen, aangezien het uitsluitend betreft risico-creërende activiteiten (in tegenstelling tot activiteiten die zonder meer schade veroorzaken), die bovendien rechtmatig zijn. Voorts constateert de CAVV het ontbreken van enigerlei artikel inzake noodsituaties zoals men aantreft in andere teksten (bijv. de Watercourses Convention art. 28; de Rio Declaration, principle 18 en de ILA Resolutie inzake Legal Aspects of the Conservation of the Environment van 1982).

De CAVV betreurt dat de ontwerp-artikelen geen bepaling bevatten m.b.t. de preventieplicht voor schade toegebracht aan gemeenschappelijke gebieden, m.a.w. areas beyond the limits of national jurisdiction.

De CAVV constateert dat de ILC (in het commentaar bij art. 2) een spectrum onderscheidt van activiteiten met een geringe waarschijnlijkheid van "disastrous

harm" naar activiteiten met een grote waarschijnlijkheid van 'other significant harm'. De CAVV vraagt zich af of activiteiten met een grote waarschijnlijkheid van "disastrous harm" buiten de werking van deze artikelen blijken te vallen omwille van hun vermoedelijk onrechtmatig karakter. De tekst -zowel van artikel 2 als van commentaar daarop- behoeft op dit punt verduidelijking. Ook bestudering van de paragrafen 94 en 96 van het First Report on Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities van de Special Rapporteur (A/CN.4/487) leidt tot de conclusie dat er geen eenduidig antwoord gegeven wordt op de vraag of bedoelde activiteiten buiten de werking van de artikelen vallen, maar dat geïmpliceerd wordt dat deze er inderdaad buiten vallen. Bedoelde categorie zijn kennelijk activiteiten die geacht worden wel verboden te zijn onder internationaal recht (i.t.t. de activiteiten waarop de ontwerp-artikelen betrekking hebben).

De CAVV bepleit dat in art. 2 ook een definitie van "operator" wordt opgenomen en dat ook elders in de tekst het aandeel van de "operator" wordt verduidelijkt. Dit neemt niet weg dat de in de (ontwerp-)artikelen vervatte verplichtingen zich richten tot Staten en niet tot particulieren zoals "operators".

Tenslotte wordt aangenomen dat militaire activiteiten buiten de werking van de (ontwerp-)artikelen vallen.

1.3 "Specific issues"

In Hoofdstuk III van het rapport over haar 50^{ste} zitting (zie A/53/10: General Assembly Official Records, 53rd session, supplement 10) heeft de International Law Commission een drietal specifieke vragen geformuleerd.

M.b.t. de eerste vraag, nl. of de verplichting van preventie gezien moet worden als een inspaningsverplichting (obligation of conduct) of een resultaatsverplichting ("obligation of result") vraagt de CAVV zich af of het zinvol is dit onderscheid te maken, nu dit zelfde onderscheid in de tweede lezing van de ILC ontwerp-artikelen inzake Staatsaansprakelijkheid is gelimineerd.

De tweede vraag luidt welke vorm aan de ontwerp-artikelen gegeven moet worden: een verdrag, een raamwerk verdrag of een model law/model rules. De CAVV acht deze vraag in het huidige stadium moeilijk te beoordelen. Enerzijds spreekt ten faveure van een juridisch niet-bindend instrument (aanbeveling, model law, model rules) dat een Verdrag t.z.t. wellicht door te weinig Staten geratificeerd zal worden.

Anderzijds kan men aanvoeren dat een Verdrag aangewezen lijkt aangezien hier een "obligation of prevention" wordt beoogd speciaal t.a.v. risico creërende activi-

teiten, die bovendien rechtmatig zijn. Met de (ontwerp-)artikelen wordt derhalve beoogd op dat punt een specifieke regeling te treffen.

De derde vraag is welke geschillenbeslechtsprocedure voor geschillen m.b.t. de toepassing en interpretatie van de artikelen aangewezen is. De CAVV neemt het standpunt in dat de thans voorziene procedure voor versterking vatbaar is en zal bij de artikelsgewijze behandeling onder art. 17 hierop terug komen.

