

**COMMISSIE VAN ADVIES  
INZAKE  
VOLKENRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN**



**RAPPORT VAN DE COMMISSIE VAN ADVIES  
INZAKE VOLKENRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN MET BETREKKING TOT  
DE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES**

**No. 1568**

**'s-Gravenhage, 21 december 1992**

## **ADVIES INZAKE DE ONTWERP-ARTIKELEN BETREFFENDE 'THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF INTERNATIONAL WATERCOURSES'**

### **DEEL I. INLEIDING**

I.1. Bij brief van 5 maart 1992, nr. 71965 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken de Commissie verzocht een advies uit te brengen terzake van de ontwerp-artikelen inzake 'The Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses', zoals deze door de International Law Commission in 1991 in eerste lezing zijn aanvaard. Aanleiding voor de adviesaanvraag is het besluit van de ILC, in overeenstemming met de artikelen 16 en 21 van haar Statuut, de ontwerp-artikelen, via de Secretaris-Generaal van de Verenigde Naties, aan de lidstaten voor te leggen voor commentaar. De Secretaris-Generaal heeft bij schrijven van 21 december 1991 verzocht dit vòòr 1 januari 1993 aan te leveren.

I.2. Daartoe in 1970 verzocht door de Algemene Vergadering, heeft de ILC de ontwerp-artikelen inzake 'The Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses' in 1971 in haar werkprogramma opgenomen. Het onderwerp is behandeld door vier Speciale Rapporteurs: Kearney, Schwebel, Evensen en McCaffrey. Tijdens haar 43e zitting in 1991 heeft de ILC de ontwerp-artikelen in eerste lezing aangenomen. Inmiddels heeft de ILC tijdens haar 44e zitting in 1992 besloten dat zij zal pogen de tweede lezing van de ontwerp-artikelen af te ronden in 1994.

I.3. Het ontwerp bevat 32 artikelen, ondergebracht in vijf delen. Deel I bevat artikelen betreffende de reikwijdte, definities en specifieke overeenkomsten betreffende waterlopen. Deel II bevat algemene beginselen. De bepalingen van Deel III betreffen voorgenomen maatregelen en activiteiten. Deel IV betreft bescherming en behoud van internationale waterlopen. Deel V bevat een aantal bepalingen van verschillende aard.

I.4. In dit advies zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de volgende aspecten. In deel II zal een aantal algemene opmerkingen betreffende de ontwerp-artikelen worden gemaakt. In deel III zal een artikelsgewijs commentaar worden gegeven. In deel IV zullen de vier vragen waarvoor de Minister van Buitenlandse Zaken in zijn adviesaanvraag bijzondere aandacht heeft gevraagd worden behandeld.

### **DEEL II. ALGEMENE OPMERKINGEN**

II.1. Alvorens in Deel III het ontwerp artikelsgewijs te bespreken wenst de Commissie een aantal algemene opmerkingen te maken. Deze betreffen achtereenvolgens de algemene beoordeling, de aard van het instrument dat na goedkeuring in tweede lezing zal worden voorgesteld, de consistentie van de ontwerp-artikelen en een aantal niet in de ontwerp-artikelen geregelde onderwerpen.

## Algemene beoordeling

II.2. In algemene zin is de Commissie van mening dat de ontwerp-artikelen in positieve zin dienen te worden beoordeeld. De ILC heeft de op deze complexe materie van toepassing zijnde regels op een in het algemeen zeer adequate wijze geformuleerd.

II.3. In meer concrete zin merkt de Commissie op dat de beoordeling van het ontwerp als geheel alsmede van de afzonderlijke ontwerp-artikelen in belangrijke mate afhangt van de vraag of het ontwerp dient te worden beschouwd als een ontwerp-aanbeveling of -verklaring, dan wel als een ontwerp-verdrag. Zoals in par. II.4 nader uiteengezet zal worden, adviseert de Commissie dat de eerste van deze opties de voorkeur heeft. Indien de ontwerp-artikelen als zodanig worden beschouwd, acht de Commissie het ontwerp in hoofdzaak bevredigend en kan het met enige aanpassingen worden afgerond. Het navolgende deel van het advies stelt de voornaamste onderdelen die aanpassing behoeven aan de orde. Voor het geval echter dat uiteindelijk wordt besloten de ontwerp-artikelen om te vormen tot een verdragstekst, merkt de Commissie op dat in dat geval ook andere onderdelen van het ontwerp aanpassing behoeven en dat de tekst vanuit dat gezichtspunt opnieuw bezien zal dienen te worden.

