

HET PRINCIPE VAN “COMMON BUT DIFFERENTIATED RESPONSIBILITIES” IN HET INTERNATIONAAL MILIEURECHT

Op weg naar een algemeen principe van internationaal milieurecht?

Aantal woorden: 49 660

Ségolène de Borchgrave

Studentennummer: 01309285

Promotor: Prof. Dr. Frank Maes

Masterproef voorgelegd voor het behalen van de graad Master in de Rechten

Academiejaar 2017-2018

Dankwoord

Op het moment dat ik de laatste hand leg aan mijn masterproef, stijgt het kwik in mijn kamer boven de 36°C. Hoewel ik mijmerend terugdenk aan koelere tijden in de bibliotheek van onze rechtenfaculteit, sterken de huidige omstandigheden nogmaals mijn geloof in het belang van het onderwerp dat voor mij ligt. *“Heatwave made more than twice as likely by climate change, scientists find”* koppen kranten rond de middag.¹ *“Wij zijn het die de opwarming hebben veroorzaakt, dus moeten wij meer doen om onze uitstoot te verlagen”* luidt het 's avonds in *Terzake*.²

In de maanden die de climax, ditmaal in termen van een naderende deadline, voorafgingen, heb ik mij elke dag met onaflatende interesse boven dit onderwerp gebogen. Ik zou daarom graag in de eerste plaats mijn promotor prof. dr. Frank Maes willen bedanken voor zijn bereidwilligheid om mij in dit zelf gekozen onderwerp te steunen. Ook mijn commissaris, mevr. Soete, ben ik dankbaar voor de goede opmerkingen en tips tijdens het schrijven van mijn thesis. Ik merkte dat ik altijd welkom was voor een gesprek bij hen; een laagdrempeligheid die ik zeer waardeerde.

Omdat dit het sluitstuk is van mijn rechtenopleiding aan de Universiteit Gent, zou ik graag van de gelegenheid gebruik willen maken om mijn ouders te bedanken. Zij hebben altijd geloofd in mijn kunnen en hebben mij steeds bijgestaan met raad en daad. Dit mooie parcours heb ik dan ook aan hen te danken.

Tot slot verdienen ook de rest van mijn familie en mijn vriendinnen hier een plaatsje voor de vele aanmoedigingen en de leuke momenten samen tijdens mijn studies.

Gent, 27 juli 2018

¹ *“Heatwave made more than twice as likely by climate change, scientists find”*, *The Guardian*, 27 juli 2018, www.theguardian.com/environment/2018/jul/27/heatwave-made-more-than-twice-as-likely-by-climate-change-scientists-find.

² Verslag van de gastspreker J. Delbeke in de uitzending van *Terzake* op 27 juli 2018: *“Klimaatexpert: ‘Doelstellingen klimaatakkoord Parijs realiseren om nog grotere kosten te vermijden’”*, *VRT nieuws*, 27 juli 2018, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2018/07/27/klimaatexpert-doelstellingen-klimaatakkoord-parijs-realiseren/>.

Inhoudstafel

1	Inleiding	8
2	De betekenis van CBDR	9
2.1	Een geladen ontstaanshistoriek	9
2.1.1	De vraag naar een nieuwe economische structuur in het post-koloniaal tijdperk	9
2.1.2	Milieuproblemen als trigger voor differentiële behandeling	10
2.1.3	Stockholm conferentie (1972)	10
2.1.4	Rio conferentie (1992)	11
2.2	CBDR ontleed: twee luiken	12
2.2.1	Common responsibilities	12
2.2.2	Differentiated responsibilities	12
2.2.2.1	Differentiatie sensu lato	12
2.2.2.2	Differentiatie als constitutief bestanddeel van CBDR	13
2.2.2.3	Meerwaarde van CBDR ten opzichte van klassieke differentiatie	14
2.2.3	Onderscheid met staatsaansprakelijkheid	15
2.3	Relatie tot andere relevante concepten	15
2.3.1	Billijkheid	16
2.3.2	Duurzame ontwikkeling	17
2.3.1	Solidariteit	17
3	De toepassingen van CBDR in de praktijk geanalyseerd en vergeleken	19
3.1	CBDR in de centrale verplichtingen	19
3.1.1	Het Verdrag van Wenen ter bescherming van de ozonlaag	19
3.1.1.1	Het Montreal Protocol	20
3.1.1.1.1	Een dynamisch systeem	20
3.1.1.1.2	Gelijke reductieplichten, verschillende implementering	21
3.1.1.1.3	“Perhaps the most successful international agreement to date”	21
3.1.2	Het Kaderverdrag inzake Klimaatverandering	22
3.1.2.1	Het Kyoto Protocol	25
3.1.2.1.1	Ontwikkelde landen moeten het voortouw nemen, al zijn er geen volgers	25
3.1.2.1.2	Pleidooi voor een betekenisvolle participatie vanwege ontwikkelingslanden ...	26
3.1.2.1.3	Starre structuur gebaseerd op gedateerde annexen	28
3.1.3	Het Biodiversiteitsverdrag	28
3.1.4	Het Desertificatieverdrag	32

3.1.5	Het Stockholm Verdrag inzake persistente organische polluenten	34
3.1.6	Recente ontwikkelingen	36
3.1.6.1	Het klimaatregime	36
3.1.6.1.1	Onderhandelingen voorafgaand aan de COP21	36
3.1.6.1.2	Het Akkoord van Parijs	38
3.1.6.2	Het ozonregime	40
3.2	CBDR in de financiële verplichtingen	41
3.2.1	De pioniersrol van het Montreal Protocol.....	42
3.2.1.1	Een duidelijke stap uit de richting van ontwikkelingshulp	42
3.2.1.2	Geen compensatie voor vroegere ozondepletie	43
3.2.1.3	Verankering van de interdependentie tussen partijen	44
3.2.2	Overzicht andere regimes	45
3.2.2.1	De Global Environment Facility als overkoepelend fonds.....	45
3.2.2.2	Verdeling van de verantwoordelijkheden	46
3.2.2.3	Nieuwe en additionele middelen	47
3.2.2.4	Incrementele kosten en verhitte discussies tussen COP en GEF.....	48
3.2.2.5	Conditionele clausule	50
3.2.3	Klimaatfinanciering sinds het Akkoord van Parijs	50
3.2.3.1	Klimaatfinanciering wordt een doelstelling	50
3.2.3.2	Verruiming van de financieringsbronnen	51
3.2.3.3	De intrede van het Green Climate Fund.....	52
3.3	Andere vlakken waarop CBDR een rol kan spelen	53
3.4	Enkele vaststellingen	55
3.4.1	Hoe wordt gedifferentieerd?.....	55
3.4.1.1	Een inter- en intraconventioneel divers palet aan toepassingen van CBDR.....	55
3.4.1.2	Contextuele versus concrete differentiatie.....	56
3.4.1.3	Absolute normen uit ecologische overwegingen?	57
3.4.2	Tussen wie wordt gedifferentieerd?	58
3.4.2.1	Aandacht voor specifieke categorieën staten	58
3.4.2.2	De klassieke dichotomie	58
3.4.2.3	Het doorbreken van dichotomieën	59
3.4.2.3.1	Door middel van concrete differentiatie (het Kigali Amendement)	59
3.4.2.3.2	Door middel van contextuele differentiatie (het Akkoord van Parijs)	59
3.4.3	Op basis waarvan wordt gedifferentieerd?.....	61

3.4.3.1	Achterliggende motieven om beroep te doen op CBDR	61
3.4.3.2	Evenwichtsoefening tussen verschillende factoren ter differentiatie	63
3.4.3.2.1	Van financiële moeilijkheden tot zinkend grondgebied	63
3.4.3.2.2	Minder historische verantwoordelijkheden in het klimaatregime	65
3.4.3.3	The principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances: een potentiële passe-partout... ..	65
4	CBDR anno 2018: een algemeen principe van internationaal milieurecht?	67
4.1	Het normatieve karakter van CBDR.....	68
4.1.1	Het verschil tussen beleid, principe en regel	68
4.1.2	Het “principe” van CBDR: een terecht duo of niet?	68
4.2	De normatieve kracht van CBDR	69
4.2.1	CBDR in het licht van artikel 38(1)(b) IGH Statuut.....	69
4.2.1.1	De voorwaarden	69
4.2.1.1.1	Norm-creërend karakter	70
4.2.1.1.2	Statenpraktijk	71
4.2.1.1.3	Opinio juris	73
4.2.1.2	Conclusie	74
4.2.1.2.1	Nog geen gewoonterechtelijke status voor CBDR	74
4.2.1.2.2	De voortrekkersrol van ontwikkelde landen als grotere kanshebber	75
4.2.1.3	Mogelijke impact van een erkenning	76
4.2.1	CBDR in het licht van artikel 38(1)(c) IGH Statuut	77
4.2.1.1	Een “common legal conscience”	78
4.2.1.2	Een optie voor CBDR?.....	79
4.3	Vooralsnog soft law	80
5	Vooruitzichten	82
5.1	Rechtspraak.....	82
5.1.1	Weinig sporen van CBDR in de internationale rechtspraak	82
5.1.1.1	Politiek glad ijs voor het IGH	82
5.1.1.2	Een unicum: de garnalen/schildpadden zaak voor het WHO	83
5.1.2	Opmars in de nationale rechtspraak: Urgenda	83
5.2	Een globaal milieupact	84
5.2.1	De doelstellingen van het initiatief	84
5.2.2	Een hoofdrol voor CBDR	85
6	Conclusie	87

Afkortingen

ABS	Access and Benefit Sharing
AF	Adaptation Fund
CBD	Convention on Biological Diversity
CBDR	Common but Differentiated Responsibilities
CDM	Clean Development Mechanism
CEIT	Countries with Economies in Transition
COP	Conference of the Parties
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GCF	Green Climate Fund
GEF	Green Environment Facility
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaal Gerechtshof
ILA	International Law Association
ILC	International Law Commission
IMF	Internationaal Monetair Fonds
INC	International Negotiation
LDC	Least Developed Countries
LDCF	Least Developed Country Fund
MEA	Multilateral Environmental Agreement
MOP	Meeting of the Parties
MPMF	Montreal Protocol Multilateral Fund
NIEO	New International Economic Order
ODS	Ozone Depleting Substances
PIGH	Permanent Internationaal Gerechtshof
PHA	Permanent Hof voor Arbitrage
POP	Persistent Organic Pollutant
SCCF	Special Climate Change Fund
SIDS	Small Island Developing States
UN	United Nations
UNCCD	United Nations Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa
UNDP	United Nations Development Programme
UNEP	United Nations Environment Programme
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
VN	Verenigde Naties
WHO	Wereldhandelsorganisatie

1 INLEIDING

1. Het internationaal milieurecht begon haar groei in de jaren '70 en behoort vandaag de dag wellicht tot een van de snelst ontwikkelende takken van het internationaal recht. Deze vaart heeft de rechtstak helaas wellicht te danken aan het grootschalig karakter van de door haar geviseerde problemen. Diverse milieuproblemen affecteren immers de hele internationale gemeenschap of worden verwacht dit te doen in de nabije toekomst. Een adequate oplossing vergt bijgevolg een samenwerking tussen alle leden van deze gemeenschap, die op dit punt onderling afhankelijk zijn van elkaars inspanningen. "Iedereen moet zijn steentje bijdragen" is de simplistisch uitgedrukte visie van het steeds groeiende aantal multilaterale initiatieven hiertoe. De bijna tweehonderd staten worden evenwel gekenmerkt door onder meer geografische, economische en historische verschillen. Dienen zij dan elk een even groot steentje bij te dragen?

2. Op 12 december 2015 werd het Klimaatakkoord van Parijs aangenomen. De verschillende standpunten van de 196 partijen werden verzoend in één tekst en men sprak dan ook terecht van een historisch moment. Eén van de meest bediscussieerde kwesties op de COP21 was het zogenaamde principe van "gemeenschappelijke maar gedifferentieerde verantwoordelijkheden", beter bekend onder het Engelstalige "*common but differentiated responsibilities*" (hierna: CBDR).³ Dit principe adresseert de lastenverdeling binnen internationale milieuakkoorden. Wie dient welke verplichtingen op te nemen, op grond waarvan en voor hoelang,... zijn enkele vragen die met het principe gepaard gaan. Dat de staten er uiteenlopende standpunten op nahouden over hoe deze verdeling juist dient te gebeuren, maakt van CBDR een gevoelig onderwerp binnen de internationale gemeenschap.

3 Het principe is nochtans geen nieuwkomer in het internationaal milieurecht. Een lezing van andere milieuverdragen en –protocollen leert immers dat CBDR prominenter aanwezig is dan gedacht, zij het met diverse invullingen. Het ongedetermineerde karakter van CBDR is tegelijkertijd diens sterkte – het principe leent zich tot verschillende invullingen – en diens zwakte: diens exacte betekenis is onbekend, misschien wel onbestaand. Tussen de verschillende milieuakkoorden en tegengestelde standpunten van de staten door, is het moeilijk een overkoepelende definiëring voor de dag te leggen. Waarschijnlijk zorgt dit aspect ervoor dat het principe vaak onderbelicht wordt in de literatuur. Onterecht, want de functie die CBDR vervult in het internationaal milieurecht is cruciaal.

4. Vandaar wil deze thesis een licht werpen op CBDR anno 2018. De vraag die in deze thesis voorligt, is waar CBDR zich vandaag bevindt op de weg naar een algemeen principe van internationaal milieurecht. Het onderzoek wordt ingeleid met de nodige context en informatie over het principe (Hoofdstuk 2.). Vervolgens gaat de thesis over tot een analyse en vergelijking van de verschillende invullingen van CBDR in het kader van vijf quasi-universele milieuregimes, telkens met aandacht voor de recente ontwikkelingen (Hoofdstuk 3.). De vaststellingen die we op basis van deze analyse en vergelijking kunnen doen, zullen belangrijk zijn bij de beoordeling of CBDR al dan geen algemeen principe van internationaal milieurecht vormt (Hoofdstuk 4.). Het onderzoek wordt uiteraard afgesloten met een conclusie (Hoofdstuk 6.).

³ Soms wordt ook gesproken van bijvoorbeeld "*shared but differentiated responsibilities*" of wordt het principe afgekort tot "*CDR*". "*Common but differentiated responsibilities*" en de afkorting "*CBDR*" worden evenwel het frequentst gebruikt in naslagwerken en dus ook in deze thesis.

2 DE BETEKENIS VAN CBDR

5. Om het principe correct te begrijpen, is het noodzakelijk te beseffen dat de wortels ervan teruggaan op decennia-oude tegenstellingen binnen de internationale gemeenschap. Aldus wordt in een eerste stap de ontstaanshistoriek van het principe aan de hand van enkele sleutelmomenten uiteengezet (2.1.). In een tweede stap wordt de kernbetekenis van CBDR uitgelegd aan de hand van de twee luiken (2.2.), zijnde de gemeenschappelijke verantwoordelijkheden van staten enerzijds (2.2.1.), en de verschillende verantwoordelijkheden van staten anderzijds (2.2.2.). Omdat het principe sterk beïnvloed wordt door enkele andere belangrijke concepten in het internationaal milieurecht, verdienen deze toelichting in een derde stap (2.3.).

2.1 EEN GELADEN ONTSTAANSHISTORIEK

2.1.1 De vraag naar een nieuwe economische structuur in het post-koloniaal tijdperk

6. Dekolonisatie in de tweede helft van de twintigste eeuw zorgde voor een sterke groei in het aantal staten. De nieuwe staten hadden doorgaans geen industrialisering meegemaakt, in tegenstelling tot hun voormalige kolonisatoren. Eenmaal bevrijd van het kolonialistisch juk en in theorie dus een gelijke speler, werden zij op de internationale markt geconfronteerd met de gevolgen van de jarenlange economische stagnatie.

7. De kloof tussen het noorden en het zuiden was gapende en de diverse instellingen zoals het IMF, de Wereldbank en de toenmalige *General Agreement on Tariffs and Trade* (hierna: GATT) bleken niet voorbereid op de situatie van ex-kolonies.⁴ Teneinde de positie van deze staten in de internationale handel te verbeteren, werd in 1964 te Genève de *United Nations Conference on Trade and Development* opgericht.⁵ In navolging van deze conferentie werd het deel *Trade and Development* aan de *General Agreement on Tariffs and Trade* toegevoegd.⁶ Vooral de volgende paragraaf werd als een overwinning voor de ontwikkelingslanden beschouwd:

“The developed contracting parties do not expect reciprocity for commitments made by them in trade negotiations to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of less-developed contracting parties.”⁷

Naast deze niet-wederkerigheid op vlak van handelsafspraken, voorzagen de artikelen in de mogelijkheid voordelen toe te kennen aan ontwikkelingslanden en de erkenning dat men hun situatie in rekening moest nemen bij de implementatie van de GATT.⁸

8. De kloof was hier echter niet mee gedicht. Het preferentieel regime dat de ontwikkelingslanden hier wisten te bekomen was niet automatisch noch rustte op de ontwikkelde landen een verplichting ermee in te stemmen.⁹ Gaandeweg werd de roep naar een nieuwe

⁴ General Agreement on Tariffs and Trade, 30 oktober 1947.