2 Artikelsgewijze behandeling

2.1 Artikel 1

Onder erkenning van de wenselijkheid de reikwijdte van de artikelen hanteerbaar te houden, hetgeen beoogd wordt met de kwalificatie "physical consequences", spreekt de CAVV toch een zekere twijfel uit over de vraag of het begrip "physical" daartoe adequaat is.

Gegeven het feit dat elders in de tekst (zie bijv. para. 2 van het ILC commentaar bij art. 10) gewag wordt gemaakt van activiteiten uitgevoerd door particuliere ondernemingen ("private entities") zou ook in art. 1 -hetzij in het artikel zelf hetzij in het commentaar- bij het begrip "activiteiten" een onderscheid dienen te worden gemaakt tussen activiteiten uitgevoerd door de overheid en door de particuliere sector.

De CAVV merkt op dat para. 11 van het ILC commentaar, handelend over het begrip "control" i.t.t. "jurisdiction", zich van de voorafgaande para. 10 uitsluitend onderscheidt v.w.b. de duur van de uitoefening van de "control". De CAVV acht toevoeging van een duidelijk voorbeeld wenselijk.

Met verwijzing naar de paragrafen 12 en 13 van het commentaar merkt de CAVV op dat krachtens jurisprudentie (i.h.b. de Gabcikovo-Nagymaros case, die hoewel handelend over staatsaansprakelijkheid ook toepasselijk wordt geacht voor de onderhavige materie) het concept "risico" ook het element "voorzienbaarheid" zou dienen te omvatten.

2.2 Artikel 2

Zie hetgeen is opgemerkt in het algemeen commentaar over activiteiten met een grote waarschijnlijkheid van "disastrous harm".

De CAVV beschouwt voorts het gebruik van de term "attributable" in paragraaf 9 van het commentaar als niet passend, aangezien deze term associaties oproept met het regiem voor staatsaansprakelijkheid.

Toe te voegen ware een definitie van "operator". Zie voorts de opmerkingen terzake in het algemeen commentaar (zie boven).

2.3 Artikel 3

De CAVV acht het wenselijk het concept "due diligence" in de tekst van het artikel op te nemen teneinde de inspannings- en zorgvuldigheidsverplichting te onderstrepen. De thans in het artikel neergelegde verplichting tot het nemen van passende maatregelen ter preventie vormt slechts een modaliteit van "due diligence". De CAVV doet het volgende tekstvoorstel voor art. 3: "States shall exercise due diligence in order to prevent, or to minimize the risk of, significant transboundary harm".

Para. 17 van het ILC commentaar refereert aan de "operator". De CAVV verwijst naar hetgeen is opgemerkt in haar algemeen commentaar (zie boven).

2.4 Artikel 4

De plaatsing van art. 4 wordt ongelukkig geacht. De samenwerkingsverplichting ware pas te vermelden na volledige vermelding van de reeks van materiële verplichtingen in de overige artikelen.

De CAVV acht de frase "as necessary" te beperkend en geeft de voorkeur aan de woorden "where appropriate". Ook ware aan "international organizations" toe te voegen de kwalificatie "competent". Het ware wenselijk in het commentaar enkele organisaties, bijv. IAEA en IMO, met name te noemen. Ook ware in het commentaar op te nemen dat het begrip "international organizations" in deze context ook NGO's omvat.

2.5 Artikel 5

De CAVV acht het wenselijk in de tekst "monitoring mechanisms" te vervangen door "permanent monitoring mechanisms".

In para. 1 van het commentaar wordt ten onrechte geanticipeerd op de definitieve rechtsvorm van de artikelen ("becoming a party to...").

2.6 Artikel 6

De CAVV acht de plaatsing van dit artikel niet juist. Het onderbreekt de reeks van verplichtingen van staten. Beter is dat het artikel wordt ingevoegd hetzij na art. 1 hetzij aan het eind van de totale tekst.

