



COMMISSIE VAN ADVIES INZAKE VOLKENRECHTELIJKE VRAAGSTUKKEN

Advisory Committee on Issues of Public International Law

ADVIES INZAKE

**De ontwerprichtlijnen van de ILC over de
voorlopige toepassing van verdragen**

CAVV ADVIES NR. 33

DEN HAAG

MEI 2019

Leden Commissie van Advies Inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken

Prof. dr. L.J. van den Herik (voorzitter)

Dr. C.M. Brölmann (vicevoorzitter)

Mr. dr. R. Alebeek

Dr. G.R. den Dekker

Dr. B. van Ginkel

Dr. Mr. A.J.J. de Hoogh

Prof. dr. J.G. Lammers

Mr. A.E. Rosenboom

Prof. C. Ryngaert

Ambtelijk adviseur: prof. mr. dr. R.J.M. Lefeber

Secretarissen:

mr. V.J. de Graaf LLM en mr. F. Arichi

Secretariaat CAVV:
Postbus 20061
2500 EB Den Haag
Tel.: 070 348 4889
E-mail: djz-ir@minbuza.nl

1. INLEIDING

In augustus 2018 heeft de VN-Commissie voor Internationaal Recht ('International Law Commission', hierna: ILC¹) in eerste lezing de tekst aanvaard van de 'draft Guide to Provisional Application of Treaties', de Ontwerpleidraad inzake de Voorlopige Toepassing van Verdragen (hierna: de Ontwerpleidraad).² In zijn brief van 9 april 2019 heeft de Minister van Buitenlandse Zaken de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) verzocht advies uit te brengen over de Ontwerpleidraad.

Er is een ontwerpadvies opgesteld door Dr. Den Dekker, dat door de leden van de CAVV in schriftelijke rondes in een gedeelde email-omgeving en in de vergadering van de CAVV van 9 mei 2019 is afgestemd en besproken. Het advies is vastgesteld op 20 mei 2019.

De voorlopige toepassing van verdragen komt in de praktijk regelmatig voor. Zoals de Speciale Rapporteur van de ILC voor dit onderwerp, Juan Manuel Gómez-Robledo, opmerkt in zijn vijfde rapport,³ spelen bij de keuze voor de voorlopige toepassing van verdragen door staten en internationale organisaties verschillende factoren een rol, zoals snelheid, flexibiliteit, voorzorg, of – veelal – het vooruitlopen op de (verwachte) spoedige inwerkingtreding van het verdrag. Voorlopige toepassing van verdragen vindt meestal plaats in een bilaterale context, maar ook multilaterale verdragen kunnen voorlopig worden toegepast.⁴ Met name in de praktijk van de Europese Unie wordt de voorlopige toepassing van verdragen ook wel gebruikt als instrument vanwege de effecten die het in de nationale rechtsordes teweegbrengt. Algemeen gesproken laat de statenpraktijk vooral voorbeelden zien van voorlopige toepassing van verdragen op het gebied van handel en grondstoffen.

Ook Nederland past verdragen voorlopig toe. Dit gebeurt op verschillende (beleids-) terreinen, bijvoorbeeld vervoer en ontwikkelingssamenwerking. Voorlopige toepassing

¹ De International Law Commission (ILC)

is een commissie die in 1948 in het leven is geroepen door de Verenigde Naties. De Commissie is formeel een subsidiair orgaan van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (AVVN). De Commissie zetelt in Genève en heeft momenteel 34 leden. De ILC assisteert de Algemene Vergadering bij het gevolg geven aan artikel 13 van het Handvest van de VN, op basis waarvan de AVVN aanbevelingen doet over de ontwikkeling van het internationaal recht en de codificatie daarvan.

² *Report of the International Law Commission, seventieth session (30 April – 1 June and 2 July – 10 August 2018), A/73/10, Chapter VII.*

³ Vgl. *Special Rapporteur's Fifth Report on the provisional application of treaties*, 20 februari 2018, A/CN.4/718, par. 79.