⁵ P. Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, Ashgate, 2003, 60; S. Lavallée, “Le Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague: Essai sur la Responsabilité de Protéger le Climat”, *Études Internationales* 2010, vol. 41, nr. 1, 53.

⁶ Protocol amending the General Agreement of Tariffs and Trade to Introduce a Part IV on Trade and Development, 8 februari 1965.

⁷ GATT, deel IV, art. XXXVI, §8.

⁸ Zie ook: P. Pauw et al., “Different Perspectives on Differentiated Responsibilities”, *German Development Institute Discussion Paper* 2014, nr. 6, 36-41.

⁹ K. Bartenstein, “De Stockholm à Copenhague: Genèse et Évolution des Responsabilités Communes mais Différenciées dans le Droit International de l’Environnement”, *McGill Law Journal* 2010, vol. 56, nr. 1, 179.

internationale economische structuur (*New International Economic Order*, hierna: NIEO) dan ook groter.

9. Begin jaren '70 slaagden de ontwikkelingslanden erin de ideeën binnen deze stroming kracht bij te zetten. Dit was grotendeels te danken aan de energiecrisis die de afhankelijkheid van ontwikkelde landen van natuurlijke bronnen, vaak aanwezig in ontwikkelingslanden, aantoonde. Bovendien bezaten de ontwikkelingslanden toen de meerderheid van de stemmen in de Algemene Vergadering van de VN. Dit resulteerde in de aanname van verschillende resoluties die *grosso modo* de creatie van internationaal recht dat specifiek rekening hield met de situatie van ontwikkelingslanden, beoogden.¹⁰ Dat recht zou onder meer moeten leiden tot de effectieve controle over natuurlijke rijkdommen in hoofde van de ontwikkelingslanden en hun technologische en economische ontwikkeling.

De *NIEO* en de daardoor ingegeven reeks resoluties vonden echter geen steun bij de ontwikkelde landen, die hier enkel eenzijdige plichten in zagen, en eindigden als dode letter. De internationale economische structuur bleef dus vooralsnog de oude, maar de vraag naar een andere behandeling voor ontwikkelingslanden doofde niet uit.¹¹

2.1.2 Milieuproblemen als trigger voor differentiële behandeling

10. De evolutie van de differentiële behandeling voor ontwikkelingslanden in het internationaal milieurecht kan verdeeld worden in minstens twee fasen, gekatalyseerd door de Conferenties van Stockholm (1972) en Rio (1992). De eerste fase is een van bewustwording, lopende van 1972 tot 1992. De tweede fase is een van consolidatie van differentiatie in diverse multilaterale milieuakkoorden (*multilateral environmental agreements*, hierna: MEA's).¹²

2.1.3 Stockholm conferentie (1972)

11. De *United Nations Conference on the Human Environment* in 1972 te Stockholm betekende een keerpunt in het aanpakken van milieuproblemen. Waar tot dan toe de initiatieven veelal bilateraal en regionaal waren gebleven, rezen vanaf dan diverse globale initiatieven uit de grond. Deze evolutie werd ingegeven door het besef dat enkel middels een grootschalige samenwerking een effectieve strijd kan gevoerd worden tegen minstens even grootschalige problemen.¹³

12. Het doel van de conferentie vertrok van het kaderen van deze gezamenlijke strijd. Al snel wezen de ontwikkelingslanden de ontwikkelde landen evenwel op hun disproportionele bijdrage aan milieudegradatie en overexploitatie van natuurlijke rijkdommen.¹⁴ De industrialisering van het noorden vertoonde duidelijke directe dan wel indirecte linken met diverse te bespreken problemen op de conferentie. Besluiten tot identieke verbintenissen voor alle deelnemende staten was dan ook uitgesloten voor de ontwikkelingslanden, die zelf geen industrialisatie meemaakten maar wel de nadelige effecten ervan ervoeren.

13. Al gauw slopen te Stockholm de bestaande debatten over economische ontwikkeling de kersverse internationale milieuonderhandelingen binnen. De conferentie werd gedreven door de focus

¹⁰ Zie bijvoorbeeld de UNGA Resoluties "Charter of Economic Rights and Duties of States", 1974, UN Doc. A/RES/29/3281 en "Development of International Economic Cooperation", 1975, UN Doc. A/RES/S-7/3362. De resoluties besteedden ook aandacht aan het milieu, in navolging van de Stockholm Verklaring.

¹¹ Cullet, 2003, 64.

¹² Bartenstein, 2010, 182.

¹³ Cullet, 2003, 4-5. Het Founex Rapport van 1971 speelde een belangrijke rol. Het was het eerste rapport dat de kerndoelstellingen op vlak van en verhouding tussen milieu en ontwikkeling uiteenzette. Het droeg bij tot het in kaart brengen en op bepaalde plekken al overbruggen van tegenstellingen tussen ontwikkelde en ontwikkelingslanden. Het rapport is te vinden op www.sustainabledevelopment2015.org.

¹⁴ Lavallée, 2010, 54.

van ontwikkelingslanden op hun nood aan ontwikkeling, nog steeds voortkabbelend op *NIEO*, enerzijds, en de ontwikkelde landen die een globale aanpak op vlak van milieubescherming beoogden, anderzijds. De uiteindelijke verklaring trachtte de botsende claims te verzoenen, waarbij de link tussen milieu en de speciale situatie van ontwikkelingslanden meermaals herhaald wordt.¹⁵

In de Stockholm Verklaring werden de eerste stappen gezet richting een differentiatie tussen ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden op ecologisch vlak.¹⁶ Zo luidt paragraaf 4 van de preambule als volgt:

“In the developing countries most of the environmental problems are caused by under-development. (...) Therefore, the developing countries must direct their efforts to development, bearing in mind their priorities and the need to safeguard and improve the environment. For the same purpose, the industrialized countries should make efforts to reduce the gap between themselves and the developing countries. In the industrialized countries, environmental problems are generally related to industrialization and technological development.”

2.1.4 Rio conferentie (1992)

14. De wereldtop die exact twintig jaar later in Rio werd gehouden, heette niet per toeval *United Nations Conference on Environment and Development*. Dezelfde tweespalt tussen de ontwikkelde landen en de ontwikkelingslanden was aanwezig: terwijl ontwikkelde landen zich hoofdzakelijk inlieten met klimaatverandering en biodiversiteit, streefden ontwikkelingslanden voor onder meer markttoegang, (kennis)overdracht van technologieën en financiële steun. Net zoals de Verklaring van Stockholm, vormt de Verklaring van Rio een compromis tussen het milieudiscours enerzijds en het ontwikkelingsdiscours anderzijds.¹⁷ Zowel de ontwikkelde landen als de ontwikkelingslanden schaarden zich ditmaal achter het concept van “duurzame ontwikkeling”, dat enkele jaren voordien gedefinieerd werd in het Brundtland rapport (zie *infra*).¹⁸ Dit nieuwe concept bezat de retorische kracht en belofte dat het voor ieder wat wils had.¹⁹

15. Een van de principes die duurzame ontwikkeling kan faciliteren, is CBDR, dat in principe 7 van de Verklaring werd geïntroduceerd:

“States shall co-operate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command.”

De differentiatie in het internationaal milieurecht, zoals ingeluid door de Stockholm Verklaring, kreeg nu met CBDR een duidelijk gezicht, al was dit het resultaat van een compromis. De totstandkoming van principe 7 verliep immers niet zonder getouwtrek en uiteindelijk was geen enkele kant helemaal tevreden. Voor ontwikkelingslanden was het concept van “gemeenschappelijke maar

¹⁵ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 16 juni 1972, Stockholm, UN Doc. A/CONF/48/14/Rev.1. Zie principes 8, 9, 10, 11 en 12; L. Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, Oxford University Press, 2006, 55; Bartenstein, 2010, 184.

¹⁶ M. Hamrouni, *Les Responsabilités Communes mais Différenciées: Contribution à l'Étude de la Structuration d'un Principe Général du Droit International de l'Environnement*, Pedone, 2018, 8.

¹⁷ Declaration on Environment and Development, 14 juni 1992, Rio de Janeiro, UN Doc. A/CONF.151/5/Rev.1 (Vol. I).

¹⁸ Bartenstein, 2010, 186.

¹⁹ Rajamani, 2006, 59.

gedifferentieerde verantwoordelijkheden” te zwak geformuleerd, voor ontwikkelde landen ging het dan weer te ver. Desalniettemin zette de verklaring het concept officieel op de kaart door het voor de eerste maal expliciet te formuleren en aan te geven dat het significante juridische implicaties heeft.²⁰

2.2 CBDR ONTLEED: TWEE LUIKEN

16. De idee achter CBDR kan samengevat worden als volgt: het principe koppelt het besef dat iedereen verantwoordelijkheid draagt in de strijd tegen grootschalige milieuproblemen (gemeenschappelijke verantwoordelijkheden) aan de erkenning van het feit dat sommige leden binnen de internationale gemeenschap evenwel beter geplaatst zijn dan anderen om in deze strijd zwaardere verantwoordelijkheden op te pakken (gedifferentieerde verantwoordelijkheden).²¹ Aristoteles’ bekende “*gelijke zaken moeten gelijk behandeld worden, ongelijke zaken moeten ongelijk behandeld worden*” krijgt dus een hedendaagse concretisering in het internationaal milieurecht.²²

Hierna worden beide luiken toegelicht in het licht van het belangrijke principe 7 van de Rio Verklaring.

2.2.1 Common responsibilities

17. In (de preambules van) diverse milieuverdragen en –protocollen wordt de milieuproblematiek in kwestie beschouwd als een “*common concern*”. Dit wijst op de dimensie van het probleem, dewelke niet louter een of meerdere staten aanbelangt, maar de hele internationale gemeenschap. Bijgevolg heeft de internationale gemeenschap ook de verantwoordelijkheid om tezamen zulke globale problemen te adresseren.²³ Men spreekt ter zake van een “gemeenschappelijke” of “gedeelde” verantwoordelijkheid. Kortom, *common concerns* leiden tot *common responsibilities*.

18. Het realiseren van gemeenschappelijke verantwoordelijkheden vindt plaats in een sfeer van globaal partnerschap: “*States shall co-operate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth’s ecosystem*” luidt de eerste zin van principe 7 van de Rio Verklaring. De boodschap achter de idee van een globaal partnerschap is dat staten op een gelijke basis naar een *gemeenschappelijk* doel werken en hierbij *gemeenschappelijke* voordelen zoeken. Dit stimuleert niet alleen een betere coöperatie, maar ook de participatie in internationale akkoorden die hieruit ontstaan.²⁴

2.2.2 Differentiated responsibilities

2.2.2.1 Differentiatie *sensu lato*

19. Een van de gevolgen van de juridische gelijkheid tussen staten is het principe van wederkerigheid, waarbij elke staat dezelfde rechten en plichten heeft.²⁵ Echter, doordat ook elke staat gekenmerkt wordt door een andere historische, economische, politieke,... situatie, resulteert deze formele gelijkheid in *de facto* ongelijke rechten en plichten.²⁶ Differentiatie stapt af van

²⁰ D. French, “Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities”, *International and Comparative Law Quarterly* 2000, vol. 49, nr. 1, 38.

²¹ O. R. Young, “Environmental Ethics in International Society” in J-M. Coicaud en D. Warner (eds.), *Ethics and International Affairs: Extent and Limits*, United Nations University Press, 2001, 169; P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003, 286.

²² Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, boek V.

²³ Rajamani, 2006, 134. Zie bijvoorbeeld principe 24 Stockholm Verklaring en principe 7 Rio Verklaring.

²⁴ T. Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements: Regulatory and Policy Aspects*, Kluwer Law International, 2009, 353.

²⁵ Zoals o.m. vastgelegd in art. 2.1 van Charter van de Verenigde Naties, 26 juni 1945.

²⁶ Rajamani, 2006, 2; Bartenstein, 2010, 179.

wederkerigheid en houdt rekening met die verschillen. Differentiatie is het gebruik van normen die een verschillende, doorgaans meer voordelige, behandeling voorzien voor sommige staten.²⁷

20. *Niet-wederkerigheid* is geen nieuw gegeven en voorbeelden zijn onder meer te vinden in de stemregels van de VN Veiligheidsraad of de Wereldbank. De meerwaarde van *differentiatie* houdt daarentegen in dat de niet-wederkerigheid wordt gehanteerd teneinde *substantieve* gelijkheid te creëren. Door andere standaarden in te voeren voor verschillende staten of groepen van staten, kunnen immers bestaande ongelijkheden in rekening genomen worden.²⁸

Dit betekent niet dat formele gelijkheid éénsklaps overboord wordt gegooid: dat wordt enkel aan de kant geschoven in die gevallen waar de ongelijkheden tussen staten te significant zijn opdat zij allen voordeel zouden halen uit een juridisch regime met exact gelijke rechten en plichten.²⁹ Reeds in 1935 erkende het Permanent Internationaal Gerechtshof (afgekort: PIGH) in haar advies aangaande de Minoriteitsscholen in Albanië de nood hieraan: *“Equality in law precludes discrimination of any kind; whereas equality in fact may involve the necessity of different treatment in order to attain a result which establishes an equilibrium between different situations.”*³⁰

2.2.2.2 *Differentiatie als constitutief bestanddeel van CDR*

21. De essentie van differentiatie in het huidige internationaal milieurecht zit vervat in het principe van CDR.³¹ Het luik “gedifferentieerde verantwoordelijkheden” als bestanddeel van CDR houdt in dat staten in verschillende mate verantwoordelijk zijn in het adresseren van grootschalige milieuproblemen. Dit vertaalt zich ten aanzien van bepaalde staten onder meer in de verplichting financiële steun aan anderen te verschaffen en, al naargelang het milieuprobleem, het aangaan van zwaardere verbintenissen om deze tegen te gaan.³²

22. Principe 7 van de Rio Verklaring linkt de verschillende verantwoordelijkheden van staten aan de mate waarin zij bijdroegen en/of bijdragen aan het ontstaan en verergeren van een milieuprobleem. Een nauwlettende lezing van het principe onderscheidt twee aspecten. De derde zin (*“The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command”*) erkent uitdrukkelijk de verantwoordelijkheid van ontwikkelde landen. Het reflecteert wat men in de literatuur doorgaans hun “historische verantwoordelijkheid” noemt en die ze te wijten hebben aan hun jarenlange vervuiling.³³ De tweede zin (*“In view of the different contributions to global environmental degradation...”*) mikt daarentegen op een eerder conceptuele, abstracte verantwoordelijkheid. Deze wordt gedragen door *ieder* land dat vandaag een negatieve impact heeft op het milieu. Tussen de lijnen door hield de Rio

²⁷ Rajamani, 2006, 1.

²⁸ Cullet, 2003, 15-25.

²⁹ *Ibid.*, 172.

³⁰ PIGH, 6 april 1935, Advies inzake Minoriteitsscholen in Albanië, 19.

³¹ Rajamani, 2006, 9. Wanneer de thesis spreekt van “differentiatie”, moet dit begrepen worden als de differentiatie zoals deze in CDR bestaat.

³² Sands, 2003, 287. Een combinatie van de twee noemt men een “dubbele last”: M. Weislietz, “Rethinking the Equitable Principle of Common but Differentiated Responsibility: Differential versus Absolute Norms of Compliance and Contribution in the Global Climate Change Context”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2002, vol. 13, nr. 2, 483.

³³ Een jaar eerder, in 1991, hadden 44 ministers van ontwikkelingslanden deze verantwoordelijkheid in de Beijing Verklaring aangehaald: Beijing Ministerial Declaration on Environment and Development, 19 juni 1991, gepubliceerd in: *Chinese Journal of Population Resources and Environment* 1992, vol. 1, nr. 1, 54-60.