2.7 Artikel 7

De CAVV signaleert de volgende lacunes:

- de verplichting van de staat om de activiteiten aan te wijzen die vergunningsplichtig zijn;
- lid 3 zou dienen te voorzien in een overgangperiode alvorens de bestaande activiteiten moeten voldoen aan de in de vergunning neergelegde vereisten;
- in aanvulling op lid 3 zou een verplichting voor de Staat moeten worden voorzien een halt toe te roepen aan activiteiten die zonder vergunning worden uitgevoerd;
- zowel in het huidige lid 3 als in de gewenste aanvulling ware op te nemen "suspending the authorization" naast "terminating the authorization";
- aangezien van een continue preventie en derhalve van constante monitoring sprake zou dienen te zijn, zou de geldigheidsduur van de vergunning beperkt in de tijd dienen te zijn.

De CAVV doet het volgende tekstvoorstel m.b.t. lid 2:

" The requirement of authorization established by a State shall be made applicable in respect of all pre-existing activities within the scope of the present draft articles. Authorizations already issued by the State for pre-existing activities shall be reviewed in order to comply with the present draft articles".

In de context van vergunningverlening voor bepaalde activiteiten van particuliere ondernemingen merkt de CAVV op dat er sprake zou dienen te zijn van interne notificatie, d.w.z. van ondernemingen aan de Staat.

Particuliere ondernemingen worden immers in de ontwerp-artikelen ook beschermd (vide ontwerp-artikel inzake "industrial secrets"); zij hebben dus ook zekere plichten.

Mede in het licht van art. 5 dient de Staat, naar het oordeel van de CAVV, de nodige regelgeving tot stand te brengen er toe strekkend dat particuliere ondernemingen de Staat altijd informeren over beoogde activiteiten.

2.8 Artikel 8

De CAVV stelt voor ook in dit artikel (evenals in art. 7) "authorization" te kwalificeren met de toevoeging "prior".

De CAVV heeft een voorkeur voor het opnemen van een annex die de (minimale) inhoud van een Milieu Effect Rapportage beschrijft. Het artikel zou dan naar deze Annex dienen te verwijzen.

2.9 Artikel 9

De CAVV stelt voor om, naar het voorbeeld van de Rio Declaration, het element van "public participation in decision-making" op te nemen. Eveneens stelt zij voor de in dit artikel beoogde informatievoorziening en het inwinnen van de standpunten van het grote publiek te koppelen aan de vergunning, bijv. door de toevoeging "prior to any authorization".

2.10 Artikel 10

De CAVV constateert dat de frase "notification thereof" in lid 1 voor tweeërlei uitleg vatbaar is. Slaat deze uitsluitend op het omschreven risico of tevens op de resultaten van de "assessment"? De CAVV suggereert e.e.a. te expliciteren, enerzijds door toevoeging van het woordje "all" bij "other relevant information" en anderzijds door "thereof" te omschrijven nl. "of the risk and the assessment".

De CAVV adviseert dat in het commentaar bij ontwerp-art. 10 ook verwezen wordt naar de Lac Lanoux zaak.

Art. 10 lid 1 spreekt van de plicht tot notificatie aan "the States likely to be affected", terwijl het bijbehorend commentaar (para. 9) erkent dat niet in alle gevallen de Staat van oorsprong bij machte zal zijn al deze Staten te identificeren. Deze situatie hangt samen met het door de CAVV reeds gesignaleerde ontbreken in de tekst van een verwijzing naar het risico van schade aan gemeenschappelijke gebieden (zie hierboven para. 1.2 : Algemeen commentaar).

2.11 Artikel 11

2.11.1 Lid 1

Terwijl art. 10 rept van notificatie hangende enigerlei beslissing inzake vergunningverlening, spreekt het commentaar bij art. 11 lid 1 over consultaties (logischerwijze volgend op notificatie) hetzij voorafgaand aan vergunningverlening hetzij in een later stadium (i.c. op een moment dat de risicovolle activiteit reeds wordt uitgevoerd). De CAVV adviseert toevoeging van een bepaling langs de volgende lijnen: "Such consultations should take place preferably prior to authorization". Een dergelijke formule beschermt naar het oordeel van de CAVV niet alleen de belangen van de Staat "likely to be affected" maar ook indirect die van de Staat van oorsprong.

2.11.2 Lid 2

Geen commentaar.