⁴ Bekende voorbeelden zijn GATT, dat tussen 1947 en 1994 voorlopig werd toegepast, alsook de *Agreement* uit 1994 met betrekking tot Deel XI van UNCLOS, en het Doha Amendement uit 2012 bij het Kyoto Protocol.

door Nederland gebeurt in de bilaterale context soms ook eenzijdig, zoals op het terrein van de sociale zekerheid.⁵

De Ontwerpleidraad bestaat in eerste lezing uit twaalf ontwerp-richtlijnen ('draft guidelines') met bijbehorend commentaar. Na de weergave van het onderwerp en doel (ontwerp-richtlijnen 1 en 2), bevat de Ontwerpleidraad een aantal inhoudelijke richtlijnen, over de wijze waarop een verdrag of een deel daarvan voorlopig kan worden toegepast door Staten en internationale organisaties (ontwerp-richtlijnen 3 en 4), de aanvang en het juridisch effect van voorlopige toepassing (ontwerp-richtlijnen 5 en 6), voorbehouden (ontwerp-richtlijn 7), aansprakelijkheid voor schending (ontwerp-richtlijn 8), beëindiging en opschorting van voorlopige toepassing (ontwerp-richtlijn 9), en de verhouding van voorlopige toepassing tot intern recht, zowel algemeen als wat betreft de bevoegdheid tot verdragsluiting, en ter zake van beperkingen van intern recht als onderdeel van consent (ontwerp-richtlijnen 10, 11 en 12).

2. Opmerkingen

De Ontwerpleidraad geeft de CAVV aanleiding tot de volgende algemene, en enkele meer specifieke, opmerkingen.

2.1. Oogmerk Ontwerpleidraad

De voornaamste beweegredenen voor het opstellen van de Ontwerpleidraad zijn het bieden van een hulpmiddel om te komen tot een voorlopige toepassing van verdragen of delen daarvan die aansluit bij de bestaande regels van internationaal recht en die het meest aangewezen is in de hedendaagse praktijk, alsook het bereiken van eenheid in terminologie omtrent (de juridische gevolgen van) voorlopige toepassing van een verdrag of een deel daarvan (algemeen commentaar ('general commentary'), 2, 6). Het komt de CAVV voor, dat deze doelstellingen niet te hoog gegrepen zijn. Veel controverse lijkt de Ontwerpleidraad niet op te roepen.

De richtlijnen zijn niet juridisch bindend (algemeen commentaar, 4). De Ontwerpleidraad is ook niet opgezet als een klassiek codificatieproject van de ILC dat beoogt uit te monden in een juridisch bindend instrument. Niettemin kan de gedachte van de ILC om met de richtlijnen voort te bouwen op bestaande regels van internationaal recht in het licht van de hedendaagse praktijk, mede gezien de praktijkvoorbeelden waar in de commentaren naar wordt verwezen, een zekere pretentie van een weergave van (bestaand) internationaal gewoonterecht niet ontzegd worden. Wat de Statenpraktijk betreft, zou de Ontwerpleidraad ook als een weergave van later gebruik in de toepassing van art. 25 Weens Verdragenverdrag kunnen worden opgevat, die voor de uitleg van dat

⁵ Vgl. bijvoorbeeld art. 35 lid 2 van het Verdrag inzake sociale zekerheid tussen het Koninkrijk der Nederlanden en Nieuw-Zeeland, 30 juni 2000, *Trb.* 2001, 102.

verdragsartikel mitsdien van belang is (*subsequent practice*, vgl. art. 31(1.b) Weens Verdragenverdrag).⁶

Er zijn naast de ontwerp-richtlijnen ook ontwerp-modelclausules ('draft model clauses') opgesteld als weergave van 'best practices' op dit terrein, die als Annex bij de Ontwerpleidraad gevoegd kunnen worden. Deze ontwerp-modelclausules (opgenomen in voetnoot 996 van het ILC rapport) zijn nogal voor de hand liggend en weinig uitgewerkt, maar hebben wat de CAVV betreft net als de Ontwerpleidraad zelf reeds zekere waarde om verwarrende terminologie voor de toekomst te helpen voorkomen. In het bijzonder de voorheen wel gebruikte aanduiding 'voorlopige inwerkingtreding' ('provisional entry into force'), maar ook aanduidingen als 'tijdelijke-' of 'interim-' verdragstoepassing, hebben verwarring gesticht over de reikwijdte en de juridische gevolgen van voorlopige toepassing van verdragen. Van betekenis is daarbij dat de ontwerp-richtlijnen ook een uniforme praktijk van internationale organisaties beogen te stimuleren.

Opvallend is nog dat de ILC niet alleen Staten en internationale organisaties, maar ook 'andere gebruikers' ('other users') behulpzaam wil zijn met de Ontwerpleidraad (algemeen commentaar, 2). Dit laatste begrip wordt in het commentaar niet nader toegelicht. Er zijn vermoedelijk rechtstoepassers zoals (inter-)nationale rechters en arbiters onder te begrijpen.