## Aard van het instrument

II.4. Zoals reeds vermeld in par. II.3 adviseert de Commissie dat de ontwerp-artikelen niet worden omgevormd tot een juridisch bindend instrument, doch dat zij door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties worden aangenomen als aanbeveling.

De Commissie erkent dat een aantal argumenten een keuze voor een verdragsvorm zou ondersteunen. De toepasselijkheid van juridisch bindende regels inzake het gebruik van internationale waterlopen zou in een aantal gevallen kunnen bijdragen aan een verduidelijking van de rechten en verplichtingen van oeverstaten en zou daarmee een bijdrage kunnen leveren aan interstatelijke overeenstemming over het gebruik van internationale waterlopen. Op althans een aantal onderdelen lijkt de door de ontwerp-artikelen bestreken materie voldoende uitgekristalliseerd om in verdragsbepalingen te worden geregeld.

De Commissie kent echter meer gewicht toe aan de argumenten die pleiten voor een niet juridisch bindende vorm. In het bijzonder betwijfelt de Commissie of de materie zich leent voor een mondiaal verdrag dat in voldoende mate van specificiteit de rechten en verplichtingen van staten definieert. In het licht van de verschillen tussen rivieren, de grote belangtegenstellingen tussen benedenstroomse en bovenstroomse staten, alsmede de grote verschillen tussen regio's zal overeenstemming over een kaderverdrag waarvan de bepalingen althans enige specificiteit hebben niet eenvoudig bereikt worden. Om deze redenen geeft de Commissie in overwegende mate de voorkeur aan het opnemen van de ontwerp-artikelen in een aanbeveling, die richtlijnen geeft voor te sluiten bindende overeenkomsten voor afzonderlijke stroomgebieden.

II.5. In dit verband merkt de Commissie op dat de keuze voor een aanbeveling niet uitsluit dat onderdelen van de ontwerp-artikelen reeds kunnen worden beschouwd als een weergave van geldend gewoonterecht.

### **Consistentie**

II.6. De Commissie constateert dat de ontwerp-artikelen in een aantal gevallen op een inconsistente wijze zijn geformuleerd. In enkele gevallen lijken voor verschillen in formuleringen geen goede redenen aan te geven. In een aantal andere gevallen zijn dergelijke redenen mogelijk wel aanwezig, maar wordt op dit punt geen afdoende duidelijkheid verschaft door het commentaar op de ontwerp-artikelen.

In het bijzonder betreft dit de wijze waarop verplichtingen zijn gekwalificeerd. Niet altijd is duidelijk waarom in onderscheiden artikelen verschillende adjectieven zijn gebruikt teneinde verplichtingen te kwalificeren. Zo verplicht artikel 21 lid 2 tot het voorkomen van 'appreciable harm', strekt artikel 24 tot het voorkomen van omstandigheden die 'harmful' zijn en heeft artikel 25 betrekking op situaties waarin 'serious harm' kan ontstaan. In een aantal gevallen zijn de redenen voor verschillende drempels duidelijk aangegeven en overtuigend (bijvoorbeeld in het geval van de drempel voor notificatie in artikel 12), doch in andere gevallen ontbreekt een bevredigende toelichting.

Naar de mening van de Commissie zou het de duidelijkheid van de ontwerp-artikelen ten goede komen indien een consistente terminologie wordt gehanteerd. Het zou de voorkeur verdienen indien telkens als een afwijkende formulering wordt gebruikt in het commentaar wordt aangegeven waarom hiervoor gekozen is en wat de consequenties voor de inhoud en de omvang van de verplichtingen zijn.