2.11.3 Lid 3

De CAVV heeft kennis genomen van de afwijkende mening van één lid van de ILC, weergegeven in para. 12 van het commentaar, nl. dat de procedure van een onafhankelijke fact-finding commission, zoals voorzien in ontwerp-art. 17, de voorkeur verdient boven een eenzijdig besluit van de Staat van oorsprong om tot de beoogde activiteiten over te gaan, indien de consultaties hebben gefaald. De CAVV constateert dat inschakeling van een fact finding mechanisme voor het doel van art. 11 dient te worden beschouwd als een op zich zelf staand mechanisme, te onderscheiden -zowel inhoudelijk als chronologisch- van het fact finding mechanisme voorzien in ontwerp-art. 17. Deze constatering laat overigens onverlet het oordeel van de CAVV over de voorziene fact-finding commission (zie hieronder ad art. 17).

2.12 Artikel 12

De CAVV is van oordeel dat het feit dat de Staat van oorsprong een economisch belang heeft bij de voorgenomen activiteiten meegewogen dient te worden in de toepassing van art. 12.

ad (a) iuncto (c):

De CAVV is van oordeel dat het onderscheid tussen sub-para. (a) en sub-para. (c) verduidelijking behoeft.

ad (b), (d) en (e):

geen commentaar

2.13 Artikel 13

geen commentaar

2.14 Artikel 14

Zoals reeds opgemerkt in het algemeen commentaar, ontbreekt een regeling, waaronder informatie-uitwisseling, m.b.t. noodsituaties.

2.15 Artikel 15

Zoals reeds gesignaleerd in het algemeen commentaar zou de positie van de "operators" verspreid over de tekst verduidelijkt dienen te worden. Ook in de context van art. 15 is de positie van de "operator" relevant.

2.16 Artikel 16

De CAVV acht dit ontwerp-artikel in zijn huidige vorm minimaal. De essentie, nl. dat de Staat van oorsprong toegang verleent tot rechterlijke en andere procedures, dient een veel prominenter plaats te krijgen in het artikel en dient vooraf te gaan aan de verwijzing naar het non-discriminatie beginsel.

De CAVV suggereert het element van litispending te introduceren in de tekst, waarbij bijv. gedacht zou kunnen worden aan de procedure voor het World Bank Inspection Panel. Ook een ruimere non-discriminatie bepaling (zowel m.b.t. toegang tot de rechter als m.b.t. rechtsherstel) zoals in de Watercourses Convention is verhelderend. In dit licht adviseert Nederland de toevoeging "Without prejudice to other (internationally foreseen) procedures and other mechanisms of relief ..." in plaats van "Unless the States concerned have agreed otherwise..." en voorts vervanging van de frase "to seek protection..." door "to obtain protection...".

N.a.v. dit ontwerp-artikel herinnert de CAVV eraan dat in een eerdere versie van het ontwerp (nl. de door een Werkgroep van de ILC in 1996 opgestelde ontwerp-artikelen; zie General Assembly Official Records, fifty-first session, supplement no. 10 (A/51/10)) een ontwerp-artikel was opgenomen inzake "Nature and Extent of Compensation or Other Relief". De CAVV geeft in overweging dat dit artikel weer wordt opgenomen, en wel na art. 16.

2.17 Artikel 17

In de eerste plaats zie het commentaar van de CAVV ad art. 11 lid 3.

In het algemeen commentaar heeft de CAVV reeds opgemerkt dat de beoogde geschillenbeslechtsprocedure voor versterking vatbaar is. Zo signaleert de CAVV dat in dit ontwerp-artikel de procedure van aanwijzing van een fact-finding commission zwak geformuleerd is. Als voorbeeld zou kunnen dienen de geschillenbeslechtsbepaling in de Watercourses Convention (art. 33), waar de voorziene bevoegdheden van de fact-finding commissie aanzienlijk verder reiken, nl. ook het doen van voorstellen voor conciliatie. Ook aanpassing van de tijdslijmiet alvorens tot deze procedure wordt overgegaan ware wenselijk, bijv. drie maanden naar het voorbeeld van UNCLOS.

=====

Den Haag,
16 december 1999