2.2. Aansluiting Ontwerpleidraad bij geldend internationaal recht

De voorlopige toepassing van verdragen is onderwerp van internationaal recht, en is reeds geregeld, zij het niet uitputtend, in artikel 25 van het Weens Verdragenverdrag van 1969 (i.w.tr. 27 januari 1980)⁷, en in artikel 25 van het Weens Verdrag inzake het verdragenrecht tussen Staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties van 1986.⁸ Het Weens Verdrag van 1986 is nog niet in werking getreden, en wordt om die reden in de ontwerp-richtlijnen neutraal gevat onder het containerbegrip 'other rules of international law'. De Ontwerpleidraad zoekt uitdrukkelijk aansluiting bij dit bestaande recht (vgl. i.h.b. ontwerp-richtlijnen 2 en 9(1,2)). Daarnaast bouwt de Ontwerpleidraad voort op bestaande regels van internationaal recht in het licht van de hedendaagse praktijk (algemeen commentaar, 4). In de ontwerp-richtlijnen wordt ook wel expliciet aansluiting gezocht bij de toepassing, "mutatis mutandis", van het Weens Verdragenverdrag c.q. van de relevante regels van internationaal recht (bijv. ontwerp-richtlijnen 7 en 9(3)).

De hedendaagse praktijk laat blijkens het commentaar bij de ontwerp-richtlijnen overigens weinig nieuws zien ten opzichte van het gecodificeerde volkenrecht. Op het punt waar

⁶ Vgl. over dit onderwerp nader het CAVV advies 'de latere overeenstemming en latere praktijk met betrekking tot de interpretatie van verdragen', advies nr. 30, november 2017.

⁷ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 23 mei 1969; i.w.tr. voor Nederland 9 mei 1985, *Trb.* 1985, 79.

⁸ Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht tussen Staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties, 21 maart 1986, *Trb.* 1987, 136.

artikel 25 van het Weens Verdragenverdrag de voorlopige toepassing van een verdrag leek te beperken tot de verhouding tussen of met de Staten die aan de onderhandelingen hebben deelgenomen ('negotiating states') – al werd dat in de praktijk al niet strikt opgevat – stelt de Ontwerpleidraad een ruimere toepassing voor, die zich uitstrekt tot alle Staten en internationale organisaties die op enig moment expliciet aangeven dat zij het betreffende verdrag of een deel daarvan voorlopig toepassen, ongeacht of zij ook in de onderhandelingsfase bij de totstandkoming van het verdrag waren betrokken.⁹ De bepaling dat 'een deel' van een verdrag voorlopig kan worden toegepast volgt de tekst van artikel 25 van de Weense verdragen (vgl. commentaar 3:4).

2.3. Kenmerken: reikwijdte en flexibiliteit

De Ontwerpleidraad is omvattend te noemen in zijn benadering van de reikwijdte van het onderwerp voorlopige toepassing van verdragen. Zo hanteren de ontwerp-richtlijnen ruime formuleringen ter zake van inwerkingtreding om daarmee niet alleen de voorlopige toepassing van een verdrag, of een deel van een verdrag, in afwachting van de inwerkingtreding van dat verdrag te bestrijken, maar ook de voorlopige toepassing van een verdrag door een Staat of internationale organisatie voor wie dat verdrag nog niet in werking is getreden. De Ontwerpleidraad zoekt met de bewoordingen "pending entry into force" zodoende aansluiting bij artikel 24 van de Weense Verdragen van 1969 en 1986, dat zowel ziet op de inwerkingtreding van het verdrag zelf als op de individuele inwerkingtreding (vgl. commentaar 3:5). De formulering "*may be provisionally applied*" in ontwerp-richtlijn 3 oogt in dat verband ook flexibeler dan "*is provisionally applied*" in art. 25 van de Weense verdragen. Verder zijn internationale organisaties als voorlopige toepassers van verdragen over de hele linie in de Ontwerpleidraad opgenomen. Ook wordt de juridische implicatie van een verdragsschending in geval van voorlopige toepassing geregeld (ontwerp-richtlijn 8), waar het onderwerp aansprakelijkheid in de Weense verdragen nog uitdrukkelijk buiten de reikwijdte werd gehouden (art. 73 Weens Verdragenverdrag; art. 74 Weens Verdrag van 1986).