Verklaring aldus rekening met de vervuiling vanwege ontwikkelingslanden, die anno 1992 nog miniem was maar werd verwacht te zullen toenemen.³⁴

23. Om geloofwaardig en effectief te zijn, mag de differentiatie natuurlijk niet vervallen in een discriminatie en zou het niet ten koste mogen gaan van het doel van het regime. Het regime moet wel degelijk bepaalde fundamentele verplichtingen bevatten die voor iedereen gelijk gelden.³⁵ De twee luiken mogen, en kunnen, dus niet los van elkaar gezien worden. Het woordje “*but*” in “*common but differentiated responsibilities*” zou eigenlijk vervangen kunnen worden door “*and*”. “Maar” wekt immers de indruk dat het hier om tegengestelde verantwoordelijkheden gaat, terwijl het eigenlijk twee vereisten ter vervulling van eenzelfde verantwoordelijkheid betreft.³⁶

2.2.2.3 Meerwaarde van CBDR ten opzichte van klassieke differentiatie

24. BINIAZ meent dat het principe van CBDR overbodig is om geslaagd te kunnen differentiëren in MEA's.³⁷ Toch kunnen er al minstens twee aspecten van CBDR vermeld worden die deze stelling tegenspreken.³⁸

25. CBDR vormt, net zoals de voorzorgs- en preventiebeginselen³⁹, een manier om milieuproblemen op lange termijn te adresseren. Het verschil met deze principes is dat CBDR enkel tot uiting kan komen wanneer het de bescherming van een globaal gemeen goed betreft. Dit moet begrepen worden als een gemeen goed waar heel de planeet voordeel uit haalt (territoriaal aspect) en dat zowel huidige als toekomstige generaties aanbelangt (temporeel aspect).⁴⁰ Om die reden is CBDR zo goed als afwezig in akkoorden die problemen met een eerder lokale impact adresseren.⁴¹

CBDR zal ervoor zorgen dat elke staat, afhankelijk van bijvoorbeeld diens financiële middelen, ertoe bijdraagt een *point of no return* te vermijden. Staten hebben hier allen een “missie” oftewel een prospectieve verantwoordelijkheid om de toekomst veilig te stellen; een aspect dat ontbreekt aan differentiatie *sensu lato*.⁴² Van zodra de situatie zich voordoet waarbij een precieze en technische materie moet geregeld worden waarvan de repercussies onmiddellijk intreden, zal men dan ook geen beroep meer doen op CBDR, maar op een klassieke differentiatie.⁴³

26. Een ander belangrijk verschil met de klassieke differentiatie is dat CBDR de ontwikkeling van ontwikkelingslanden bewerkstelligt.⁴⁴ CBDR draagt niet enkel bij tot de realisatie van

³⁴ French, 2000, 50.

³⁵ B. Ling, “Developing Countries and Ozone Layer Protection: Issues, Principles and Implications”, *Tulane Environmental Law Journal* 1992, vol. 6, nr. 1, 107.

³⁶ B. Kellersmann, *Die Gemeinsame, aber Differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der Globalen Umwelt*, Springer, 2000, 49.

³⁷ S. Biniaz, “Common but Differentiated Responsibility: Remarks”, *American Society International Law Proceedings* 2002, vol. 96, 361.

³⁸ Zie ook: Hamrouni, 2018, 113-114.

³⁹ Het voorzorgsbeginsel is vervat in principe 15 van de Rio Verklaring: “*Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.*”; Referenties aan het preventiebeginsel zouden zich onder meer bevinden in principes 14 en 15 van de Stockholm Verklaring en principe 18 van de Rio Verklaring. Het preventiebeginsel strekt ertoe bewezen risico's onder controle te houden alvorens ze uitgroeien tot grotere problemen.

⁴⁰ Hamrouni, 2018, 114 in voetnoot.

⁴¹ P. Cullet, “Differential Treatment in Environmental Law : Addressing Critiques and Conceptualizing the Next Steps”, *Transnational Environmental Law* 2016, vol. 5, nr. 2, 328-330; Sands, 2003, 286.

⁴² Honkonen, 2009, 316; Hamrouni, 2018, 118.

⁴³ Hamrouni, 2018, 118.

⁴⁴ *Ibid.*, 120-123.

verdragsdoelstellingen, maar ook tot de algemene duurzame ontwikkeling van staten (zie *infra*). Aan ontwikkelingslanden laat het toe een bepaald niveau van ontwikkeling na te streven zonder geremd te zijn door ecologische overwegingen. Door het toelaten van lichtere verantwoordelijkheden, erkent CBDR dat armoedebestrijding en economische ontwikkeling prioriteiten blijven voor ontwikkelingslanden. In gevallen waar er sprake is van differentiatie zonder CBDR, lijkt dit niet het geval te zijn. Zo beoogt differentiële behandeling in het internationaal handelsrecht in hoofdzaak dat de minst ontwikkelde landen kunnen integreren in het mondiale handelssysteem.⁴⁵

2.2.3 Onderscheid met staatsaansprakelijkheid

27. Tot slot moet ook een verduidelijking aangebracht worden. Het gebruik van de term “*responsibility*” kan verwarrend overkomen gezien deze in het internationaal recht normaliter verwijst naar het concept van “*state responsibility*” of staatsaansprakelijkheid. De verantwoordelijkheden die staten op grond van CBDR hebben, zijn echter niet gelinkt aan een schending van internationale verplichtingen.⁴⁶

Bovendien wordt in het kader van CBDR ook aanvaard dat zwaardere verantwoordelijkheden ingegeven kunnen zijn door voorspelde tendenzen, zoals de verwachting dat een staat meer zal vervuilen naar de toekomst toe. In termen van aansprakelijkheid is zo iets evenwel niet mogelijk.⁴⁷ In de context van CBDR wordt bijgevolg bedoeld op een eerder morele, *sui generis* verantwoordelijkheid.⁴⁸

2.3 RELATIE TOT ANDERE RELEVANTE CONCEPTEN

28. SANDS definieert CBDR als een billijk principe dat in het nastreven van duurzame ontwikkeling een speciale verantwoordelijkheid in de schoot van ontwikkelde landen legt.⁴⁹ Of zoals CULLET het verwoordt: “*The realization of environmental quality cannot be sought in isolation from the socio-economic elements which constitute the backbone of equity in general international law. Equity and its environmental offshoot, the CBDR principle, imply therefore that environment and development goals must be pursued at the same time*”.⁵⁰

In wat volgt worden eerst beknopt de verhoudingen van CBDR tot billijkheid en duurzame ontwikkeling beschreven. Deze concepten dragen immers bij tot de inhoudelijke verheldering van CBDR in het internationaal milieurecht.⁵¹ Daarna wordt ook kort de relatie tussen CBDR en het concept van solidariteit besproken.

⁴⁵ *Ibid.*, 119.

⁴⁶ Zie artikel 2 van de Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts in Report of the International Law Commission on the work of its Fifty-Third Session, 2001, UN Doc. A/56/10. Aangenomen in annex bij een UNGA Resolutie, 2001, UN Doc. A/RES/56/83 en later verbeterd door UN Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

⁴⁷ Honkonen, 2009, 207.

⁴⁸ Zie ook : Bartenstein, 2010, 193-196.

⁴⁹ P. Sands en J. Peel, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018, 197; E. Brown Weiss, “Intergenerational Equity” in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, §17, online beschikbaar op <http://opil.ouplaw.com>; S. Lavallée, “Responsabilités Communes mais Différenciées et Protection Internationale de l’Environnement: Une Assistance Financière en Quête de Solidarité”, *Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 148.

⁵⁰ P. Cullet, “Equity and Flexibility in the Climate Change Regime: Conceptual and Practical Issues”, *Review of European Community and International Environmental Law* 1999, vol. 8, nr. 2, 170.

⁵¹ J. Lee, “Rooting the Concept of Common but Differentiated Responsibilities in Established Principles of International Environmental Law”, *Vermont Journal of Environmental Law* 2015, vol. 17, 41.

2.3.1 Billijkheid

29. Billijkheid dient in hoofdzaak als een correctiemechanisme om onwenselijke gevolgen te temperen die kunnen ontstaan uit een strikte toepassing van het recht. In de rechtspraak slaat het op de vrijheid van de rechter om materiële rechtvaardigheid te scheppen daar waar een formele toepassing van de norm dit niet kan bieden. Het principe vervult derhalve een zeer belangrijke rol in de rechtspraak, al is het in zekere zin gelimiteerd gezien rechtens slechts geconfronteerd worden met de afdwinging van reeds bestaande regels. Het gebruik van billijkheid bij het maken en implementeren van de regels is daarentegen veel breder.⁵²

Billijkheid is een belangrijke factor in het formuleren van verplichtingen in MEA's en wordt ingezet om een formele gelijkheid met onwenselijke gevolgen te vermijden. Omdat het evenwel een zeer algemeen concept is, beroept men zich op afgeleide concepten zoals CBDR om dit resultaat te bereiken. Van CBDR kan gezegd worden dat het billijkheid in het internationaal milieurecht promoot.⁵³ In tegenstelling tot gelijkheid kent billijkheid echter geen eenvormige formule, een probleem waar bijgevolg CBDR ook mee behept is.⁵⁴ Twee andere, rechtstreeks uit billijkheid voortvloeiende, concepten kunnen evenwel enige verduidelijking bieden.

30. Intergenerationele billijkheid streeft een eerlijke verdeling na van natuurlijke rijkdommen tussen verschillende generaties. Intragenerationele billijkheid beoogt dan weer een eerlijke verdeling van deze rijkdommen binnen eenzelfde generatie, zoals tussen de verschillende landen binnen de internationale gemeenschap.⁵⁵ De queeste naar intergenerationele billijkheid vereist dat eerst intragenerationele billijkheid wordt gevonden. Men kan immers niet verwachten dat arme landen zich billijk opstellen ten aanzien van toekomstige generaties indien ze reeds momenteel niet in staat zijn hun basisbehoeften te vervullen.⁵⁶

CBDR tracht in de eerste plaats die intragenerationele billijkheid te bewerkstelligen door af te wegen welke staten lichtere dan wel zwaardere verantwoordelijkheden binnen MEA's dienen op te pakken.⁵⁷ Dit impliceert bijvoorbeeld dat ontwikkelingslanden, tussen dewelke onderling veel verschillen bestaan, niet over dezelfde kam mogen geschoren worden. CBDR moet ervoor zorgen dat de meest kwetsbare landen de minste verantwoordelijkheden krijgen, terwijl het geoorloofd is dat ontwikkelingslanden met opkomende economieën meer verantwoordelijkheden krijgen.⁵⁸

Intergenerationele billijkheid vereist dan weer van CBDR dat de toewijzing van verantwoordelijkheden moet geschieden op een wijze die toekomstige generaties in acht neemt. Een interpretatie van CBDR die nefast is voor het milieu, bijvoorbeeld omdat bepaalde staten weinig tot geen verantwoordelijkheden opgelegd krijgen, strookt niet met het principe van intergenerationele billijkheid.⁵⁹ Andersom stimuleert CBDR ook intergenerationele billijkheid wanneer de

⁵² Cullet, 2003, 27.

⁵³ Honkonen, 2009, 107; Lavallée, 2010, 6; Pauw et al., 2014, 50.

⁵⁴ Honkonen, 2009, 103.

⁵⁵ Dit is gelijkaardig aan het concept van "distributieve rechtvaardigheid": R. Maguire, "Incorporating International Environmental Legal Principles into Future Climate", *Carbon & Climate Law Review* 2012, vol. 6, nr. 2, 106; Cullet, 2016, 308.

⁵⁶ Brown Weiss, 2011, §11.

⁵⁷ Lee, 2015, 44.

⁵⁸ S. Dinah, "Equity" in D. Bodansky, J. Brunnée en E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 649; Lee, 2015, 44.

⁵⁹ Lee, 2015, 42.

verantwoordelijkheden verdeeld worden rekening houdend met het feit dat sommige staten vroeger meer hebben bijgedragen tot het milieuprobleem dan anderen.⁶⁰

2.3.2 Duurzame ontwikkeling

31. Duurzame ontwikkeling wordt in het Brundtland Rapport van 1987, dat als de bakermat van het concept wordt beschouwd, omschreven als “het tegemoetkomen aan de noden van het heden zonder het in gevaar brengen van de mogelijkheid van toekomstige generaties om tegemoet te komen aan hun noden”.⁶¹ In het adresseren van onze behoeften moeten we daarom een balans trachten te vinden tussen economische, sociale en ecologische overwegingen, zijnde de drie pilaren van duurzame ontwikkeling.⁶² Zonder een adequate differentiatie in MEA’s, waarbij socio-economische omstandigheden repercussies hebben op het verdelen van de lasten, kan duurzame ontwikkeling geen realiteit worden.⁶³

32. Het belang van CBDR voor duurzame ontwikkeling bleek reeds uit principe 7 van de Rio Verklaring, dat verwijst naar “*the international pursuit of sustainable development*”. In “*The future we want*”, de resolutie aangenomen naar aanleiding van de VN Conferentie inzake Duurzame Ontwikkeling in 2012, wordt dit principe beklemtoond.⁶⁴ Hetzelfde gebeurde in de 2030 Agenda for Sustainable Development, overeengekomen in 2015.⁶⁵ Andersom wordt in talrijke preambules en operationele bepalingen van MEA’s verwezen naar duurzame ontwikkeling als een te bereiken doel.

33. De link tussen CBDR en duurzame ontwikkeling wordt in bovenstaande voorbeelden evenwel telkens beperkt gehouden tot de context van milieuproblemen. Een reden is dat beide concepten zich, door gebrek aan universele definitie, lenen tot verschillende invullingen.⁶⁶ CBDR biedt aan ontwikkelingslanden een kanaal om idealen uit de NIEO, zoals interdependentie, gemeenschappelijk belang, billijkheid, solidariteit en coöperatie, te recycleren in het nieuwere concept van duurzame ontwikkeling.⁶⁷ Ontwikkelde landen staan bijgevolg weigerachtig om CBDR ook een plaats geven in de sfeer van duurzame ontwikkeling in de ruime zin.⁶⁸

2.3.1 Solidariteit

34. De NIEO-beweging werd ingegeven door een idee van solidariteit. Deze solidariteit, waarbij ontwikkelde landen financiële en technologische steun moesten verschaffen aan de minst ontwikkelde landen, was echter eenzijdig. Per definitie moet solidariteit evenwel van beide kanten komen. In de

⁶⁰ Brown Weiss, 2011, §17.

⁶¹ Report of the World Commission on Environment and Development: “Our Common Future” (“Brundtland report”), 1987, Annex bij UN Doc. A/42/42, § 49.

⁶² G. Winter, “A Fundament and Two Pillars; the Concept of Sustainable Development 20 Years after the Brundtland Report” in H. C. Bugge en C. Voigt (eds.), *Sustainable Development in International and National Law*, Europa Law Publishing, 2008, 25.

⁶³ ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, Annex bij UN Doc. A/57/329, 2002.

⁶⁴ Resolutie “The future we want”, 2012, UN Doc. A/RES/66/288, §15.

⁶⁵ Resolutie “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”, 2015, UN Doc. A/RES/70/1, §12.

⁶⁶ M-C. Cordonnier Segger, “Sustainable development in international law” in H. C. Bugge en C. Voigt (eds.), *Sustainable Development in International and National Law*, Europa Law Publishing, 2008, 88.

⁶⁷ J-M. Arbour, “Normativité du Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées”, *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr.1, 74.

⁶⁸ S. Ranii, “Do Common but Differentiated Responsibilities Belong in the Post-2015 SDGs?”, 21 maart 2014, *New York University Center on International Cooperation*, <https://cic.nyu.edu/blog/global-development/do-common-differentiated-responsibilities-belong-post-2015-sdgs>.

decennia na de NIEO-beweging werd de internationale gemeenschap zich bewust van deze vergissing.⁶⁹

35. Solidariteit impliceert een gevoel van partnerschap tussen staten in het adresseren van belangen of bezorgdheden van de hele gemeenschap. Het kan gaan om problemen die actie vergen van alle staten, zoals milieuproblemen door staten in verschillende mate veroorzaakt, of problemen waarmee enkele leden van de internationale gemeenschap geconfronteerd worden maar waarvan de oplossing een voordeel zou opleveren voor de hele gemeenschap, zoals armoede.⁷⁰ Solidariteit is eigenlijk verder reikend dan partnerschap, dat gebaseerd is op wederzijds respect en *give-and-take*. Solidariteit vergt immers dat staten hun eigen belangen aan de kant schuiven wanneer een belang van de gemeenschap aan de orde is.⁷¹ Het is daarom een van de ethische grondslagen van interstatelijke relaties.