### **Niet geregelde onderwerpen**

II.7. De Commissie is van oordeel dat een aantal onderwerpen in het ontwerp ten onrechte niet geregeld is. Naast het ontbreken van een bepaling inzake milieu-effect rapportage (zie Deel IV) betreft dit in het bijzonder bepalingen inzake geschillenbeslechting.

II.8. De Commissie ervaart het als een gemis dat de ontwerp-artikelen geen bepaling bevatten inzake geschillenbeslechting. Gezien het feit dat de ontwerp-artikelen, indien zij worden beschouwd als aanbeveling, als voorbeeld dienen voor verdragen die voor afzonderlijke waterlopen worden uitgewerkt, acht de Commissie een verwijzing naar het opnemen van passende en effectieve geschillenbeslechtingsregelingen essentieel.

## **DEEL III. ARTIKELSGEWIJS COMMENTAAR**

### **Artikel 1: Scope of the present articles**

III.1. Met betrekking tot het begrip 'uses of international watercourses' acht de Commissie het wenselijk in het commentaar bij de ontwerp-artikelen aan te geven dat dit begrip in

brede zin dient te worden geïnterpreteerd. Hoewel bijvoorbeeld bedijking door een bovenstroomse staat teneinde mogelijke schade aan land tegen te gaan zeer wel invloed kan hebben op het gebruik van water in een benedenstroomse staat is het als zodanig niet te beschouwen als een 'use' in de zin van artikel 1. Gezien het nauwe verband tussen een dergelijke activiteit en de materie die door de ontwerp-artikelen wordt geregeld zou een aanpassing van het commentaar in deze zin wenselijk zijn.

#### **Artikel 2: Use of terms**

III.2. Met betrekking tot artikel 2 sub b merkt de Commissie op dat toepassing van het begrip 'watercourse' in de praktijk tot onduidelijkheden aanleiding kan geven. Volgens deze definitie zouden bijvoorbeeld de Rijn en de Maas, die uiteindelijk in een bassin vloeien, als één waterloop dienen te worden beschouwd. Weliswaar kunnen oeverstaten overeenkomstig artikel 3 zelf definiëren op welke schaal zij wensen samen te werken, maar in de afwezigheid van dergelijke afspraken zal althans een aantal van de verplichtingen uit de ontwerp-artikelen op de waterloop als geheel van toepassing zijn. Enkele leden van de Commissie stellen voor om de definitie aldus te wijzigen, dat waterlopen die in hoofdzaak een eigen loop hebben maar wel in een gezamenlijk bassin vloeien voor het doel van de ontwerp-artikelen als gescheiden waterlopen worden beschouwd. Andere leden stellen voor de woorden 'and flowing into a common terminus' te schrappen. De Commissie erkent echter dat hiermee tegelijkertijd een beperkend element verloren gaat.

III.3. De Commissie merkt op dat dit artikel niet definieert waar een waterloop zeewaarts ophoudt. In voorkomend geval kan dit van belang zijn voor de reikwijdte van de ontwerp-artikelen, en het ware wenselijk geweest hierop althans in het commentaar in te gaan.

#### **Artikel 3: Watercourse agreements**

III.4. De Commissie constateert dat indien de ontwerp-artikelen uiteindelijk als verdrag zullen worden voorgelegd ter ondertekening, de woorden 'apply' in lid 1 en 'application' in lid 3 overbodig zijn en dienen te worden geschrapt. In geval van een aanbeveling bestaat er geen bezwaar tegen ze te handhaven.

#### **Artikel 6: Factors relevant to equitable and reasonable utilization**

III.5. De Commissie constateert dat het criterium 'potential uses of the watercourse' in artikel 6 lid 1 sub d ongeclausuleerd is. Zij acht het van belang te benadrukken dat niet elk denkbaar toekomstig gebruik in de belangenafweging op grond van artikel 6 volwaardig kan worden meegewogen. Alleen potentiële gebruiken die binnen afzienbare tijd uitvoerbaar kunnen worden geacht komen hiervoor in aanmerking.