Tegenover die omvattendheid staat dat de Ontwerpleidraad wordt gekenmerkt door grote flexibiliteit en weinig 'harde' richtlijnen. De juridische kerngedachten die overheersen in de Ontwerpleidraad, zijn logischerwijs die van vrijwilligheid – vrije instemming van Staten en internationale organisaties met voorlopige toepassing – en het aanvullende karakter van de Ontwerpleidraad; 'unless the treaty otherwise provides or it is otherwise agreed' is een terugkerende kwalificatie. Zelfs de op zichzelf 'harde' stelregel dat de voorlopige toepassing van (een deel van) een verdrag een 'juridisch bindende verplichting' oplevert om dat (deel van het) verdrag toe te passen alsof het verdrag van kracht is (ontwerp-richtlijn 6) vindt toepassing 'tenzij het verdrag iets anders bepaalt of er iets anders is overeengekomen'. Het uitgangspunt van de Ontwerpleidraad is daarbij dat er géén verplichting geldt voor Staten en internationale organisaties om een verdrag of een deel daarvan voorlopig toe te passen,

⁹ Het gaat daarbij om overeengekomen voorlopige toepassing ("agreed through"; "accepted by"), zodat eenzijdige verklaringen er niet onder zijn te begrijpen, zie ook de bespreking van ontwerp-richtlijn 4 hierna.

ook als het verdrag voorlopige toepassing toestaat of dit langs andere weg is overeengekomen (ontwerp-richtlijn 3 ('may'); vgl. ook algemeen commentaar, 3). Dit alles komt overeen met de heersende voluntaristische grondslag van het verdragenrecht, en sluit ook aan bij het subsidiaire karakter van de regels in de Weense Verdragen van 1969 en 1986.

Bij het geldende recht sluit ook aan dat de mogelijke vorm die de overeenstemming tot voorlopige toepassing kan krijgen maximaal flexibel is geregeld. Dit kan, aldus ontwerp-richtlijn 4, behalve in het voorlopig toegepaste verdrag zelf, ook bij afzonderlijk verdrag worden geregeld of door 'any other means or arrangements', bijvoorbeeld via resoluties onder auspiciën van internationale organisaties of intergouvernementele conferenties, of door een verklaring van een Staat of internationale organisatie die is aanvaard door de andere Staten of internationale organisaties die het aangaat.¹⁰ De Ontwerpleidraad ziet overigens niet op mogelijke rechtsgevolgen van eenzijdige verklaringen van volkenrechtssubjecten, maar gaat (in navolging van art. 25 van de Weense verdragen van 1969 en 1986) uit van overeenstemming tussen Staten en/of internationale organisaties over de voorlopige toepassing. Vanuit dezelfde gedachte van flexibiliteit (en bij gebrek aan richtinggevende statenpraktijk) ontbreekt in de regeling van de beëindiging en opschorting van voorlopige toepassing (ontwerp-richtlijn 9) een standaard kennisgevingsperiode in geval van beëindiging (die in art. 56(2) van de Weense verdragen van 1969 en 1986 wel is opgenomen).

Het tegelijkertijd streven naar een omvattende behandeling van het bestreken onderwerp en de in ogenschouw genomen situaties enerzijds en grote flexibiliteit in de toepassing van de Ontwerpleidraad anderzijds, heeft als keerzijde dat sommige ontwerp-richtlijnen erg basaal of vaag geformuleerd zijn.

Zo is bijvoorbeeld te wijzen op ontwerp-richtlijn 7, dat over voorbehouden bepaalt dat een Staat dan wel een internationale organisatie "[...] *may, when agreeing to the provisional application of a treaty or a part of a treaty, formulate a reservation purporting to exclude or modify the legal effect produced by the provisional application of certain provisions of that treaty.*" Hoewel voorlopige toepassing zich in de praktijk met name voordoet bij bilaterale verdragen, is zeker in een multilaterale context en bij verdragen waarbij zowel Staten als internationale organisaties partij kunnen zijn (bijvoorbeeld gemengde akkoorden – 'mixed agreements' – in EU-verband) aldus in theorie een lappendeken aan, het verdrag of delen van het verdrag betreffende, voorbehouden-bij-voorlopige-toepassing denkbaar, waardoor

¹⁰ Vgl. bijvoorbeeld Decision 1/CP.21 tot aanname van het Paris Agreement van 2015 door de lidstaten van de United Nations Framework Convention on Climate Change, waarin de mogelijke voorlopige toepassing van het Paris Agreement door de lidstaten bij de Convention is aanvaard. De regering van Tuvalu heeft een verklaring tot voorlopige toepassing afgelegd. (<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-7-d.en.pdf>).