36. Beide elementen van CBDR – zowel de gezamenlijke participatie van allen als de gedifferentieerde verplichtingen – vergen een dergelijke houding vanwege alle staten. CBDR draait in grote mate om solidariteit: ten aanzien van de minder bedeelde staten enerzijds, en de toekomstige generaties en de toekomstige staat van het milieu, anderzijds.⁷² De door CBDR gestimuleerde solidariteit toont zich hiermee veelzijdiger dan deze door de NIEO beoogd.

⁶⁹ U. Beyerlin, "Bridging the North-South Divide in International Environmental Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2006, vol. 66, 269.

⁷⁰ Cullet, 1999, 552.

⁷¹ Beyerlin, 2006, 269.

⁷² Honkonen, 2009, 333.

3 DE TOEPASSINGEN VAN CBDR IN DE PRAKTIJK GEANALYSEERD EN VERGELEKEN

37. In dit hoofdstuk wordt de invulling van CBDR in vijf van de meest geratificeerde (milieu)verdragen en hun protocollen geanalyseerd, met name het Verdrag van Wenen ter bescherming van de ozonlaag (197 ratificaties), het Biodiversiteitsverdrag (196 ratificaties), het Kaderverdrag inzake Klimaatverandering (197 ratificaties), het Desertificatieverdrag (197 ratificaties) en het Verdrag van Stockholm inzake persistente organische verontreinigende stoffen (181 ratificaties).

Het gaat niet om een exhaustieve analyse. Van elk regime wordt de invulling van CBDR telkens besproken op vlak van de centrale verplichtingen – zijnde de verplichtingen die rechtstreeks de doelstelling van de MEA dienen⁷³ – (3.1) en op vlak van de financiële verplichtingen (3.2). De afbakening is enerzijds noodzakelijk omwille van het beperkte bestek van deze thesis, maar anderzijds ook voldoende om tot interessante inzichten te komen over het principe. Waar gepast worden de verschillende invullingen met elkaar vergeleken. In een volgend stadium worden dan uitgebreid de vaststellingen uiteengezet (3.4).

3.1 CBDR IN DE CENTRALE VERPLICHTINGEN

38. De bespreking wordt chronologisch opgebouwd. In een eerste instantie worden het Weens Ozonverdrag en diens Montreal Protocol, die nog voor de Rio Conferentie besloten werden, besproken. Vervolgens worden de drie zogenaamde “verdragen van Rio” bestudeerd, zijnde de Klimaat-, Biodiversiteits- en Desertificatieverdragen en bijhorende protocollen die in navolging van de top in 1992 gesloten werden. Rond de eeuwwisseling kwam daar het Verdrag inzake persistente organische pollutanten bij. Ten slotte worden ook de meest recente ontwikkelingen binnen deze regimes besproken.

3.1.1 Het Verdrag van Wenen ter bescherming van de ozonlaag

39. Met het Verdrag van Wenen, aangenomen in 1985, ondernam de internationale gemeenschap voor de eerste maal formele stappen om een milieuprobleem aan te pakken alvorens daar wetenschappelijke zekerheid omtrent was en alvorens er schade werd ondervonden. Het enige wat onderzoekers toen met zekerheid konden zeggen, was dat het een groeiend probleem betrof dat iedereen ter wereld aanbelangde.⁷⁴ De schrik zorgde ervoor dat de ozonproblematiek sterk onder de aandacht werd gebracht en wakkerde het gevoel aan dat samenwerking in de strijd hiertegen noodzakelijk was.⁷⁵ In de literatuur spreekt men ter zake van de doorbraak van het *common concern*-beginsel⁷⁶, al krijgt dit in het Verdrag nog geen letterlijke vermelding.

40. Omdat nog niet duidelijk was welke substanties de ozonlaag precies aantastten en wat de gevolgen daarvan waren, voorziet het Verdrag slechts in de verplichting samen te werken op vlak van

⁷³ De term is ontleend aan Rajamani, 2006, 93. Gelijkaardige terminologie is te vinden in Cullet, 2003, 16 en Y. Matsui, “Some Aspects of the Principle of “Common but Differentiated Responsibilities”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2002, vol. 2, nr. 2, 156.

⁷⁴ E. Desombre, “The Experience of the Montreal Protocol: Particularly Remarkable, and Remarkably Particular”, *UCLA Journal of Environmental Law and Policy* 2000, vol. 19, nr. 1, 50.

⁷⁵ B. A. Green, “Lessons from the Montreal Protocol: Guidance for the next International Climate Change Agreement”, *Environmental Law* 2009, vol. 39, nr. 1, 258.

⁷⁶ Green, 2009, 258.

onderzoek en technologie-kennis- en informatie-uitwisseling.⁷⁷ Hierbij moeten, in navolging van wat eerder in de Stockholm verklaring van 1972 werd afgesproken, de omstandigheden en noden van ontwikkelingslanden in acht worden genomen.⁷⁸ De concrete regels ter stabilisering, reductie en uiteindelijk stopzetting van de productie en het gebruik van substanties die de ozonlaag aantasten (*ozone depleting substances*, hierna: ODS), zouden later volgen naargelang de wetenschappelijke vooruitgang.

3.1.1.1 Het Montreal Protocol

3.1.1.1.1 Een dynamisch systeem

41. Twee jaar na het Kaderverdrag werd effectief het Montreal Protocol aangenomen. Aanvankelijk vonden diens onderhandelingen plaats louter tussen OESO landen, maar al snel werd duidelijk dat de medewerking van ontwikkelingslanden cruciaal was.⁷⁹ Het was immers geen kwestie van *of*, maar van *wanneer* de productie van ODS zich volledig zou ontplooiën in de ontwikkelingslanden.⁸⁰ Ontwikkelingslanden verkregen bijgevolg een sterke positie in de onderhandelingen. Dit, tezamen met de volop vorderende wetenschappelijke onderzoeken naar ozondepletie, zorgden voor de interessante combinatie van CBDR *avant la lettre* en dynamiek. Het Montreal Protocol is vooreerst dynamisch omdat het aangepast kan worden aan nieuwe wetenschappelijke vaststellingen⁸¹, hetgeen geschiedde met de amendementen van London (1990), Kopenhagen (1992), Montreal (1997), Beijing (1999) en Kigali (2016).⁸² Het is eveneens dynamisch in de manier waarop het de lasten, zijnde de vermindering en uitdoving van consumptie en productie van ODS, billijk verdeelt tussen de partijen.⁸³

42. Om differentiële behandeling te genieten, moet de staat ten eerste een ontwikkelingsland zijn, hetgeen wijst op de socio-economische onmogelijkheid voor deze staten om dezelfde verplichtingen als ontwikkelde landen te dragen. Ten tweede mag het jaarlijks ODS-consumptieniveau per inwoner de 0,3 kg niet overschrijden. Dit weerspiegelt dan weer de marginale bijdrage van ontwikkelingslanden in ozondepletie.⁸⁴ In de praktijk wordt gesproken van de artikel 5 landen – zij die aan bovenstaande voorwaarden voldoen – en de niet-artikel 5 landen. In lijn met het dynamisch karakter van het protocol, impliceert deze dubbele drempel dat bepaalde ontwikkelingslanden na verloop van tijd mogelijks niet meer beschouwd worden als artikel 5 landen. Zo wordt vermeden dat sommige landen onterecht van de differentiële behandeling zouden blijven genieten.⁸⁵

⁷⁷ Zie artt. 2, 3 en 4 Verdrag van Wenen ter bescherming van de ozonlaag.

⁷⁸ Zie §3 preambule en art. 4(2) Verdrag van Wenen ter bescherming van de ozonlaag.

⁷⁹ Cullet, 2003, 103-106.

⁸⁰ I. Rowlands, "Atmosphere and Outer space" in D. Bodansky, J. Brunnée en E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 325.

⁸¹ M. Getu, "Accommodating the Interests of Developing Countries in the Climate Change Regime: Lessons from the Ozone Layer Regime", *Mizan Law Review* 2012, vol. 6, nr. 1, 6.

⁸² Het Weens Ozonverdrag, het Montreal Protocol en de eerste vier amendementen tellen allen 197 ratificaties. Het recente Kigali Amendement telt voorlopig 31 ratificaties en zal op 1 januari 2019 in werking treden. *United Nations Treaty Series Online*, <https://treaties.un.org/> (geconsulteerd op 3 augustus 2018).

⁸³ §6 preambule Montreal Protocol.

⁸⁴ Art. 5 Montreal Protocol; Ling, 1992, 108.

⁸⁵ Momenteel voldoen 147 van de 197 partijen aan deze criteria: www.multilateralfund.org. Anderzijds is het ook opvallend dat men uiteindelijk nog steeds niet met zekerheid kan zeggen wat onder "developing country" begrepen wordt. De vierde MOP besliste geen criteria aan te nemen om ontwikkelingslanden te classificeren. Naar de toekomst toe zouden appliquerende landen individueel beoordeeld moeten worden: Dec. IV/7, Report of the Fourth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1992, Kopenhagen, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15.

3.1.1.1.2 Gelijke reductieplichten, verschillende implementering

43. Artikel 5 van het Protocol, “*special situation of developing countries*”, vormt de kern van differentiatie in het ozonregime. De verschillende behandeling uit zich in de eerste plaats in de verschillende tijdsaders. Artikel 5 landen genieten namelijk van een zogenaamde gratieperiode om de centrale verplichtingen van het protocol te implementeren. Dit houdt in dat voor ontwikkelingslanden dezelfde uitdovingschema’s pas tien jaar later, al naargelang soort ODS, in werking treden.⁸⁶

Er kunnen twee redenen gegeven worden voor deze differentiatie.⁸⁷ Ten eerste zou de gratieperiode een billijk antwoord zijn op het feit dat, ten tijde van de onderhandelingen, de ontwikkelde landen reeds lange tijd de grootste producenten en consumenten van ODS waren. Ten tweede zou de toepassing van een gelijke tijdspanne een disproportionele sociale en economische ballast teweeg brengen voor ontwikkelingslanden, vooral voor zij die net geïnvesteerd hadden in basisbehoeften zoals koelkasten en airconditioning. De gratieperiode dient bijgevolg om ontwikkelingslanden toe te laten in hun basisbehoeften te voorzien in de transitie weg van ODS en te leren uit de ervaringen en technologische ontwikkelingen die ontwikkelde landen eerder meemaken op basis van hun vooruitlopende uitdovingschema’s. Tijdens de gratieperiode mag de consumptie en productie van ODS stijgen, zij het niet onbeperkt.⁸⁸

44. Een ander element in de differentiële behandeling schuilt in het toelaten van verschillende referentiejaar op basis waarvan de uitdovingschema’s worden berekend. Er werd geopteerd om het referentiejaar van ontwikkelingslanden, naargelang soort ODS, 1995-1997 of 1998-2000 te laten zijn, waar ontwikkelde landen 1986, 1989 of 1991 kregen.⁸⁹ Om ook de landen met opkomende economieën (*countries with economies in transition*, hierna: CEIT) aan boord te krijgen – zij vielen immers niet onder de artikel 5 landen – werd ten slotte toegestaan dat zij de uitbouw van hun cfk centrales afwerkten.⁹⁰

3.1.1.1.3 “Perhaps the most successful international agreement to date”⁹¹

45. Het protocol behelst een van de eerste concrete toepassingen van CBDR in het internationaal milieurecht, al wordt dit principe nog niet expliciet vermeld.⁹² De invulling van het principe in het ozonregime wordt tot op de dag van vandaag gelauwerd om diens gebalanceerd en dynamisch karakter. Zo hebben, in tegenstelling tot in het hierna besproken klimaatregime, ook ontwikkelingslanden bindende verplichtingen. Afgezien van de gratieperiode en verschillende referentiejaar, vervullen zij dezelfde reductieverplichtingen als de ontwikkelde landen. Deze invulling, waarbij een evenwicht wordt behouden tussen gemeenschappelijke en gedifferentieerde

⁸⁶ Enkel landen die voor 1998 toetraden tot het protocol mochten gebruik maken van deze gratietermijn.

⁸⁷ A. Halvorssen, *Equality among Unequals in International Environmental Law*, Westview Press, 1999, 88.

⁸⁸ Getu, 2012, 18. Het begrip “basisbehoeften” werd op de conferentie te Helsinki in 1989 gedefinieerd. Productietoename met oog op export valt er bijvoorbeeld niet onder: Dec. I/12H, Report of the First Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1989, Helsinki, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.1/5. De stijging mag niet meer dan 10% bedragen. Zie onder meer: artt. 2(A)(1), 2(B)(1), 2(C)(1), 2(D)(1), 2(E)(1), 2(H)(1) Montreal Protocol. Er moet ook aan herinnerd worden dat indien een ontwikkelingsland de drempel van 0,3/kg ODS-consumptie per jaar en per capita overschrijdt, het de aanspraak op de differentiële behandeling verliest.

⁸⁹ Rajamani, 2006, 104; Getu, 2012, 18.

⁹⁰ Art. 2(6) Montreal Protocol.

⁹¹ Uitspraak van Kofi Annan, voormalig secretaris-generaal van de VN, op de Internationale Dag voor de Bescherming van de Ozonlaag, 16 September 2005.

⁹² Rowlands, 2007, 326; Green, 2009, 265.

verantwoordelijkheden, had minstens twee positieve gevolgen.⁹³ Vooreerst stimuleerde dit een quasi-universele participatie.⁹⁴ Ten tweede droeg het feit dat alle partijen moesten reduceren bij tot de verwezenlijking van het doel van het verdrag. Aangezien ook op termijn de consumptie en productie van ODS in ontwikkelingslanden zou afnemen, was het voor ODS producenten in ontwikkelde landen namelijk een zekerheid dat de ontwikkeling van alternatieven voor ODS een aantrekkelijke investering was en dat er geen financiële voordelen waren om hun bedrijven snel naar het zuiden te verkasten.⁹⁵ Bijgevolg was de incentive groot om effectief de productie van ODS af te bouwen.

Pas later werd in verschillende beslissingen van de Conference of the Parties (hierna: COP) expliciet het principe van CBDR vermeld. Zo werd in de Montreal Verklaring, aangenomen te COP19, besloten dat “[...] *the success of the Montreal Protocol reflects an unprecedented spirit of cooperation between developed and developing countries*” en dat “[...] *the Montreal Protocol operates on the concept of shared but differentiated responsibilities of the Parties with a commitment by all Parties to participate and be fully engaged*”.⁹⁶

3.1.2 Het Kaderverdrag inzake Klimaatverandering

46. In 1990 werd een intergouvernementeel onderhandelingscomité (*intergovernmental negotiating committee*, hierna: INC) opgericht met oog op de creatie van wat later het Klimaatverdrag (*United Nations Framework Convention on Climate Change*, hierna: UNFCCC) genoemd zou worden. Reeds tijdens de eerste sessie werd gehamerd op de opname van CBDR in het toekomstig instrument maar tegen de tweede sessie waren er al verhitte discussies over hoe dit principe zou ingevuld worden, meer bepaald of ontwikkelingslanden al dan niet verplichtingen zouden krijgen en zo ja, in welke mate.⁹⁷

De idee CBDR was in het klimaatregime nochtans niet aan zijn proefstuk toe. Zo werd reeds in enkele voorafgaande internationale initiatieven gewezen op de verschillende verantwoordelijkheden van staten.⁹⁸ Pas in het Klimaatverdrag, dat in navolging van de Rio Conferentie werd gesloten, kreeg CBDR een expliciete vermelding.⁹⁹ Zo stelt paragraaf zes van de preambule dat partijen erkennen

“(...) that the global nature of climate change calls for the widest possible cooperation by all countries and their participation in an effective and appropriate international response, in

⁹³ Getu, 2012, 28. Volledigheidshalve moet vermeld worden dat het systeem met gratieperiodes ook enkele negatieve gevolgen teweegbracht. Zo heeft het op bepaalde plaatsen tot illegale handel geleid: N. E. Bufundo, “Compliance with the Ozone Treaty: Weak States and the Principle of Common but Differentiated Responsibility”, *American University International Law Review* 2006, vol. 21, nr. 3, 481-485; E. Mossos, “The Montreal Protocol and the Difficulty with International Change”, *Albany Law Environmental Outlook Journal* 2005, vol. 10, 21-23. Ook zou de idee achter de gratieperiode niet in lijn zijn met het voorzorgsbeginsel: O. Yoshida, *The International Legal Regime of the Stratospheric Ozone Layer*, Kluwer Law International, 2001, 105.