#### **Artikel 7: Obligation not to cause appreciable harm**

III.6. Met betrekking tot dit artikel acht de Commissie het

wenselijk dat in het commentaar uitdrukkelijk wordt aangegeven dat dit een 'due diligence' verplichting betreft, en aldus geen risico-aansprakelijkheid inhoudt. Een dergelijke verduidelijking is overigens wel reeds opgenomen in het commentaar bij een aantal andere artikelen, in het bijzonder 21 lid 2, 24 en 28 lid 1.

#### **Artikel 10: Relationship between uses**

III.7. Naar de mening van de Commissie dienen de woorden 'or custom' in lid 1 van dit artikel geschrapt of althans gekwalificeerd te worden. In de huidige formulering kan artikel 10 leiden tot een absolute prioriteit van bestaande gebruiken boven nieuwe gebruiken. In algemene zin acht de Commissie dit een onwenselijke constructie. Bovendien zou een dergelijke prioriteit in strijd zijn met artikel 6 lid 1, dat bepaalt dat bestaande gebruiken slechts één van de factoren zijn die in aanmerking dienen te worden genomen.

Dit is vanzelfsprekend anders indien de bescherming van het bestaande gebruik zou berusten op een regel van (regionaal) gewoonterecht. Eventueel zou het commentaar hierin afzonderlijk kunnen voorzien.

#### **Artikel 13: Period for reply to notification**

III.8. Enkele leden van de Commissie merken op dat de termijn van zes maanden waarbinnen volgens dit artikel een genotificeerde staat dient te antwoorden op een notificatie in bepaalde gevallen te kort kan zijn, en om die reden te weinig bescherming zal bieden aan staten die mogelijk nadelige effecten zullen ondervinden van door een andere staat voorgenomen activiteiten. Dit kan zich in het bijzonder voordoen in gevallen waarbij de genotificeerde staten ontwikkelingslanden zijn. Een uitzonderingsclausule voor dergelijke gevallen is naar het oordeel van deze leden gewenst.

#### **Artikel 16: Absence of reply to notification**

III.9. Met betrekking tot dit artikel merkt de Commissie op dat het onvoldoende duidelijk is wat de gevolgen zijn voor de aansprakelijkheid van een notificerende staat indien een genotificeerde staat niet op de notificatie reageert. Volgens dit artikel behoudt de genotificeerde staat de mogelijkheid de notificerende staat aansprakelijk te stellen op grond van artikel 5 en/of 7. Volgens het commentaar kan stilzwijgen van de genotificeerde staat echter geïnterpreteerd worden als stilzwijgende instemming. Uitgaande van dit standpunt lijkt het inconsistent deze staat later alsnog de mogelijkheid te geven een beroep te doen op ontwerp-Artikelen 5 of 7 indien de notificerende staat de activiteiten uitvoert in overeenstemming met de notificatie.

De Commissie is van oordeel dat de procedurele verplichtingen van artikelen 12 en volgende in beginsel de materiële verplichtingen van artikelen 5 en 7 onaangetaast laten. In dit opzicht dient de door de ILC voorgestelde regeling in stand te blijven. Vanzelfsprekend kan het uitblijven van antwoord op een notificatie wel van invloed zijn op de mate waarin de notificerende staat kan voorzien of de voorgenomen activiteit

schade zal veroorzaken, en daarmee op de mate waarin hij aansprakelijk kan worden gehouden.

De Commissie acht het wenselijk dat in het commentaar bij artikel 16 wordt duidelijk gemaakt dat stilzwijgen niet zonder meer kan worden geïnterpreteerd als instemming.