flexibiliteit in de praktijk aan onwerkbaarheid zou kunnen gaan grenzen.¹¹ Verder is niet geheel duidelijk in hoeverre ontwerp-richtlijn 7 ook beoogt de regeling van de aanvaarding van bezwaren tegen voorbehouden uit artikel 20 van de Weense verdragen te ‘incorporeren’. Of dit alles in de praktijk tot problemen leidt valt overigens nog te bezien; de *Special Rapporteur* heeft op dit punt vooralsnog geen relevante praktijkvoorbeelden kunnen vinden.¹²

Een ander voorbeeld dat in dit verband genoemd kan worden is ontwerp-richtlijn 5: “[T]he provisional application of a treaty or a part of a treaty, pending its entry into force between the States or international organizations concerned, takes effect on such date, and in accordance with such conditions and procedures, as the treaty provides or as are otherwise agreed”. Wat hier vooral uit spreekt is dat er geen standaard- (‘default’) regel geldt, als maatstaf om op terug te vallen, als het verdrag zwijgt over het tijdstip en de wijze van de aanvang van voorlopige toepassing tussen de Staten of internationale organisaties die het aangaat. Er lijkt echter ook weinig behoefte aan zo’n regel, omdat het nogal voor de hand ligt dat Staten en internationale organisaties niet ‘over het hoofd zullen zien’ om de aanvang en wijze van de voorlopige toepassing te regelen. Dat neemt overigens niet weg dat er (alsnog) voor een standaardregel gekozen zou kunnen worden, bijvoorbeeld verwijzend naar het moment van ondertekening van het verdrag (als bedoeld in art. 14 van de Weense Verdragen van 1969 en 1986).

2.4. Kernverplichtingen

Als kernverplichtingen waar wel een standaardregel is geformuleerd kunnen de ontwerp-richtlijnen 6 (juncto 8) en 9 worden genoemd.

Ontwerp-richtlijn 6 maakt duidelijk dat – tenzij het verdrag anders bepaalt of anderszins is overeengekomen (vgl. ontwerp-richtlijn 4) – voorlopige toepassing een juridisch bindende verplichting inhoudt voor de Staat of internationale organisatie die het betreft, om het verdrag (of een deel daarvan) toe te passen alsof het van kracht is. Dit laatste is zowel richtinggevend voor het rechtsgevolg van voorlopige toepassing als voor het gedrag dat van de Staat c.q. de internationale organisatie wordt verwacht (commentaar 6:4). Dit (standaard) rechtsgevolg van de voorlopige toepassing was nog niet opgenomen in de Weense Verdragen van 1969 en 1986. Waar het commentaar bij de ontwerp-richtlijn duidelijk maakt dat voorlopige toepassing geen gevolgen heeft voor de inhoud van het verdrag zelf (commentaar 6:6), is het tamelijk vaag over het verschil tussen het

¹¹ Het vraagstuk van voorbehouden bij verdragen is ook zonder de extra complicatie van voorlopige toepassing al zeer complex, getuige de jarenlange inspanningen om binnen de ILC te komen tot een ‘Guide to practice on reservations to Treaties’.

¹² Vgl. *Special Rapporteur’s Fifth Report on the provisional application of treaties*, 20 februari 2018, A/CN.4/718, par. 67.

rechtsgevolg van voorlopige toepassing en dat van de inwerkingtreding van het verdrag. Voorlopige toepassing is principieel anders dan inwerkingtreding en is niet onderworpen aan 'alle' regels van het verdragenrecht, zegt het commentaar (onder 6:5). Een paar concrete voorbeelden ter verduidelijking waren hier behulpzaam geweest.

Ontwerp-richtlijn 8 maakt duidelijk dat de schending van een verplichting op grond van een verdrag of een deel van een verdrag dat voorlopig wordt toegepast leidt tot internationale aansprakelijkheid volgens het volkenrecht. Dit is een weergave van een regel van internationaal gewoonterecht en sluit aan op de bekende *articles on responsibility of States for internationally wrongful acts* (2001) en hun equivalent voor internationale organisaties van 2011 (vgl. commentaar 8:3), en is als zodanig dus niet opzienbarend te noemen. Toch is de signaleringsfunctie van deze ontwerp-richtlijn niet zonder belang: het geeft de juridische implicatie van ontwerp-richtlijn 6 weer (commentary 8:1), en onderstreept aldus het verplichtende karakter van de voorlopige toepassing.

Ontwerp-richtlijn 9 bevestigt nog eens dat voorlopige toepassing van een verdrag geen vrijblijvendheid inhoudt of impliceert; voor opschorting of beëindiging van de voorlopige toepassing is een rechtsgrond nodig.