⁹⁴ Volledigheidshalve moet vermeld worden dat ook andere incentives een invloed hadden. Zo voorzag art. 4 Montreal Protocol economische sancties ten aanzien van niet-participerende landen en was het in grote mate de oprichting van het Multilateraal Fonds die de twijfelende ontwikkelingslanden over de streep trok (zie *infra*).

⁹⁵ Green, 2009, 267. Uit de praktijk blijkt dat ontwikkelingslanden zelfs vóór het einde van de gratieperiodes de consumptie en productie van ODS verlieten: Honkonen, 2009, 144-148; Rajamani, 2006, 119.

⁹⁶ Annex IV, Report of the Nineteenth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2007, Montreal, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.19/7.

⁹⁷ Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Framework Convention on Climate change on the Work of its First Session, 1991, UN Doc. A/AC.237/6, , §§41, 46 en 51-52.

⁹⁸ Zie bijvoorbeeld The Noordwijk Declaration on Climate Change, 1989, §7 en de resolutie aangenomen naar aanleiding van de UN Conference on Environment and Development, 1989, UN Doc. A/RES/44/228, §15.

⁹⁹ Drie keer, namelijk in §6 preambule en artt. 3 en 4 UNFCCC.

accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities and their social and economic conditions”.

47. Opvallend is dat CBDR hier *common but differentiated responsibilities and respective capabilities* luidt.¹⁰⁰ Principe 7 van de Rio Verklaring, waarin de verschillende verantwoordelijkheden uitdrukkelijk gekoppeld worden aan de mate waarin staten bijdragen tot milieudegradatie, lag vers in het geheugen van de industrielanden. Zij vreesden dat hun jarenlange vervuiling de blijvende grondslag voor zwaardere verplichtingen in hun hoofde zou vormen en wilden dan ook koste wat kost een exacte herhaling van het principe in het nieuwe kaderverdrag vermijden. Het liefst van al wisten de ontwikkelde landen elke spoor van hun vroegere vervuiling uit. Uiteindelijk stemden ze in met een expliciete vermelding van het principe, op voorwaarde dat *“and respective capabilities”* eraan toegevoegd zou worden. Op die manier wilden ze dit aspect op (minstens) dezelfde hoogte brengen als de *“responsibilities”*, zodanig dat de differentiatie in het UNFCCC niet alleen gestoeld zou zijn op de verschillende bijdragen tot klimaatverandering, maar ook op de verschillen in financiële capaciteiten. Voor ontwikkelde landen vormde laatstgenoemde aspect een meer acceptabele reden om zwaardere verplichtingen op te pakken.¹⁰¹

48. De verwijzing naar de verschillende mate van vervuiling wordt overigens niet meer expliciet aangehaald in dezelfde paragraaf als CBDR, maar in de derde paragraaf van de preambule:

“Noting that the largest share of historical and current global emissions of greenhouse gases has originated in developed countries, that per capita emissions in developing countries are still relatively low and that the share of global emissions originating in developing countries will grow to meet their social and development needs.”

In lijn met principe 7 van de Rio Verklaring wordt hier niet alleen gemikt op de vroegere en huidige vervuiling van ontwikkelde landen, maar ook op de toenemende vervuiling vanwege ontwikkelingslanden. De voorlaatste paragraaf van de preambule merkt op dat deze groeiende energieconsumptie, noodzakelijk voor hun economische ontwikkeling, evenwel zo duurzaam mogelijk dient te geschieden.¹⁰²

49. Vervolgens verschijnt CBDR opnieuw in de eerste paragraaf van artikel 3, *“Principles”* getiteld:

“The Parties should protect the climate system for the benefit of present and future generations of humankind, on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities. Accordingly, the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof.”

Deze formulering bevestigt niet enkel de link tussen CBDR en (inter- en intra-generatiele) billijkheid, maar introduceert ook de zogenaamde voortrekkersrol van ontwikkelde landen. Deze rol houdt in dat ontwikkelde landen het voortouw dienen te nemen in het adresseren van klimaatverandering en wordt tot op heden als een belangrijk aspect van CBDR in het klimaatregime beschouwd.

Artikel 3 was een initiatief van de ontwikkelingslanden teneinde meer gewicht toe te kennen aan de principes bovenop een loutere vermelding in de preambule. Aanvankelijk stuitte dit artikel op verzet van de ontwikkelde landen, maar later gaven ze toe onder de voorwaarde dat *“In their actions to*

¹⁰⁰ In de literatuur kort men het principe hierdoor af als CBDRRC. De thesis blijft echter verder spreken van CBDR.

¹⁰¹ T. Deleuil, “The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties”, *RECIEL* 2012, vol. 21, nr. 3, 272. Ironisch genoeg verwerpen ontwikkelde landen de historische verantwoordelijkheid, maar verkiezen ze in het kader van hun emissiereducties wel referentiejaar die hen gunstig uitvallen, een praktijk die men *“grandfathering”* noemt: Rajamani, 2006, 142.

¹⁰² Dit wordt herhaald in art. 3(4) UNFCCC.

achieve the objective of the Convention and to implement its provisions, the Parties shall be guided, inter alia, by the following (...)” de principes in artikel 3 voorafging.¹⁰³ Hiermee wilden ze CBDR als een simpele leidraad projecteren en zo voorkomen dat CBDR internationaal gewoonrecht zou worden.¹⁰⁴ Deze zet had echter niet tot gevolg dat de differentiatie in het klimaatregime getemperd werd - integendeel. Naast het feit dat CBDR in het klimaatregime verschillende expliciete vermeldingen verkreeg, blijkt ook uit andere elementen van het Verdrag – en *a fortiori* van het latere Kyoto Protocol - dat differentiatie eigenlijk het hele regime vormgeeft.

50. Om te weten tussen wie gedifferentieerd wordt, voorzag het UNFCCC in annexen. Annex I bestaat uit landen die in 1992 aangesloten waren bij de OESO plus een aantal landen in economische transitie en reflecteert aldus de nadagen van de Sovjet-Unie. De niet opgelijste restcategorie, de “niet-Annex I landen”, bestaat uit ontwikkelingslanden. Uiteindelijk komt het er op neer dat de dichotomie tussen Annex I en niet-Annex I de postkoloniale wereld anno 1992 weerspiegelde.¹⁰⁵ Dit zorgde toen reeds voor vreemde constructies, zoals bijvoorbeeld Oost-Europese landen die onder Annex I vallen versus opkomende Aziatische of Latijns-Amerikaanse landen die daar niet onder vallen.¹⁰⁶

51. Deze dichotomie ligt aan de basis van artikel 4, “Commitments”. De eerste paragraaf van dit artikel bevat een reeks verplichtingen gemeenschappelijk aan alle partijen, in lijn met de preambulaire erkenning dat klimaatverandering en diens nefaste gevolgen een “*common concern of humankind*” zijn.¹⁰⁷ Het betreft onder meer de verplichting nationale inventarissen van broeikasgassen op te stellen en te publiceren, mee te werken aan de ontwikkeling van relevante technologieën en publieke bewustwording en informatie mee te delen aan de COP. De gedeelde verplichtingen worden evenwel getemperd doordat de partijen ze moeten vervullen rekening houdend met hun “gemeenschappelijke maar gedifferentieerde verantwoordelijkheden en hun specifieke nationale en regionale ontwikkelingsprioriteiten, objectieven en omstandigheden”.¹⁰⁸ Op meerdere plaatsen in het UNFCCC wordt speciale aandacht gegeven aan verschillende categorieën landen. Zo wordt er melding gemaakt van de kwetsbaarheid van onder meer kleine eilandstaten, maar ook van landen wiens economieën in grote mate afhankelijk zijn van de productie van fossiele brandstoffen.¹⁰⁹

52. De tweede paragraaf van artikel 4 voorziet in plichten *uitsluitend* voor Annex I landen. Deze omvatten onder andere het aannemen van concrete beleidsmaatregelen om de hoeveelheid broeikasgassen te reduceren. Net zoals in het Montreal Protocol wordt enige flexibiliteit voorzien voor de CEIT, die ditmaal meer ruimte genieten in het bepalen van hun referentiejaar.¹¹⁰ In tegenstelling tot het Montreal Protocol verwacht het UNFCCC echter geen gelijkaardige inspanningen van de nochtans grote groep ontwikkelingslanden.

Het is op deze tweede paragraaf dat het Kyoto Protocol zal verder bouwen.

¹⁰³ Eigen onderlijning. Op initiatief van de VS werd overigens de veelzeggende voetnoot “*Titles of articles are included solely to assist the reader*” toegevoegd.

¹⁰⁴ R. Maguire, “The Role of Common but Differentiated Responsibility in the 2020 Climate Regime”, *Carbon & Climate Law Review* 2013, nr. 4, 263.

¹⁰⁵ Pauw et al., 2014, 17.

¹⁰⁶ S. Maljean-Dubois en P. M. Sariego, “Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées dans le Régime International du Climat”, *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 92.

¹⁰⁷ § 1 preambule UNFCCC.

¹⁰⁸ Art. 4(1) UNFCCC.

¹⁰⁹ Respectievelijk §§ 19 en 20 preambule en artt. 4(8) en 4(10) UNFCCC.

¹¹⁰ Art. 4(6) UNFCCC.

3.1.2.1 Het Kyoto Protocol

3.1.2.1.1 Ontwikkelde landen moeten het voortouw nemen, al zijn er geen volgers

53. Toen op de eerste COP te Berlijn de onderhandelingen voor het Kyoto Protocol startten, werd reeds besloten dat *“The process shall be guided, inter alia, by the following: (...) The provisions of the Convention, including Article 3, in particular the principles in Article 3.1 (...)”*.¹¹¹ Effectief, in het Kyoto Protocol wordt zowel in de preambule als in de operationele tekst verwezen naar artikel 3 van het UNFCCC, dat in diens eerste paragraaf het principe van CBDR bevat.¹¹² CBDR wordt als het kloppend hart van het Kyoto Protocol beschouwd, zij het met een omstreden invulling.

54. De COP in 1995 bepaalde immers dat *“The process will, inter alia: (...) Not introduce any new commitments for Parties not included in Annex I, but reaffirm existing commitments in Article 4.1 and continue to advance the implementation of these commitments in order to achieve sustainable development, taking into account Article 4.3, 4.5 and 4.7; (...)”*.¹¹³ Dit besluit werd bijna letterlijk overgenomen in artikel 10 van het Kyoto Protocol, een schaars voorbeeld van een gedeelde verantwoordelijkheid binnen het protocol. Een kritische lezing leert dat enkel op vlak van de hierin vervatte coöperatieplichten van ontwikkelingslanden een inspanning gevraagd werd.¹¹⁴

Dit staat in contrast met de gekwantificeerde en bindende emissiereductiedoelstellingen voor zes soorten broeikasgassen, opgelegd aan de Annex I landen.¹¹⁵ De hoeveelheid uitstoot die een ontwikkeld land tussen 2008 en 2012 nog mocht hebben, varieerde van 92 tot 110 procent ten opzichte van het toepasselijk referentiejaar. Voor België en diens buurlanden bedroegen de zogenaamde emissieplafonds 92 procent, terwijl bijvoorbeeld IJsland met 110 procent en Noorwegen met 101 procent zelfs nog (afgebakende) emissiestijgingen mochten kennen. Hierdoor werd in feite ook tussen de Annex I-landen onderling gedifferentieerd.¹¹⁶ Uiteindelijk moesten zij tezamen, tegen het einde van die eerste verbintenisperiode, een emissiereductie van 5 procent ten opzichte van 1990 behalen.¹¹⁷

55. De differentiatie in verplichtingen die het Kyoto Protocol tussen de ontwikkelde landen en de ontwikkelingslanden introduceerde, was enorm. Deze gapende kloof maakte het klimaatregime uiteindelijk niet alleen uniek, maar ook gecontesteerd. Het zou gewaagd zijn te zeggen dat ontwikkelingslanden een *carte blanche* kregen om hun emissies onbegrensd te laten toenemen. Zo zou de bewoording *“share of (...) global emissions”* in paragraaf 3 van de UNFCCC preambule erop wijzen dat de emissietoename van ontwikkelingslanden relatief is aan de emissies van ontwikkelde landen. Bovendien is het ook zo dat door in artikel 3(1) UNFCCC te zeggen dat ontwikkelde landen de leiding moeten nemen, ook impliciet gezegd wordt dat ontwikkelingslanden zullen volgen.¹¹⁸ Echter, deze stelling wordt nergens in het Kyoto Protocol expliciet bevestigd. Vanuit een ecologisch perspectief

¹¹¹ Dec. 1/CP.1, Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its First Session, 1995, Berlijn, UN Doc. FCCC/CP/1995/7/Add.1, I(1)(a).

¹¹² § 4 preambule en art. 2(3) Kyoto Protocol.

¹¹³ Dec. 1/CP.1, Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its First Session, 1995, Berlijn, UN Doc. FCCC/CP/1995/7/Add.1, II(2)(b).

¹¹⁴ Maguire, 2013, 264.

¹¹⁵ De lijsten met broeikasgassen en procentagens zijn opgenomen in Annex A respectievelijk Annex B bij het Kyoto Protocol.

¹¹⁶ De manier waarop deze percentages berekend zijn, lijkt vooral het resultaat te zijn van politiek afdingen. Een gevolg van het niet hanteren van een consistente formule is de zogenaamde *“hot air”* problematiek: C. Batruch, *“Hot Air as Precedent for Developing Countries? Equity Considerations”*, *UCLA Journal of Environmental Law & Policy* 1999, vol. 17, nr. 1, 45-66.

¹¹⁷ Art. 3(1) Kyoto Protocol.

¹¹⁸ Rajamani, 2006, 238.

kunnen hier dan ook vraagtekens bij geplaatst worden. Reeds in 1997 kenden verschillende ontwikkelingslanden immers een industriële opmars, waarbij doorgaans weinig milieuvriendelijke technieken aan te pas komen. Voorspelbare gevolgen waren onder meer het *pollution haven*-effect, waarbij bedrijven uit ontwikkelde landen hun vervuilende activiteiten verplaatsen naar ontwikkelingslanden, en het op termijn overtreffen van de reducties van het Kyoto Protocol opgelegd aan de Annex I landen.¹¹⁹

56. Deze problematiek was destijds ook al aan de orde bij het Montreal Protocol. Tijdens de onderhandelingen voor het Kyoto Protocol werd daarom een gelijkaardige constructie met gratieperiodes voorgesteld, maar de ontwikkelingslanden meenden dat ze op grond van CBDR geen verplichtingen hadden.¹²⁰ Deze visie ontkent echter een fundamenteel element van CBDR. Klimaatverandering is een probleem van *common concern* en vergt bijgevolg dat alle staten hun gemeenschappelijke verantwoordelijkheden opnemen.¹²¹ Het Kyoto Protocol erkent wel dat eerste, maar niet dat tweede, door enkel de ontwikkelde landen hun verantwoordelijkheden te doen oppakken. Dit is echter niet waar CBDR voor staat, noch wat in het Montreal Protocol gebeurde: daarin is wel degelijk sprake van differentiële behandeling, maar niet in die mate dat ontwikkelingslanden worden uitgesloten van participatie in de reducties en uiteindelijke stopzetting van ODS. Het Kyoto Protocol verloor het eerste luik van CBDR, namelijk *common responsibilities*, uit het oog.¹²² GREEN spreekt daarom van zogenaamde “*exclusive responsibilities*”.¹²³

3.1.2.1.2 Pleidooi voor een betekenisvolle participatie vanwege ontwikkelingslanden

57. Deze bedenkingen vormen de kern van de zogenaamde “betekenisvolle participatie” (“*meaningful participation*”) discussie, een discussie die oplaaide op elke COP/MOP en waarvan de niet-ratificatie van het Kyoto Protocol door de Verenigde Staten wellicht het meest besproken gevolg is.¹²⁴ In juli 1997 nam de US Senate unaniem de Byrd-Hagel Resolutie aan, enerzijds uit schrik dat ontwikkelingslanden een oneerlijk economisch voordeel zouden genieten indien ze niet dezelfde emissierestricties als de VS kregen opgelegd, anderzijds uit de overtuiging dat een effectief klimaatinstrument de actieve participatie van ontwikkelingslanden vergt.¹²⁵ Het stelde dat de VS geen partij zou zijn bij protocols die onder meer

- (A) “*Mandate new commitments to limit or reduce greenhouse gas emissions for the Annex I (developed country) Parties, unless the protocol or other agreement also mandates new specific scheduled commitments to limit or reduce greenhouse gas emissions for developing country parties within the same compliance period, or*
- (B) *Would result in serious harm to the economy of the United States (...)*”

Volgens HARRIS zou deze resolutie geen verwerping van CBDR zijn maar eerder een “alternatieve interpretatie ervan, zij het een minder robuuste versie dan degene die de ontwikkelingslanden

¹¹⁹ Weisslitz, 2002, 489.