#### **Artikel 20: Protection and preservation of ecosystems**

III.10. Wat ontwerp-Artikel 20 betreft merkt de Commissie allereerst op dat de verhouding met de overige in Deel IV opgenomen ontwerp-artikelen verduidelijking behoeft. Uit het commentaar ('In view of the general nature of the obligation contained in this Article, the Commission was of the view that it should precede the more specific articles in Part IV') zou kunnen worden afgeleid dat het artikel niet bedoeld is afzonderlijke subjectieve rechten te verlenen, doch slechts dient ter inleiding van de overige bepalingen van Deel IV. De Commissie is van oordeel dat er behoefte is aan een zelfstandige verplichting tot bescherming van ecosystemen van internationale waterlopen, in aanvulling op de verplichtingen die voortvloeien uit de volgende en meer specifieke bepalingen van deel IV. Onder meer dient deze verplichting ter bescherming van flora en fauna, waaronder begrepen de instandhouding van de diversiteit van soorten, ook voor zover deze niet gewaarborgd is door de verplichting tot het voorkomen van verontreiniging.

III.11. De Commissie constateert dat artikel 20 in algemenere termen is geformuleerd dan artikel 21 lid 2. In het bijzonder bevat het geen beperkende clause als 'appreciable harm'. Indien inderdaad beoogd wordt aan artikel 20 afzonderlijke betekenis toe te kennen acht de Commissie het van belang de reikwijdte van de verplichting nader aan te geven, alsmede de redenen voor eventuele verschillen met artikel 21 lid 2.

III.12. Een hiermee samenhangende opmerking is dat een definitie van 'ecosysteem' uitsluitend in het commentaar opgenomen is. Hiermee wijkt dit artikel af van de overige ontwerp-Artikelen, waarbij termen die van bepalend belang zijn voor de inhoud van verplichtingen in de ontwerp-artikelen zelf zijn gedefinieerd. Indien artikel 20 inderdaad wordt opgevat als een bepaling die tot afzonderlijke subjectieve rechten kan leiden, en in het bijzonder indien de ontwerp-artikelen uiteindelijk tot een verdrag zullen leiden, acht de Commissie het van belang de term 'ecosysteem' nader te definiëren.

#### **Artikel 21: Prevention, reduction and control of pollution**

III.13. Een opmerking van redactionele aard betreft de doelstelling van artikel 21 lid 2. Naar de mening van de Commissie dient de verplichting '[to] prevent, reduce and control pollution' vervangen te worden door '[to] prevent, reduce or control', aangezien deze maatregelen niet tegelijkertijd genomen kunnen worden.

III.14. De Commissie acht het van belang de met betrekking tot artikel 7 gemaakte opmerking inzake het 'due diligence' karakter van de verplichting ook op artikel 21 lid 2 van toepassing te verklaren. Het commentaar op artikel 21 lid 2 lijkt het

'due diligence' element te beperken tot de verplichting '[to] .. reduce and control pollution..', waarbij onduidelijk is of voor de preventie een andere standaard van toepassing is. Verduidelijking dat ook in dit geval geen sprake is van risico-aansprakelijkheid wordt wenselijk geacht.

#### **Artikel 24: Prevention and mitigation of harmful consequences**

III.15. Zoals reeds vermeld in Deel II van dit advies constateert de Commissie dat, in tegenstelling tot artikel 21 lid 2, deze verplichting niet beperkt is tot een verbod tot het veroorzaken van 'appreciable harm' maar betrekking heeft op alle 'harmful consequences'. De Commissie acht verduidelijking van de reden voor dit onderscheid gewenst.

III.16. Mede in het licht van de afwijkende redactie, acht de Commissie het onderscheid tussen de verplichtingen van artikel 21 lid 2 (in het bijzonder waar deze zich ook uitstrekt over 'harm to human health or safety') en artikel 24 (in het bijzonder waar deze 'water-borne diseases' betreft) onvoldoende duidelijk. De Commissie acht het wenselijk de toepassing van artikel 24 duidelijker te beperken tot schade die door andere oorzaken dan verontreiniging wordt veroorzaakt. Tevens dienen naar het oordeel van de Commissie de verplichtingen die gelden ten aanzien van beide oorzaken van schade geharmoniseerd te worden.