Lid 1 en lid 2 van ontwerp-richtlijn 9 herhalen in dat opzicht de inhoud en strekking van artikel 25 van het Weens Verdragenverdrag (en artikel 25 van het Weens Verdrag van 1986), met de verduidelijking dat de voorlopige toepassing eindigt met de inwerkingtreding van het verdrag 'in de relatie tussen de Staten of internationale organisaties die het betreft' (lid 1), en als de betreffende Staat of internationale organisatie kennis geeft van zijn intentie om geen partij te worden bij het verdrag aan de andere Staten of internationale organisaties 'tussen wie het verdrag of een deel van het verdrag voorlopig wordt toegepast' (lid 2; het commentaar onder 9:6 noemt dit een verduidelijking, maar er valt op te merken dat dezelfde formulering al in artikel 25 lid 2 van het Weens Verdrag van 1986 is opgenomen).

Lid 3 maakt duidelijk dat ontwerp-richtlijn 9 niet in de weg staat aan de toepassing, mutatis mutandis, van Deel V, Afdeling 3, van het Weens Verdragenverdrag of de relevante regels van internationaal recht betreffende beëindiging en opschorting. Deze toevoeging is nuttig te achten, omdat aldus wordt verduidelijkt dat een (al dan niet tijdelijke) staking van de voorlopige toepassing ook mogelijk is in de relatie tot een bepaalde andere partij, bijvoorbeeld als die een schending ('material breach', vgl. art. 60 Weens Verdragenverdrag¹³) te verwijten valt, of op grond van een wezenlijke verandering van

¹³ Het voorstel van de Speciale Rapporteur om een ontwerp-richtlijn op te nemen die specifiek op material breach is toegesneden ('Draft guideline 8bis') is niet in die vorm opgenomen in de Ontwerpleidraad. Vgl. *Special Rapporteur's Fifth Report on the provisional application of treaties*, 20 februari 2018, A/CN.4/718, par. 63 e.v.

omstandigheden (*rebus sic stantibus*, vgl. art. 62 Weens Verdragenverdrag).¹⁴ Van een intentie om geen partij te worden bij het verdrag hoeft dan geen sprake te zijn.

Nederland heeft er in een communicatie aan de ILC¹⁵ nog op gewezen dat beëindiging van de voorlopige toepassing van verdragen, althans in de bilaterale context, ook mogelijk is door intrekking van de verklaring tot voorlopige toepassing, al dient daarbij rekening te worden gehouden met de gerechtvaardigde belangen van derde partijen te goeder trouw.

2.5. *Verhouding tot intern recht*

Een belangrijk onderwerp in de Ontwerpleidraad is de verhouding van de voorlopige toepassing van verdragen tot het interne recht van Staten en internationale organisaties. Net als aan de orde is bij verdragssluiting en de inwerkingtreding van verdragen, hangt de voorlopige toepassing van verdragen in de interne rechtsorde in belangrijke mate samen met hetgeen het nationale recht van Staten en het interne recht van internationale organisaties daarover bepaalt. De Ontwerpleidraad hanteert de term intern recht als verzamelbegrip voor zowel Staten als internationale organisaties.

Nederland heeft in de eerdergenoemde communicatie aan de ILC¹⁶ onder meer erop gewezen dat de voorlopige toepassing van verdragen in de Nederlandse rechtsorde in beginsel zonder de in artikel 91 van de Grondwet voorgeschreven voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal kan plaatsvinden, maar wel is onderworpen aan de voorwaarden van artikel 15 van de Rijkswet Goedkeuring en Bekendmaking van Verdragen (*Stb.* 1994, 542). Uit artikel 93 Grondwet kan daarnaast een publicatieplicht voortvloeien, in verband met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen – ‘bepalingen uit verdragen die naar haar inhoud eenieder kunnen verbinden’ – voordat voorlopige toepassing (van dergelijke verdragsbepalingen) mogelijk is.

De verhouding van de voorlopige toepassing tot intern recht wordt geregeld in de ontwerp-richtlijnen 10, 11 en 12.