¹²⁰ Het Berlijn Mandaat had de uitkomst van het Kyoto Protocol reeds begrensd: Dec. 1/CP.1, Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its First Session, 1995, Berlijn, UN Doc. FCCC/CP/1995/7/Add.1, II(2)(b); zie ook *supra*.

¹²¹ § 1 preambule UNFCCC; Weisslitz, 2002, 496-497.

¹²² Honkonen, 2009, 131.

¹²³ Green, 2009, 278.

¹²⁴ Zie ook: Rajamani, 2006, 216-236.

¹²⁵ US Senate Resolution 98 (“Byrd-Hagel Act”), 105th Cong., 143 Cong. Rec., S8138-39, 1997; P. G. Harris, “Common But Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy”, *N.Y.U. Environmental Law Journal* 1999, vol. 7, nr. 1, 37-38.

wilden”.¹²⁶ Opmerkelijk is evenwel dat de vereisten hier zeer ver gaan. “*Within the same compliance period*” is een voorwaarde waaraan zelfs het Montreal Protocol niet voldoet, hoewel de VS daar destijds zeer sterk achter stond - de senaat stemde toen quasi unaniem voor sterke actie tegen ozondepletie.¹²⁷

58. De VS gaven te kennen dat differentiële behandeling in het klimaatregime te ver was gegaan. Maar wat is te ver gaan? Wanneer gaat CBDR te ver? Dit is zo wanneer de differentiële behandeling de doelstellingen van het verdrag hindert.¹²⁸ De nieuwe formulering “*common but differentiated responsibilities and respective capabilities*” belette niet dat het Kyoto Protocol werd ingegeven door een remediërende, eerder dan door een preventieve aanpak. Het beoogde namelijk dat ontwikkelde landen hun vroegere destructieve gedrag zouden remediëren terwijl ontwikkelingslanden dezelfde ongeremde kans moesten krijgen zichzelf te ontwikkelen, ondanks dat het UNFCCC zelf erkende dat de uitstoot in ontwikkelingslanden zou stijgen.¹²⁹ Dit staat in contrast met het Montreal Protocol, dat eerder gericht was op de toekomst en bijgevolg ook verplichtingen oplegde aan ontwikkelingslanden. Kortom, bij de invulling van CBDR in het klimaatregime werd “*the stabilization of greenhouse gas concentrations in the atmosphere at a level that would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system*”, zijnde het doel van het UNFCCC¹³⁰, mogelijks uit het oog verloren.

59. Een manier om ontwikkelingslanden, ondanks afwezigheid van bindende emissiereducties, te laten participeren in mitigatie waren de flexibiliteitsmechanismen. In het Kyoto Protocol werden drie nieuwe mechanismen geïntroduceerd: het Mechanisme voor Schone Ontwikkeling (*Clean Development Mechanism*, hierna: CDM), het Mechanisme voor Gezamenlijke Uitvoering (*Joint Implementation*) en een Internationaal Systeem voor Emissiehandel (*Emissions Trading*). Van deze marktmechanismen kan in het bijzonder CDM als een directe emanatie van CBDR beschouwd worden.¹³¹ Annex I landen kunnen namelijk via emissie reducerende projecten in ontwikkelingslanden enerzijds bijdragen tot de plaatselijke duurzame ontwikkeling en anderzijds “gecertificeerde emissiereductie credits” bekomen, die ze vervolgens kunnen aanwenden om hun eigen plichten onder het Kyoto Protocol te vervullen of om te verhandelen. Het is een win-win situatie: de ontwikkelde landen kunnen op een meer kosten-efficiënte manier hun plichten vervullen, terwijl de ontwikkelingslanden kunnen streven naar duurzame ontwikkeling.¹³² Echter, naast het feit dat CDM en de flexibiliteitsmechanismen in het algemeen kritiek te verduren hebben¹³³, lossen ze de stroeve differentiatie in het Kyoto Protocol niet op.

¹²⁶ Harris, 1999, 42.

¹²⁷ C. R. Sunstein, “Of Montreal and Kyoto: A Tale of Two Protocols”, *Harvard Environmental Law Review* 2007, vol. 31, nr. 1, 25.

¹²⁸ Halvorssen, 1999, 29.

¹²⁹ Weisslitz, 2002, 491; § 3 preambule UNFCCC.

¹³⁰ Art. 2 UNFCCC.

¹³¹ Matsui, 2002, 162.

¹³² *Ibid.*, 162.

¹³³ Zo meenden ontwikkelingslanden dat de industrielanden eerst in eigen land voldoende inspanningen moesten leveren alvorens actie te ondernemen in de rest van de wereld. Ze vreesden onder meer dat de CDM projecten de goedkoopste manieren van emissiereductie zouden opmaken, zodat de ontwikkelingslanden nadien enkel nog op duurdere manieren konden mitigeren. Zie ook: Honkonen, 2009, 127-136; L. Van Trien, «Les enjeux juridiques de l'intégration des pays en développement dans le régime climatique post-Kyoto», *Revue québécoise de droit international* 2010, vol. 23, nr. 1, 67-70.

3.1.2.1.3 Starre structuur gebaseerd op gedateerde annexen

60. Dit brengt ons bij een tweede hinderpaal van het regime: de categorisering van verdragsstaten. De Annex structuur van het UNFCCC heeft nooit perfect CBDR gereflecteerd.¹³⁴ Sommige landen ontwikkelden snel en behoorden stilaan tot de rijksten ter wereld, zoals Singapore en Qatar, maar werden nog steeds als niet-Annex I beschouwd. Zuid-Korea en Mexico bleven ook nog “ontwikkelingslanden”, hoewel ze zich bij de OESO aansloten. China en India groeiden op relatief korte termijn uit tot de grootste vervuilers ter wereld. In tegenstelling tot het dynamische Montreal Protocol, bepaalde het Kyoto Protocol niet wanneer een land hoorde over te gaan naar een andere categorie en dito verplichtingen. Een objectieve bepaling waardoor landen zwaardere verantwoordelijkheden moeten opnemen zodra een gratieperiode of drempels inzake per capita inkomen en uitstoot overschreden zijn, ontbrak.¹³⁵ Het UNFCCC voorzag dat vóór 1998 een review van de Annexen moest plaatsvinden¹³⁶, maar dit was echter buiten het Berlijn Mandaat van 1995 gerekend (zie *supra*). Aldus bleven de Annexen onaangeroerd en kon enkel gehoopt worden dat niet-Annex I landen vrijwillig plichten van Annex I landen zouden opnemen, hetgeen uiteindelijk enkel door Kazachstan werd ondernomen.¹³⁷

3.1.3 Het Biodiversiteitsverdrag

61. Op heden zijn er meer dan 300 MEA's, waarvan ongeveer 30% volledig of gedeeltelijk gewijd aan biodiversiteit. De meerderheid daarvan heeft een regionale draagwijdte. Onder de globale biodiversiteitsgerelateerde MEA's spannen twee verdragen de kroon. Enerzijds CITES, dat bedoeld is om specifieke soorten te beschermen, en anderzijds het Biodiversiteitsverdrag (*Convention on Biological Diversity*, hierna: CBD), dat in een comprehensievere aanpak voorziet.¹³⁸ Het focust immers niet enkel op het behoud van biodiversiteit, maar beoogt tevens het duurzaam gebruik van genetische bronnen en een eerlijke en billijke verdeling van de opbrengsten hieruit. Deze drieledige doelstelling reflecteert de tegenstellingen tussen ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen.¹³⁹ Gezien het gros van de globale biodiversiteit gesitueerd is op grondgebied van ontwikkelingslanden, genoten zij een goede onderhandelingspositie en werd het CBD uiteindelijk een *trade off* tussen biodiversiteitsbehoud en economische billijkheid.¹⁴⁰ Door de vele tegenstellingen bleef het evenwel bij een consensusstekst met veel zwakke bepalingen en verplichtingen.¹⁴¹

62. De preambule van het verdrag stelt, in lijn met het UNFCCC, dat het behoud van biodiversiteit een “*common concern of humankind*” is. Nergens valt echter een expliciete vermelding van CBDR te bespeuren, hoewel de twee verdragen in dezelfde periode onderhandeld werden en het CBD net zozeer een product is van de Rio Conferentie. In tegenstelling tot de hierboven besproken regimes deelt het de partijen ook niet op in categorieën voor wat de centrale verplichtingen betreft. Enkel in de preambule worden de speciale omstandigheden van minst ontwikkelde landen (*least developed*

¹³⁴ D. Bodansky, “The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?”, *American Journal of International Law* 2016, vol. 110, nr. 2, 16.

¹³⁵ Pauw et al., 2014, 52; K. Bartenstein, “L’Opérationnalisation du Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées Repensée : Plaidoyer pour une Démarche Ancrée dans l’Équité”, *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 135.

¹³⁶ Art. 4(2)(f) UNFCCC.

¹³⁷ Art. 4(2)(g) UNFCCC.

¹³⁸ D. M. McGraw, “The CBD – Key Characteristics and Implications for Implementation”, *RECIEL* 2002, vol. 11, nr. 1, 20-21.

¹³⁹ Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Convention on Biological Diversity on the Work of its Second Session, 1991, Nairobi, UN Doc. UNEP/Bio.Div/N4-INC.2/5, §20-21.

¹⁴⁰ A. Boyle, “The Rio Convention on Biological Diversity” in M. Bowman en C. Redgwell (eds.), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Kluwer Law International, 1996, 38.

¹⁴¹ A. Cliquet, *Internationaal en Europees recht inzake biodiversiteit*, Academia Press, 2013, 114.

countries, hierna: LDCs) en kleine eilandstaten (*small island developing states*, hierna: SIDS) “genoteerd”.¹⁴²

63. Dit maakt van het CBD geen irrelevant onderzoeksobject – integendeel: in het Kaderverdrag worden de bepalingen inzake de eerste twee doelstellingen gekleurd door een andere manier van differentiëren. Artikel 6, “*General Measures for Conservation and Sustainable Use*”, beoogt onder meer de ontwikkeling van nationale strategieën, plannen of programma’s. Deze verplichting moet door elke verdragspartij nagekomen worden “*in accordance with its particular conditions and capabilities*”. In andere, specifiekere, bepalingen, zoals deze omtrent *in-situ* en *ex-situ* behoud of duurzaam gebruik van biologische bronnen, wordt dan weer veelvuldig gebruik gemaakt van de zinsnede “*Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate (...)*”.¹⁴³ “[A]s appropriate” laat ruimte voor differentiatie, die tegelijkertijd begrensd wordt door “*as far as possible*”.¹⁴⁴ Het CBD vertrekt dus telkens van verplichtingen aan alle partijen gelijk, maar laat toe dat zij bij het implementeren daarvan rekening houden met hun omstandigheden – zoals geografische eenheden - en financiële capaciteiten.

64. Dat de differentiële behandeling op een minder concrete wijze ingevuld wordt dan in de ozon- en klimaatregimes doet sommige auteurs zich afvragen of er überhaupt sprake is van CBDR.¹⁴⁵ Daartegenover staan er verschillende auteurs die CBDR net als de rode draad van het CBD beschouwen.¹⁴⁶ Zo kan er opgemerkt worden dat, hoewel er weinig onderscheid wordt gemaakt tussen ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden, de context-afhankelijke differentiatie in het Verdrag er voor zorgt dat in feite tussen *alle* partijen wordt gedifferentieerd. Geen enkel land deelt immers dezelfde omstandigheden en financiële situatie. De differentiatie zou derhalve bij wijze van spreken niet dieper gaan, maar wel breder reiken dan in de Montreal en Kyoto Protocollen.

Dat sommige auteurs CBDR een grote rol toeschrijven in dit kaderverdrag, is evenwel in hoofdzaak te danken zijn aan de manier waarop de derde doelstelling van het verdrag gerealiseerd wordt. Het CBD introduceert hiervoor namelijk het systeem van *access and benefit sharing* (hierna: ABS).

65. Vroeger gold een praktijk van vrije toegang: de combinatie van de idee dat biodiversiteit een *common heritage of mankind* is, enerzijds, en een gebrek aan internationale en nationale regulering, anderzijds, zorgde ervoor dat ontwikkelde landen ongeremd genetische rijkdommen uit ontwikkelingslanden verkregen.¹⁴⁷ De rijkdommen werden vervolgens onder meer aangewend in de farmaceutische industrie en bio-technologie, bioprospectie genaamd¹⁴⁸, maar de enorme winsten

¹⁴² §18 preambule CBD.

¹⁴³ Respectievelijk artt. 8, 9 en 10 CBD. De formulering kan ook gevonden worden in artt. 5, 7, en 11 CBD.

¹⁴⁴ French, 2000, 39.

¹⁴⁵ P. Cullet, “Common but Differentiated Responsibilities”, in M. Fitzmaurice, D. M. Ong en P. Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, 2010, Cheltenham, Edward Elgar, 161.

¹⁴⁶ Lavallée, 2014, 177; Bartenstein, 2010, 190.

¹⁴⁷ Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Convention on Biological Diversity on the Work of its Second Session, 1991, Nairobi, UN Doc. UNEP/Bio.Div/N4-INC.2/5, §11.

¹⁴⁸ Bioprospectie wordt gedefinieerd als “de exploitatie van de genetische rijkdommen van een land voor commerciële of andere doeleinden, bijvoorbeeld voor wetenschappelijk onderzoek”. www.health.belgium.be/nl/dieren-en-planten/biodiversiteit/genetische-rijdommen/van-bioprospectie-tot-biopiraterij (geconsulteerd op 4 mei 2018).

hieruit bleven in de ontwikkelde landen. Deze situatie – die men onofficieel “biopiraterij” noemt¹⁴⁹ - deed vanaf de jaren '80 de vraag rijzen naar betere afspraken.¹⁵⁰

66. Vooreerst werd in het CBD een verwijzing naar biodiversiteit als *common heritage* vermeden. In plaats daarvan werd ervoor geopteerd om de preambule van *common concern of humankind* te laten spreken, gevolgd door de benadrukking van de soevereine rechten die staten hebben over hun eigen genetische rijkdommen.¹⁵¹ Zo erkent het CBD de bezorgdheid – en verantwoordelijkheid – van de internationale gemeenschap op vlak van biodiversiteit zonder deze als een publiek goed te aanzien.¹⁵²

67. De regeling inzake de toegang en verdeling van rijkdommen zit vervat in artikel 15 van het Verdrag. “Access” moet verstaan worden als de toelating om stalen van genetische rijkdommen te bekomen met oog op onderzoek, behoud, industriële toepassing of commercieel gebruik.¹⁵³ Verdragspartijen worden verwacht wetgeving te ontwikkelen omtrent deze toegang, zoals wanneer en onder welke voorwaarden dit toegestaan is. Alvorens een gebruiker toegang bekomt, zal de aanbieder zijn “*prior informed consent*” (PIC)¹⁵⁴ geven en wordt een onderlinge overeenkomst gesloten, de “*mutually agreed terms*” (MAT)¹⁵⁵. Deze afspraken hebben niet alleen betrekking op de toegang en het gebruik van de genetische rijkdommen, maar ook op de daaruitvolgende winsten. Het is immers de bedoeling dat de gebruiker zijn winsten op een eerlijke en billijke manier zal verdelen met het land van herkomst.¹⁵⁶ Het ABS systeem werd verder uitgewerkt in het Nagoya Protocol van 2010 (voluit: *Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization*), dat in feite de derde doelstelling van het CBD implementeert.¹⁵⁷

68. Of ABS nu als een vorm van CBDR beschouwd kan worden, is op het eerste gezicht twijfelachtig.¹⁵⁸ Vooreerst kan opgemerkt worden dat het hier om *benefit-sharing* en niet om *burden-sharing* gaat, in tegenstelling tot de reductiedoelstellingen in de Montreal en Kyoto Protocollen. Bovendien spreekt het Nagoya Protocol in hoofdzaak van “*users*” en “*providers*”, en niet van

¹⁴⁹ Biopiraterij wordt gedefinieerd als “het zich toe-eigenen van genetische rijkdommen of traditionele kennis zonder de toestemming van het land van herkomst (of de gemeenschap die over die kennis beschikt), en het beperken van het gebruik ervan via het aanvragen van octrooien door privé-bedrijven die zich zo een exclusief recht op wat leeft toe-eigenen.” Het verwijst tevens “naar het niet verdelen van voordelen tussen de octrooihouder en de gemeenschap die aldus werd beroofd van haar rijkdommen en kennis.” www.health.belgium.be/nl/dieren-en-planten/biodiversiteit/genetische-rijdommen/van-bioprospectie-tot-biopiraterij (geconsulteerd op 4 mei 2018).