#### **Artikel 25: Emergency situations**

III.17. De redactionele opmerking gemaakt met betrekking tot artikel 21 lid 2 is ook hier van toepassing: het woord 'and' in 'prevent, mitigate and eliminate pollution' zou vervangen dienen te worden door 'or'.

#### **Artikel 26: Management**

III.18. De Commissie merkt op dat artikel 26 niet verwijst naar de wenselijkheid of noodzaak de samenwerking tussen oeverstaten te institutionaliseren. In het licht van het belang dat in de praktijk wordt toegekend aan instituties, zoals rivier-commissies, ervaart de Commissie dit als een gemis. In het bijzonder indien de ontwerp-artikelen worden omgevormd tot een aanbeveling, acht de Commissie het wenselijk artikel 26 op dit punt aan te passen, door althans te verwijzen naar de mogelijkheid samenwerking te institutionaliseren en het 'joint mechanisms' een nadere invulling te geven opdat uitdrukkelijk wordt voorzien in de oprichting van rivier-commissies en eventuele andere institutionele regelingen.

#### **Artikel 27: Regulation**

III.19. Naar de mening van de Commissie dienen de woorden 'where appropriate' in het eerste lid van dit artikel geschrapt te worden daar zij een ongewenste beperking van de reikwijdte van de verplichting tot samenwerking met zich mee brengen.



III.20. Een opmerking van redactionele aard is dat het de voorkeur zou hebben de definitie die thans opgenomen is in het derde lid, overeenkomstig bijvoorbeeld de redactie van artikel 21, op te nemen in het eerste lid.

**Artikel 29: International Watercourses and installations in time of armed conflict**

III.21. Naar de mening van enkele leden van de Commissie is deze bepaling overbodig. Gezien het feit dat het artikel niet beoogt nieuwe verplichtingen op te leggen aan staten en alleen dient ter herinnering aan de toepasselijkheid van het recht inzake gewapend conflict zal het ontwerp-Artikel geen praktische implicaties hebben. Ook kan betwijfeld worden of oeverstaten van internationale waterlopen in specifieke overeenkomsten die zij sluiten ter uitvoering van het kaderverdrag dat de ontwerp-artikelen beogen te zijn, deze bepaling zullen uitwerken. Volgens deze leden verdient het de voorkeur artikel 29 te schrappen.

**Artikel 30: Indirect procedures**

III.22. De Commissie acht de voorgestelde formulering van deze bepaling onbevredigend. In het bijzonder de kwalificatie die wordt toegevoegd door de afsluitende woorden 'accepted by them' kunnen aan de verplichting elke praktische betekenis ontnemen. De verplichting zou versterkt worden indien deze woorden vervangen worden door 'available to them'. Een alternatieve mogelijkheid is de laatste drie woorden in het geheel te schrappen.

**Artikel 32: Non-discrimination**

III.23. De Commissie constateert dat artikel 32 een zeer beperkte strekking heeft. Het artikel voorziet alleen in een verbod op discriminatie bij de toegang tot rechterlijke of administratieve procedures, maar bepaalt niet dat er ook daadwerkelijk toegang moet zijn. De Commissie acht het wenselijk artikel 32 aan te passen teneinde te verzekeren dat er nationaal-rechtelijke procedures zijn die voorzien in een recht op toegang tot procedures en eventueel in een recht op compensatie. Dit zou de ontwerp-artikelen tevens meer in overeenstemming brengen met Espoo Verdrag inzake milieu-effect rapportage.

**DEEL IV.: AANDACHTSPUNTEN IN DE ADVIESAANVRAAG**

IV.1. In zijn adviesaanvraag vestigt de Minister van Buitenlandse Zaken de aandacht op een viertal onderwerpen die voor Nederland van bijzonder belang kunnen worden geacht. Ten dele zijn deze onderwerpen in het artikelsgewijs commentaar reeds aan de orde gesteld, in welk geval hiernaar zal worden verwezen. Ten dele ook vragen deze onderwerpen om enige aanvullende opmerkingen.