De ontwerp-richtlijnen 10 en 11 komen overeen met artikel 27 en artikel 46 van de Weense verdragen van 1969 en 1986. De respectieve strekking ervan is, kort gezegd, dat intern recht van Staten en internationale organisaties niet kan worden ingeroepen als rechtvaardiging voor niet-naleving van verdragsverplichtingen, en dat instemming met

¹⁴ Zo heeft Nederland wel eens de voorlopige toepassing van een bilateraal verdrag betreffende ontwikkelingssamenwerking met onmiddellijke ingang opgeschort gedurende een aantal jaren vanwege een wezenlijke verandering van omstandigheden (vgl. *Trb.* 1983, 6 en *Trb.* 1988, 68).

¹⁵ NYV/2016/391, 20 april 2016.

¹⁶ NYV/2016/391, 20 april 2016.

voorlopige toepassing niet door de staat of internationale organisatie achteraf als ongeldig kan worden aangemerkt met een beroep op het interne recht, tenzij het gaat om een geschonden regel van intern recht betreffende de bevoegdheid om verdragen te sluiten en de schending van die regel onmiskenbaar was en een regel van fundamenteel belang van het interne recht van de Staat of internationale organisatie betreft.¹⁷

De tekst van ontwerp-richtlijn 12 laat niettemin de ruimte aan de Staat of internationale organisatie om beperkingen die voortvloeien uit dat interne recht *onderdeel* te laten uitmaken van zijn of haar consent om het verdrag voorlopig toe te passen, door die beperkingen op te nemen in het verdrag zelf of op andere wijze tot uitdrukking te brengen (bijvoorbeeld in een afzonderlijke overeenkomst over de voorlopige toepassing van het verdrag; het komt er daarbij op aan dat voldoende duidelijk is dat de beperking geldt, vgl. commentaar 12:4). Naar zich laat aanzien gaat dit dus niet om ‘eenzijdige’ verklaringen of verzoeken, maar om overeengekomen beperkingen. Daaraan bestaat bij de voorlopige toepassing van verdragen ook eerder behoefte, omdat in veel gevallen de nationale (constitutionele) procedures voor verdragsbinding nog niet (volledig) zijn doorlopen.

Het commentaar (12:2) geeft als voorbeeld van een richtlijn 12-situatie dat een verdrag uitdrukkelijk kan verwijzen naar het interne recht van een Staat of de regels van een internationale organisatie en de voorlopige toepassing zodoende afhankelijk kan stellen van de verenigbaarheid (‘non-violation’) met dat interne recht of die regels. Daarbij wordt verwezen naar artikel 45 van het Energiehandvest (Energy Charter Treaty) als concreet voorbeeld van zo’n geval (commentaar, voetnoot 1047).¹⁸

3. Evaluatie

In algemene zin gesproken, acht de CAVV de Ontwerpleidraad in zijn huidige vorm een nuttig hulpmiddel bij de toepassing van het bestaande internationale recht inzake de voorlopige toepassing van verdragen. Van de ontwerp-richtlijnen kan een harmoniserende werking uitgaan door het gebruik van consequente en consistente terminologie en – daarmee – van het beoogde juridische effect van voorlopige toepassing door Staten en internationale organisaties van (delen van) verdragen.

¹⁷ Net als bij ‘gewone’ toepassing van verdragen het geval is, zal van dat laatste – met name door de strenge voorwaarde dat de schending van de bevoegdheidsregel ‘onmiskenbaar’ moet zijn geweest – in de praktijk hoogst zelden sprake zijn.

¹⁸ Het commentaar lijkt daarmee – indirect – steun te bieden voor het oordeel van de Rechtbank Den Haag, die bij vonnis van 20 april 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:4229) een zestal arbitrale uitspraken vernietigde (waarin Rusland was veroordeeld tot betaling van 50 miljard dollar aan aandeelhouders van het gefailleerde Yukos) wegens gebrek aan bekrachtiging van de wettelijke regeling tot arbitrage van artikel 26 Energiehandvest door het Russische parlement, omdat de formulering van de voorlopige toepassing van het Energiehandvest in artikel 45 Energiehandvest in de uitleg van de Rechtbank (anders dan in de uitleg van de arbiters) het nodig maakt om voor elk afzonderlijk artikel van het Energiehandvest te onderzoeken of de daarmee gegeven regeling al dan niet in strijd is met de Grondwet of andere regelgeving van de bewuste Staat.