¹⁵⁰ V. Barral, “Sustainable development and equity in biodiversity conservation” in E. Morgera en J. Razzaque (eds.), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, 239.

¹⁵¹ §§ 3 en 4 preambule CBD. De soevereine rechten worden herhaald in artikel 15(1) CBD.

¹⁵² McGraw, 2002, 20-22.

¹⁵³ R. Pavoni en D. Piselli, “Access to Genetic Resources and and Benefit Sharing” in E. Morgera en J. Razzaque (eds.), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, 238.

¹⁵⁴ Art. 15(5) CBD.

¹⁵⁵ Art. 15(4) CBD.

¹⁵⁶ Art. 15(7) CBD.

¹⁵⁷ § 4 Preambule Nagoya Protocol; S. Jolly, “Access and Benefit Sharing under Nagoya Protocol and Sustainable Development: A Critical Analysis”, *AGORA International Journal of Juridical Sciences* 2015, nr. 3, 39. Eerder werden al de *Bonn Guidelines* aangenomen te COP6 in 2002, waar in annex mogelijke monetaire en niet-monetaire voordelen werden opgesomd: Dec. VI/24(A), Report of the Sixth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 2002, Den Haag, UN Doc. UNEP/CBD/COP/6/20. De opsomming werd later overgenomen in een annex bij het Nagoya Protocol.

¹⁵⁸ E. Morgera, “The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing”, *European Journal of International Law* 2016, vol. 27, nr. 2, 379.

“ontwikkelde landen” en “ontwikkelingslanden”.¹⁵⁹ Aldus kan in theorie *elke* verdragspartij een begunstigde zijn van de batenverdeling, ongeacht diens financiële toestand.¹⁶⁰ Ten slotte merkt MORGERA op dat de formulering “*genetic resources within the scope of article 15*”¹⁶¹ het toepassingsgebied van het Protocol afbakt tot genetische bronnen die dateren van na de inwerkingtreding van het CBD, waarmee het consequenties voor de historische biopiraterij van ontwikkelde landen zou vermijden.¹⁶²

Sommige auteurs menen daarentegen dat ABS wel ingegeven is door CBDR.¹⁶³ Dat het hier niet om *burden*- maar om *benefit-sharing* gaat, zou geen belemmering zijn.¹⁶⁴ Het is daarenboven zo dat rijke biodiversiteit in de eerste plaats te vinden is in ontwikkelingslanden en het waren dan ook vooral deze landen die ABS bepleitten.¹⁶⁵ In de praktijk zal ABS alsnog een mechanisme zijn tussen ontwikkelde landen enerzijds en ontwikkelingslanden anderzijds, waarbij ontwikkelde landen hun winsten moeten verdelen met de ontwikkelingslanden en op die manier intra-generatiele billijkheid stimuleren.¹⁶⁶ Tot slot moet opgemerkt worden dat ook de differentiatie op vlak van de eerste twee doelstellingen van het CBD weinig ingegeven lijkt te zijn door een grotere bijdrage tot biodiversiteitsverlies vanwege een aantal ontwikkelde landen.¹⁶⁷

69. Tot slot moet volledigheidshalve ook het Cartagena Protocol van 2000 (voluit: *Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity*) vermeld worden. Het Protocol telt 171 partijen en beoogt de bescherming van mens en milieu voor risico's die gepaard gaan bij het grensoverschrijdend transporteren van genetisch gemanipuleerde organismen.¹⁶⁸ Ontwikkelde landen verklaarden tijdens de onderhandelingen dat er “geen plaats is voor socio-economische overwegingen in het kader van bioveiligheid”.¹⁶⁹ Uiteindelijk vormt artikel 26, “*Socio-economic considerations*”, toch een bescheiden compromis tussen de belangen van de ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden.¹⁷⁰

¹⁵⁹ Anderzijds moet vermeld worden dat een categorisering op basis van ontwikkeling hier wellicht ook moeilijk zou geweest zijn, gezien tenslotte niet elk ontwikkelingsland een rijke biodiversiteit kent en dus geen significante aanspraak maakt op batenverdeling.

¹⁶⁰ Pauw et al., 2014, 33.

¹⁶¹ Art. 3 Nagoya Protocol.

¹⁶² E. Morgera, “Justice, Equity and Benefit-Sharing under the Nagoya Protocol to the Convention on Biological Diversity”, *The Italian Yearbook of International Law Online* 2015, vol. 24, nr. 1, 127.

¹⁶³ Pauw et al., 2014, 32; Lavallée, 2014, 177; Bartenstein, 2010, 190.

¹⁶⁴ Honkonen, 2009, 16.

¹⁶⁵ Ter illustratie: “Mega diverse countries” zijn 17 landen met de meeste biodiversiteit ter wereld en de meerderheid hiervan zijn ontwikkelingslanden. Zie www.biodiversitya-z.org/content/megadiverse-countries; M. Buck, E. Morgera en E. Tsioumani, *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing*, Brill, 2014, 51.

¹⁶⁶ Barral, 2017, 66.

¹⁶⁷ De ontwikkelde landen erkennen wel hun verantwoordelijkheid in het vroegere belasten van de mondiale biodiversiteit: Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Convention on Biological Diversity on the Work of its Fifth Session, 1991, Genève, UN Doc. UNEP/Bio.Div/N5-INC.3/4, §5.

¹⁶⁸ <https://treaties.un.org/> (geconsulteerd op 3 augustus 2018); Art. 2 Cartagena Protocol. In 2010 werd het Nagoya - Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress aangenomen, dat toepasselijk is op schade voortvloeiend uit het transporteren van ggo's. Het supplementaire protocol trad op 5 maart 2018 in werking.

¹⁶⁹ Report of the First Meeting of the Open-Ended Ad Hoc Working Group on Biosafety, 1996, UN Doc. UNEP/CBD/BSWG/1/4, §86.

¹⁷⁰ M-A. Hermitte (ed.), “La Convention sur la Diversité Biologique a Quinze Ans”, *Annuaire Français de Droit International* 2006, vol. 52, 373; F. Perron-Welch, “Socioeconomics, Biosafety and Sustainable Development” in M-C. Cordonnier-Segger, F. Perron-Welch en C. Frison (eds.), *Legal Aspects of Implementing the Cartagena Protocol on Biosafety*, Cambridge University Press, 2013, 152.

“The Parties, in reaching a decision on import under this Protocol or under its domestic measures implementing the Protocol, may take into account, consistent with their international obligations, socio-economic considerations arising from the impact of living modified organisms on the conservation and sustainable use of biological diversity (...)”

3.1.4 Het Desertificatieverdrag

70. De aanneming van een verdrag in de strijd tegen verwoestijning werd al lang bejverd door ontwikkelingslanden, in het bijzonder de landen van het Afrikaans continent. Teneinde deze landen aan boord te houden gedurende het hele Rio proces, stemden ontwikkelde landen in om, naast onderhandelingen voor een klimaat- en biodiversiteitsverdrag, ook een verdrag inzake desertificatie op de agenda te zetten. De inspanningen geleverd op de Rio Top faalden evenwel. Uiteindelijk slaagde men er pas twee jaar later in om tot het Desertificatieverdrag (*UN Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa*, hierna: UNCCD) te komen dat in 1996 in werking trad.¹⁷¹ Dat het Verdrag vandaag de dag een quasi-universele ratificatie kent, verdoezelt dat de onderhandelingen zowel zuid-zuid als zuid-noord felle tegenstellingen kenden, zeker op vlak van de centrale verplichtingen en financiële bepalingen.¹⁷²

71. Doordat de onderhandelingen in hoofdzaak gedreven werden door Afrikaanse landen, wisten zij duidelijk hun stempel door te drukken in het Verdrag. Hoewel het geen rechtstreeks product is van de Rio Conferentie zelf, reflecteert het Verdrag zeer sterk de idee van duurzame ontwikkeling, in die mate dat het soms eerder een verdrag inzake duurzame ontwikkeling dan een milieuverdrag wordt genoemd.¹⁷³ Het Verdrag adresseert namelijk, naast het probleem van verwoestijning, ook in belangrijke mate kwesties zoals armoede, hongersnood en nood aan economische groei.¹⁷⁴

Anderzijds lukte het de (Afrikaanse) ontwikkelingslanden niet om verwoestijning te ontdoen van de “ver-van-mijn-bed” perceptie die heerste onder de ontwikkelde landen.¹⁷⁵ Hoewel de rechtstreekse effecten van droogte en verwoestijning in de eerste plaats een bepaalde regio en diens bevolking treffen, hebben de fenomenen bijvoorbeeld ook belangrijke gevolgen voor het globale milieu, zoals het klimaat en de biodiversiteit.¹⁷⁶ Waar respectievelijk het UNFCCC en CBD hun problemen als een “*common concern*” beschouwen, blijft het UNCCD terughoudend op dit punt. De eerste paragrafen van diens preambule erkennen wel dat de gevolgen van desertificatie een “*dringende bezorgdheid*”

¹⁷¹ B. Kjellen, “The Saga of the Convention to Combat Desertification: the Rio/Johannesburg Process and the Global Responsibility for the Drylands”, *Review of European Community & International Environmental Law* 2013, vol. 12, nr. 2, 129-130. Dat tijdens de Rio Conferentie en nadagen alle aandacht uitging naar de andere twee milieuproblemen, leverde het Desertificatieverdrag de bijnamen “Rio’s stiefkind” en “tweedeklas verdrag” op: “Global Environment Outlook 3: Past, Present and Future Perspectives”, *United Nations Environment Programme* 2002, 18.

¹⁷² A. Najam, “Dynamics of the Southern Collective: Developing Countries in Desertification Negotiations”, *Global Environmental Politics* 2004, vol. 4, nr. 3, 137.

¹⁷³ Pauw et al., 2014, 34.

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld §§ 8-9 en 11-13 van de preambule en art. 2(1) UNCCD. De doelstelling van het verdrag zit vervat in laatstgenoemd artikel en luidt als volgt: “*The objective of this Convention is to combat desertification and mitigate the effects of drought in countries experiencing serious drought and/or desertification, particularly in Africa, through effective action at all levels, supported by international cooperation and partnership arrangements, in the framework of an integrated approach which is consistent with Agenda 21, with a view to contributing to the achievement of sustainable development in affected areas.*”

¹⁷⁵ Report of the Intergovernmental Negotiating Committee to elaborate a Convention to Combat Desertification in those Countries experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa on the work of its Second Session, 1993, Nairobi, UN Doc. A/AC.241/12, §9.

¹⁷⁶ Zie §18 preambule UNCCD.

teweegbrengen en een “globale dimensie” hebben¹⁷⁷, maar het Verdrag spreekt nergens van een gemeenschappelijke bezorgdheid.¹⁷⁸ Evenmin slaagden de ontwikkelde landen er in om een apart artikel met principes, waaronder CBDR, in het uiteindelijke Verdrag te bekomen.¹⁷⁹

72. De terughoudendheid van de ontwikkelde landen wordt gereflecteerd in artikel 4 van het UNCCD, dat de aan alle partijen gemene verplichtingen bevat. De meeste mitigatieverplichtingen onder het verdrag rusten immers op de categorie van de geaffecteerde partijen. Zij dienen conform artikel 5 UNCCD bijvoorbeeld nationale actieplannen op te stellen en de onderliggende oorzaken van verwoestijning te adresseren. In dit opzicht vertoont de differentiatie onder het UNCCD gelijkenissen met de differentiatie onder het UNFCCC. Ook hier worden immers aparte verplichtingen gekoppeld aan een aparte categorie landen. In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, is dergelijke differentiatie dus niet uniek aan het klimaatregime. Er kunnen enkele simpele redenen aangehaald worden waarom het UNCCD ter zake toch minder aandacht krijgt. Zo zijn haar verplichtingen minder impactterend – en dus minder controversieel – dan de emissiereducties van het Kyoto Protocol. Bovendien verschillen de geïndiceerde landen. Het Kyoto Protocol legt zwaardere verplichtingen op aan ontwikkelde landen, terwijl Artikel 5 UNCCD spreekt van “geaffecteerde partijen”. Hieronder vallen hoofdzakelijk ontwikkelingslanden, maar ook enkele ontwikkelde landen – te denken valt aan Australië, Spanje en de VS – waardoor het om een enigszins gemengde groep gaat. De nationale actieplannen die de getroffen landen horen op te stellen, worden vervolgens uitgestippeld rekening houdend met de omstandigheden en vereisten eigen aan elk land.¹⁸⁰

73. Opmerkelijk is de aandacht die gegeven wordt aan verschillende kwetsbare regio's. Het is vrij vernieuwend dat een globaal verdrag algemene principes combineert met regio-specifieke maatregelen.¹⁸¹ Deze maatregelen staan opgesomd in vijf “*Regional Annexes*”, die elk naargelang de regio (Afrika, Azië, Latijns-Amerika en de Caraïben, het Noord-Mediterraans gebied en Centraal- en Oost-Europa) de speciale toestanden, noden en richtlijnen in kaart brengen. PAUW ET AL. spreken ter zake van een “regionale differentiatie”.¹⁸² De annexen vormen onder meer een leidraad in het creëren van nationale, subregionale en/of regionale actieplannen.¹⁸³ Naast de langste Annex, blijkt de speciale aandacht voor Afrika ook uit de titel van het Verdrag, artikel 7 - “*Priority for Africa*” – en talrijke bepalingen die de partijen verplichten rekening te houden met Afrika in het implementeren van het verdrag.¹⁸⁴ Tezamen vormde dit een antwoord op de tegenstellingen die gaandeweg de onderhandelingen ook tussen ontwikkelingslanden onderling rezen. De beslissing om annexen in te voeren was een innovatief mechanisme om de verschillende belangen te dienen binnen de G77, terwijl de beslissing om extra prioriteit te verschaffen aan Afrika tegemoet kwam aan de wens van Afrikaanse

¹⁷⁷ Respectievelijk §§2 en 4 UNCCD.

¹⁷⁸ Er wordt wel op verschillende plaatsen gewezen op het belang van coöperatie. Zie bijvoorbeeld §§ 17 en 15 preambule en artt. 2(1) en 3(b) UNCCD.

¹⁷⁹ Report of the Intergovernmental Negotiating Committee to elaborate a Convention to Combat Desertification in those Countries experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa on the work of its Second Session, 1993, Nairobi, UN Doc. A/AC.241/12, §28.

¹⁸⁰ Artt. 9(1) en 10(4) UNCCD.

¹⁸¹ A. Kanam, “United Nations Convention to Combat Desertification: Issues and Challenges”, 2014, *E-International Relations*, www.e-ir.info/2014/04/30/united-nations-convention-to-combat-desertification-issues-and-challenges/.

¹⁸² Pauw et al., 2014, 35.

¹⁸³ Artt. 9(1), 11 en 15 UNCCD.

¹⁸⁴ Binnen de Annex voor Afrika worden van de Afrikaanse landen overigens extra inspanningen verwacht, die ze moeten uitvoeren “*in accordance with their respective capabilities*”. Art. 4(1) Regional Implementation Annex for Africa to the UNCCD.

landen om een speciale behandeling te krijgen.¹⁸⁵ De prioriteit voor Afrika is vandaag de dag nog steeds relevant doordat het continent 34 van de 49 LDCs telt en als continent het meest getroffen wordt door verwoestijning.¹⁸⁶

74. Het UNCCD getuigt, via gemeenschappelijke verplichtingen enerzijds en differentiatie op verschillende niveaus anderzijds, van een toepassing van CBDR. In de verhouding noord-zuid bestaat de lastenverdeling erin dat geaffecteerde landen (voornamelijk ontwikkelingslanden) zwaardere mitigatiemaatregelen dienen te nemen, terwijl ontwikkelde landen hen hierin financieel dienen te steunen.¹⁸⁷ In de verhouding zuid-zuid ten slotte zullen de mitigatiemaatregelen verschillen doordat het UNCCD in aparte regionale annexen voorziet en bovendien ruimte laat aan de geaffecteerde landen om rekening te houden met hun nationale omstandigheden en capaciteiten in het nemen van de maatregelen.