## **Samenwerkingsverplichtingen en institutionele regelingen**

IV.2. De Commissie acht de samenwerkingsverplichtingen in de ontwerp-artikelen in hoofdzaak bevredigend. Met betrekking tot artikelen 13 en 16 zijn in Deel III van dit advies reeds enige kanttekeningen geplaatst.

IV.3. De Commissie constateert dat ontwerp-artikelen 11 tot en met 19 inzake procedurele rechten en verplichtingen die van toepassing zijn indien een staat voornemens is activiteiten te ondernemen welke grensoverschrijdende effecten kunnen hebben tot op zekere hoogte overlappen met de verplichtingen die worden opgelegd door het Verdrag inzake Milieu-effectrapportage in Grensoverschrijdend Verband, Espoo, 27 februari 1991 (Espoo Verdrag). Op onderdelen zijn deze verplichtingen niet geheel eensluidend. In de paragrafen IV.9 - IV.11 inzake de relatie met de statenpraktijk zullen hierover enige opmerkingen worden gemaakt.

IV.4. Zoals reeds opgemerkt met betrekking tot artikel 26 acht de Commissie het een gemis dat de ontwerp-Artikelen bijzonder weinig bepalingen bevatten inzake institutionele regelingen. De Commissie is van oordeel dat de ontwerp-artikelen op dit punt bijgesteld moeten worden. In dit verband kan ook gewezen worden op het Verdrag betreffende de Bescherming en het Gebruik van Grensoverschrijdende Waterlopen en Internationale Meren, 18 maart 1992, Helsinki (Verdrag van Helsinki), dat uitdrukkelijk voorziet in de 'establishment of joint bodies', en daar bovendien een aantal functies aan toekent.

### **De begrippen 'billijk gebruik' en 'verontreiniging'**

IV.5. Afgezien van de in Deel III van dit advies gemaakte kanttekeningen acht de Commissie de bepalingen inzake billijk gebruik (artikelen 5 en 6) en verontreiniging (in het bijzonder artikel 21) bevredigend. De Commissie acht het echter wenselijk een nadere opmerking te maken inzake de relatie tussen deze bepalingen.

De door de ILC voorziene regeling geeft prioriteit aan artikel 21 boven het beginsel van billijk gebruik. Artikel 21 lid 2 laat geen uitzondering voor aanmerkelijke schade die wel in overeenstemming zou zijn met het beginsel van billijk gebruik. De Commissie stemt in met deze constructie. Het belang dat thans in veel internationale kaders wordt toegekend aan het voorkomen van grensoverschrijdende waterverontreiniging lijkt moeilijk verenigbaar met een regeling die dergelijke verontreiniging, ook indien zij aanmerkelijke schade veroorzaakt, rechtmatig acht in het licht van de belangen gemoeid met de verontreiniging veroorzakende activiteit. Ook recente verdragspraktijk biedt hiervoor geen aanknopingspunt. Het Verdrag van Helsinki voorziet weliswaar in de regel van billijk gebruik, maar lijkt het verbod op aanmerkelijke schade hier niet aan te onderwerpen.

IV.6. Daarentegen acht de Commissie de verhouding tussen enerzijds de bepalingen inzake billijk gebruik en anderzijds het verbod op aanmerkelijke schade van artikel 7 minder bevredigend. Ook hierbij lijkt de ILC prioriteit te geven aan artikel

7. Dit blijkt niet alleen uit de onvoorwaardelijke formulering van artikel 7, maar ook uit het commentaar bij dit ontwerp-Artikel, dat bepaalt dat, *prima facie*, gebruik van een waterloop niet billijk is indien het aanmerkelijke schade in een andere staat veroorzaakt.