De in de Ontwerpleidraad, in aansluiting op het geldende verdragenrecht, nagestreefde grote flexibiliteit maakt dat de mate van bruikbaarheid c.q. de toegevoegde waarde voor concrete toepassing in de praktijk mogelijk niet bij elk van de ontwerp-richtlijnen heel erg groot is. De opgenomen kernverplichtingen – voorlopige toepassing betekent toepassing alsof het verdrag in werking is getreden (in verbinding met internationale aansprakelijkheid in geval van schending van voorlopig toegepaste verdragsbepalingen) en er is een rechtsgrond nodig voor de opschorting of beëindiging van de voorlopige toepassing (resp. ontwerp-richtlijnen 6 (juncto 8) en 9) – zijn voldoende duidelijk en robuust te achten om navolging in de praktijk te (blijven) krijgen van Staten en internationale organisaties (en ‘andere gebruikers’).

Bijlage:

Tekst van Hoofdstuk VII – *Provisional Application of Treaties, A/73/10 (2018)*.

Chapter VII Provisional application of treaties

[...]

C. Text of the draft Guide to Provisional Application of Treaties, adopted by the Commission on first reading

1. Text of the draft Guide to Provisional Application of Treaties

89. The text of the draft Guide to Provisional Application of Treaties adopted by the Commission, on first reading, is reproduced below.

Guide to Provisional Application of Treaties

Guideline 1

Scope

The present draft guidelines concern the provisional application of treaties.

Guideline 2

Purpose

The purpose of the present draft guidelines is to provide guidance regarding the law and practice on the provisional application of treaties, on the basis of article 25 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and other rules of international law.

Guideline 3

General rule

A treaty or a part of a treaty may be provisionally applied, pending its entry into force between the States or international organizations concerned, if the treaty itself so provides, or if in some other manner it has been so agreed.

Guideline 4

Form of agreement

In addition to the case where the treaty so provides, the provisional application of a treaty or a part of a treaty may be agreed through:

- (a) a separate treaty; or
- (b) any other means or arrangements, including a resolution adopted by an international organization or at an intergovernmental conference, or a declaration by a State or an international organization that is accepted by the other States or international organizations concerned.

Guideline 5

Commencement of provisional application

The provisional application of a treaty or a part of a treaty, pending its entry into force between the States or international organizations concerned, takes effect on such date, and in accordance with such conditions and procedures, as the treaty provides or as are otherwise agreed.

Guideline 6

Legal effect of provisional application

The provisional application of a treaty or a part of a treaty produces a legally binding obligation to apply the treaty or a part thereof as if the treaty were in force between the States or international organizations concerned, unless the treaty provides otherwise or it is otherwise agreed.

Guideline 7

Reservations

1. In accordance with the relevant rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties, applied *mutatis mutandis*, a State may, when agreeing to the provisional application of a treaty or a part of a treaty, formulate a reservation purporting to exclude or modify the legal effect produced by the provisional application of certain provisions of that treaty.
2. In accordance with the relevant rules of international law, an international organization may, when agreeing to the provisional application of a treaty or a part of a treaty, formulate a reservation purporting to exclude or modify the legal effect produced by the provisional application of certain provisions of that treaty.

Guideline 8

Responsibility for breach

The breach of an obligation arising under a treaty or a part of a treaty that is provisionally applied entails international responsibility in accordance with the applicable rules of international law.

Guideline 9

Termination and suspension of provisional application

1. The provisional application of a treaty or a part of a treaty terminates with the entry into force of that treaty in the relations between the States or international organizations concerned.
2. Unless the treaty otherwise provides or it is otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State or international organization is terminated if that State or international organization notifies the other States or international organizations between which the treaty or a part of a treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.
3. The present draft guideline is without prejudice to the application, *mutatis mutandis*, of relevant rules set forth in part V, section 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties or other relevant rules of international law concerning termination and suspension.

Guideline 10

Internal law of States and rules of international organizations, and the observance of provisionally applied treaties

1. A State that has agreed to the provisional application of a treaty or a part of a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform an obligation arising under such provisional application.
2. An international organization that has agreed to the provisional application of a treaty or a part of a treaty may not invoke the rules of the organization as justification for its failure to perform an obligation arising under such provisional application.

Guideline 11

Provisions of internal law of States and rules of international organizations regarding competence to agree on the provisional application of treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to the provisional application of a treaty or a part of a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to agree to the provisional application of treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.
2. An international organization may not invoke the fact that its consent to the provisional application of a treaty or a part of a treaty has been expressed in violation of the rules of the organization regarding competence to agree to the provisional application of treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of fundamental importance.

Guideline 12

Agreement to provisional application with limitations deriving from internal law of States and rules of international organizations

The present draft guidelines are without prejudice to the right of a State or an international organization to agree in the treaty itself or otherwise to the provisional application of the treaty or a part of the treaty with limitations deriving from the internal law of the State or from the rules of the organization.