Deze keuze heeft als voordeel dat een zekere objectiviteit wordt verkregen. Artikel 7 is in aanzienlijk minder flexibele termen geformuleerd dan artikel 5. Indien 'appreciable harm' wordt veroorzaakt komt een belangenafweging onder artikel 5 niet meer aan de orde. Een aantal mogelijke gevolgen van deze regeling dient echter onder de aandacht te worden gebracht. Aangezien bestaand gebruik van een waterloop beschermd is tegen aanmerkelijke schade die door nieuwe activiteiten kan worden toegebracht, lijken de ontwerp-Artikelen prioriteit toe te kennen aan bestaande gebruiken boven nieuwe gebruiken. Mede hierdoor lijkt de positie van de benedenstroomse staat aanzienlijk sterker te worden dan hij zou zijn onder het beginsel van billijk gebruik. Voorts heeft, indien wordt aanvaard dat het vaststellen van onrechtmatigheid op grond van artikel 7 in strijd kan zijn met de uitkomst die op grond van artikel 5 zou worden bereikt, de voorgestelde regeling als mogelijk ongewenst gevolg dat de ontwerp-Artikelen een uitkomst voorschrijven die 'onbillijk' is. Tot slot wijkt de gekozen constructie af van wat volgens veel schrijvers het gewoonterecht terzake is, zoals dit is verwoord in de Helsinki Rules van de ILA van 1966, die het beginsel van billijk gebruik prioriteit geven. In het licht van deze overwegingen acht de Commissie het wenselijk de verhouding tussen artikelen 5 en 7 aan te passen met het oogmerk dat 'appreciable harm' wordt toegestaan indien verenigbaar met het beginsel van billijk gebruik.

#### **Milieu-effect rapportage**

IV.7. De Commissie stelt vast dat het ontwerp geen expliciete bepaling inzake milieu-effect rapportage bevat. Een aantal bepalingen is in dit verband echter van belang. In het bijzonder de bepalingen inzake notificatie en consultatie (zie par. IV.3), die ertoe strekken de grensoverschrijdende effecten van voorgenomen maatregelen vast te stellen, kunnen als onderdeel van milieu-effect rapportage procedures worden beschouwd.

IV.8. De Commissie ervaart het als een gemis dat de ontwerp-artikelen geen uitdrukkelijke bepaling inzake milieu-effect rapportage bevatten. Het is wenselijk een bepaling van algemene aard op te nemen waarin milieu-effect rapportage wordt aanbevolen.

#### **Statenpraktijk**

IV.9. De Commissie constateert dat een aantal ontwerp-artikelen betrekking heeft op onderwerpen die thans reeds geregeld worden door verdragsverplichtingen. Hierboven is reeds een aantal malen verwezen naar verschillen tussen de ontwerp-artikelen enerzijds en met name het Espoo Verdrag en het Verdrag van Helsinki anderzijds. Een aantal van deze verschillen kunnen worden beschouwd als verbeteringen.

IV.10. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 12, dat verplicht tot notificatie ingeval van de mogelijkheid van 'appreciable adverse effects' in andere staten. Dit criterium wijkt af van het criterium 'appreciable harm', dat onder ontwerp-Artikelen 7 en 21 lid 2 bepalend is voor de rechtmatigheid van activiteiten. Gelijkstelling van de criteria zou tot de ongewenste situatie leiden dat een notificerende staat aan dient te geven dat hij voornemens is een onrechtmatige daad te plegen. Artikel 12 is hierdoor bevredigender dan de overeenkomstige bepalingen van het Espoo Verdrag, dat de verplichting dat 'significant adverse transboundary impact from proposed activities' dienen te worden voorkomen koppelt aan een notificatie verplichting voor activiteiten die 'significant adverse transboundary impacts' met zich mee kunnen brengen.

IV.11. Op andere punten wijken de ontwerp-artikelen in ongunstige zin af van bestaande verdragen. Dit geldt voor artikel 32, dat minder bescherming biedt aan het publiek dan het Espoo Verdrag, voor ontwerp-Artikel 26, dat door het ontbreken van een bepaling inzake geïnstitutionaliseerde samenwerking in negatieve zin afwijkt van het Verdrag van Helsinki, alsmede voor het ontbreken van verwijzingen naar het voorzorgsbeginsel (dat wel in het Verdrag van Helsinki is opgenomen) en milieueffect rapportages (die uiteraard in het Espoo Verdrag maar ook in het Verdrag van Helsinki zijn voorzien).