3.1.5 Het Stockholm Verdrag inzake persistente organische pollutanten

75. Persistente Organische Verontreinigende Stoffen of Polluenten, afgekort POPs, zijn uiterst giftige stoffen voor mens en milieu die zich gemakkelijk verspreiden maar moeizaam afbreken. Bekende voorbeelden zijn DDT, een pesticide dat vandaag nog steeds in Afrika wordt ingezet tegen malaria en PFOS-fluoride, gebruikt in blusschuim.¹⁸⁸ Gezien de draagwijdte van dit probleem, werden op internationaal niveau verschillende initiatieven ondernomen.¹⁸⁹ Het belangrijkste is het Verdrag van Stockholm (*Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants*, hierna: POP Conventie of Conventie van Stockholm), gesloten in 2001 en in werking sinds 2004.

76. Het Verdrag deelt diverse POPs onder in drie verschillende annexen – A, B of C – naargelang de maatregelen die getroffen dienen te worden. Annex A bevat de POPs waarvan de productie en het gebruik stopgezet moeten worden, al zijn specifieke uitzonderingen mogelijk. Annex B gaat over POPs waarvan de productie en gebruik beperkt moeten worden. Ten slotte bevat annex C de POPs die onopzettelijk vrijkomen bij bepaalde processen zoals afvalverbranding en waarvoor actieplannen opgesteld moeten worden om het ontsnappen te verminderen of te beëindigen. Aanvankelijk waren 12 stoffen opgenomen in de annexen, de zogenaamde “dirty dozen”, en ondertussen zijn er 16 bijgekomen middels amendering.¹⁹⁰ De POP Conventie is bijgevolg dynamisch en kan de verdragsregels toepassen op nieuwe stoffen wanneer dit nodig blijkt.¹⁹¹ Het lijkt in die zin op het Montreal Protocol.¹⁹²

¹⁸⁵ Najam, 2004, 142.

¹⁸⁶ Cullet, 2016, 314.

¹⁸⁷ Art. 6 UNCCD. In tegenstelling tot het klimaatregime hebben de ontwikkelde landen hier geen “double burden”. Voor een bespreking van de financiële bepalingen in het kader van het UNCCD: zie *infra*.

¹⁸⁸ <http://chm.pops.int/TheConvention/ThePOPs/tabid/673/Default.aspx>;
www.health.belgium.be/nl/milieu/chemische-stoffen/gevaarlijke-stoffen/de-persistente-organische-polluenten-pops.

¹⁸⁹ §6 preambule Stockholm Conventie verwijst naar het Verdrag van Rotterdam inzake de procedure met betrekking tot voorafgaande geïnformeerde toestemming ten aanzien van bepaalde gevaarlijke chemische stoffen en pesticiden in de internationale handel en het Verdrag van Bazel inzake de beheersing van de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen en de verwijdering ervan.

¹⁹⁰ <http://chm.pops.int/TheConvention/ThePOPs/AllPOPs/tabid/2509/Default.aspx>.

¹⁹¹ D. A. Wirth, “Hazardous Substances and Activities” in D. Bodansky, J. Brunnee en E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 405. Dat de amendementen conform art. 25(4) POP Conventie werken via een *opt-in* systeem, kan overigens beschouwd worden als een manier van differentiëren *sensu lato*.

¹⁹² Al is de POP Conventie strenger op vlak van de toegestane productie, teneinde delocalisatie van productie te vermijden: T. Deleuil, “Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans la Convention «POP»”, *Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 269.

77. In tegenstelling tot de desertificatie- en klimaatregimes voorziet de Conventie geen bijkomende mitigatieverplichtingen voor een bepaalde categorie verdragspartijen. Deze verplichtingen, vervat in artikel 3 tot en met 7 en afhankelijk van de toepasselijke Annex, richten zich immers tot alle partijen. Desalniettemin is het mogelijk om als partij de COP te verzoeken tijdelijk van de verplichtingen gekoppeld aan de Annexen A of B, af te mogen wijken.¹⁹³ Hierdoor ligt de POP Conventie in lijn met de gratieperioden die het Montreal Protocol voorziet, zij het dat de tijdelijke afwijkingen zich in het Verdrag van Stockholm tot een mogelijkheid beperken en niet enkel gericht zijn tot ontwikkelingslanden.¹⁹⁴ Evenwel wordt de COP verwacht specifiek rekening te houden met de speciale omstandigheden van ontwikkelingslanden en CEIT indien het een verlenging van een eerdere afwijking toestaat.¹⁹⁵

78. De beperkte differentiatie inzake de centrale verplichtingen belet niet dat de POP Conventie een belangrijk verdrag is voor CBDR. De Conventie is namelijk een van de enige MEA's, buiten deze inzake klimaatverandering, die expliciet het principe vermelden.¹⁹⁶ Ontwikkelingslanden pleitten voor een apart artikel met principes, maar uiteindelijk werden deze, inclusief CBDR, verkast naar de preambule.¹⁹⁷ CBDR kreeg bijgevolg niet het gewicht waarvoor de G77 en China ijverden, te meer omdat de formulering van de paragraaf zwak is¹⁹⁸:

“Noting the respective capabilities of developed and developing countries, as well as the common but differentiated responsibilities of States as set forth in Principle 7 of the Rio Declaration on Environment and Development”¹⁹⁹

Alvorens te verwijzen naar CBDR zoals begrepen in principe 7 van de Rio Verklaring, vangt bovenstaande paragraaf aan met de nadruk op de verschillende capaciteiten van staten. De manier waarop deze paragraaf geconstrueerd is, doet terugdenken aan de zet van ontwikkelde landen in de begindagen van het klimaatregime om *“and respective capabilities”* aan CBDR toe te voegen. De gedifferentieerde verantwoordelijkheden zijn hierdoor niet enkel gebaseerd op de verschillende bijdragen tot de vervuiling, maar ook op de verschillende capaciteiten van staten.

79. Waar de artikelen 3 tot en met 7 voornamelijk ingegeven zijn door gemeenschappelijke verantwoordelijkheden, getuigen enkele andere artikelen, zoals artikel 10 *“public information, awareness and education”* en artikel 11 *“research, development and monitoring”* van meer differentiatie. Men vindt er bijvoorbeeld de klemtoon op capaciteiten, zoals in paragraaf 13 van de preambule, bevestigd.²⁰⁰ De artikelen zijn van toepassing op alle partijen, maar de formulering *“the Parties shall, within their capabilities”* zorgt ervoor dat specifieke financiële situatie van elke

¹⁹³ Art. 4 POP Conventie. Deze afwijking eindigt volgens het Verdrag ten laatste vijf jaar na haar inwerkingtreding. De interpretatie van dit artikel werd evenwel onduidelijk toen de Annexen werden aangevuld via amendementen. Ondertussen wordt aangenomen dat voor deze stoffen wel degelijk nog uitzonderingen aangevraagd kunnen worden: Dec. SC-8/1, Report of the Conference of the Parties to the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants on the work of its Eighth Meeting, 2017, Geneva, UN Doc. UNEP/POPS/COP.8/32

¹⁹⁴ Deleuil, 2014, 287.

¹⁹⁵ Art. 4(7) POP Conventie; zie ook §§11 en 12 preambule POP Conventie.

¹⁹⁶ De preambule van het Verdrag van Minamata inzake Kwik van 2013 bevat eveneens een expliciete vermelding van CBDR.

¹⁹⁷ Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for an International Legally Binding Instrument for Implementing International Action on Certain Persistent Organic Pollutants on the Work of its Second Session, 1999, Nairobi, UN Doc. UNEP/POPS/INC.2/6, Annex V, §2.

¹⁹⁸ Deleuil, 2014, 272.

¹⁹⁹ §13 preambule POP Conventie.

²⁰⁰ Artt. 10(1)-(3) en 11(1)-(2) POP Conventie.

verdragspartij – ontwikkelingslanden én ontwikkelde landen – in acht wordt genomen bij de implementatie, net zoals in het CBD.²⁰¹

3.1.6 Recente ontwikkelingen

3.1.6.1 Het klimaatregime

3.1.6.1.1 Onderhandelingen voorafgaand aan de COP21

80. Wat na het Kyoto Protocol? De onderhandelingen voor de post-Kyoto periode volgden twee parallelle wegen. Enerzijds liepen er onderhandelingen voor een akkoord omtrent de tweede verbintenissenperiode van het Kyoto Protocol, en anderzijds beoogde men ook de creatie van een nieuw akkoord onder het UNFCCC dat diens doelstellingen op lange termijn zou dienen.²⁰² Waar ontwikkelingslanden voornamelijk inzetten op die tweede verbintenissenperiode, verkozen de ontwikkelde landen één nieuw akkoord met verplichtingen voor *alle* partijen.²⁰³ Ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden zouden in de decennia volgend op het Kyoto Protocol immers diametraal tegenover elkaar staan – eerstgenoemden met de wens meer uniformiteit in de plichten van de partijen in te voeren, laatstgenoemden om te argumenteren dat dergelijke aanpassing van CBDR hun recht op ontwikkeling zou insnoeren en bovendien een poging inhield om het UNFCCC en Kyoto Protocol te heronderhandelen.²⁰⁴

81. Het lot van het Kyoto Protocol is tegenwoordig slechts een symbolisch leven beschoren. Uiteindelijk werd, later dan verwacht, pas op de COP18 te Doha een amendement aangenomen. Uit de beslissing blijkt dat in de tweede verbintenissenperiode van het Kyoto Protocol, lopend van 2012 tot 2020, CBDR een leidraad zal blijven.²⁰⁵ Echter, tot op vandaag is het Doha Amendement nog altijd niet in werking getreden.²⁰⁶ De tweede verbintenissenperiode wordt gekenmerkt door minder partijen die samen slechts 13% van de wereldwijde uitstoot vertegenwoordigen. Men beseftte dus al snel dat alle hoop in het post-2020 parcours lag.²⁰⁷ Tijdens diens onderhandelingen raakten de discussies omtrent CBDR evenwel dezelfde pijnpunten zoals deze bleken onder het Kyoto Protocol: de stroeve categorisering van staten en het gebrek aan verplichtingen in hoofde van de ontwikkelingslanden.²⁰⁸

82. Het Kopenhagen Akkoord van 2009, hoewel niet gepercipieerd als een succesverhaal, bevatte de kiem van de toekomstige veranderingen inzake CBDR.²⁰⁹ Een eerste belangrijke stap was het stilaan loslaten van de Annexen. Het akkoord koos ervoor om de verwijzingen naar de Annexen af te wisselen met algemenere verwijzingen naar ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden, met speciale aandacht

²⁰¹ Deleuil, 2014, 275.

²⁰² Respectievelijk o.l.v. de *Ad Hoc Working Group on Further Commitments for Annex I Parties under the Kyoto Protocol* (AWG-KP), gelanceerd op COP11/CMP1, en de *Ad Hoc Working Group on Long Term Cooperative Action* (AWG-LCA), gelanceerd op COP13/CMP3.

²⁰³ D. Bodansky, "The Copenhagen Climate Change Conference: A Post-mortem", *American Journal of International Law* 2010, Vol. 104, nr. 2, 232.

²⁰⁴ L. Rajamani, "Differentiation in the Emerging Climate Regime", *Theoretical Inquiries in Law* 2013, vol. 14, nr. 1, 159.

²⁰⁵ "I. A shared vision for long-term cooperative action, including a long-term global goal for emission reductions, to achieve the ultimate objective of the Convention, in accordance with the provisions and principles of the Convention, in particular the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, and taking into account social and economic conditions and other relevant factors." Dec. 1/CP.18, Report of the Conference of the Parties on its eighteenth session, 2012, UN Doc. FCCC/CP/2012/8/Add.1, Doha, I.

²⁰⁶ <https://treaties.un.org/> (geconsulteerd op 3 augustus 2018).

²⁰⁷ Maljean-Dubois en Sariego, 2014, 90.

²⁰⁸ *Ibid.*, 92-99.

²⁰⁹ Bodansky, 2016, 6-7; Rajamani, 2013, 155-156; Maljean-Dubois en Sariego, 2014, 93.

voor de meest kwetsbaren onder laatstgenoemde, zijnde de LDCs, SIDS en Afrikaanse landen. Het trok tevens de *bottom up* benadering door die reeds in het Bali Actieplan intrede had gemaakt²¹⁰: plots werden alle landen, dus ontwikkelde landen én ontwikkelingslanden, opgeroepen om zelf reductiedoelstellingen respectievelijk *nationally appropriate mitigation actions* (NAMA's) voorop te stellen.²¹¹ De harde dichotomie en het *top down* karakter van het Kyoto Protocol maakten aldus voorzichtig plaats voor een systeem waarbij, bij wijze van gemeenschappelijke verantwoordelijkheid, nu van alle partijen inspanningen werden verwacht.²¹² De *firewall* tussen de ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden brokkelde daarna verder af in de Cancun Akkoorden²¹³, waarin het taalgebruik ten aanzien van eerstgenoemden minder prescriptief werd terwijl van laatstgenoemden nu werd verwacht dat ze trachtten *“to achieve a deviation in emission relative to business as usual against 2020”*.²¹⁴

83. Met de goedkeuring van het *“Durban Platform for Enhanced Action”* tijdens de COP17 werden de onderhandelingen voor een globaal post-2020 akkoord gestart. De goedkeuringsbeslissing sprak van *“a process to develop a protocol, another legal instrument or an agreed outcome with legal force under the Convention applicable to all Parties”*. Naast het in het oog springende *“applicable to all”*²¹⁵, waren vermeldingen van billijkheid en CBDR nergens te bespeuren. Er werd gespeculeerd dat dit het einde van CBDR in het klimaatregime betekende, maar aangezien het platform *“is guided by the principles under the convention”*²¹⁶, was dit weinig plausibel. De twee hier geciteerde zinsnedes, eerstgenoemde gestimuleerd door de ontwikkelde landen, laatstgenoemde door de ontwikkelingslanden, waren echter tekenend voor de aanhoudende divergentie tussen beide blokken. Het deed de vraag rijzen naar hoe het post-2020 instrument zich zou verhouden tot het UNFCCC, bakermat van een rigide differentiatie. Ontwikkelde landen wilden zich met het nieuwe instrument afzetten tegen het oude en enkel de doelstelling van het UNFCCC verder nastreven, terwijl een groep ontwikkelingslanden, de *Like Minded Developing Countries*, zich hier net aan vastklampten en met het nieuwe instrument het UNFCCC, inclusief diens manier van differentiëren, verder wensten te implementeren.²¹⁷

²¹⁰ Dec. 1/CP.13, Report of the Conference of the Parties on its thirteenth session, 2007, Bali, UN Doc. FCCC/CP/2007/6/Add.1, §1(b)(i) en (ii).

²¹¹ Dec. 2/CP.15, Report of the Conference of the Parties on its fifteenth session, 2009, Copenhagen, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, §4-5.

²¹² Deleuil, 2012, 279; Lee, 2015, 35; Bodansky, 2016, 16.

²¹³ Rajamani, 2013, 161-162.

²¹⁴ Dec. 1/CP.16, Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, 2010, Cancun, UN Doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1, §48.

²¹⁵ Dec. 2/CP.17, Report of the Conference of the Parties on its seventeenth session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1, 2.

²¹⁶ Dec. 2/CP.18, Report of the Conference of the Parties on its eighteenth session, 2012, Doha, UN Doc. FCCC/CP/2012/8/Add.1, 19.

²¹⁷ Een interessante gebeurtenis te Doha was evenwel de oprichting van de AILAC (*Independent Association of Latin America and the Caribbean*). Dit is een groep ontwikkelingslanden die zich door hun situatie onderscheiden van de rest van de G77; zo kennen ze een economische bloei en hanteren ze een uitgestippeld beleid ten aanzien van klimaatverandering. Tijdens de onderhandelingen scheurden ze zich af van de G77 en pleitten ze voor een middenweg tussen de visies van de twee grote blokken, d.i. voor het behoud van CBDR maar ditmaal met een dynamische invulling. L. Rajamani, *“Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics”*, *International and Comparative Law Quarterly* 2016, vol. 65, nr. 2, 506.

3.1.6.1.2 Het Akkoord van Parijs

84. Op 12 december 2015 werd te Parijs het resultaat van de COP21 gepresenteerd.²¹⁸ Het nieuwe akkoord brak met de structuur van het UNFCCC en het Kyoto Protocol: het liet de Annexen definitief achterwege en herdacht de balans tussen welke plichten gemeenschappelijk, en welke gedifferentieerd zijn.²¹⁹

85. Op vlak van mitigatie trekt het Akkoord de *bottom up* tendens door. Artikel 4(2) bepaalt dat “*Each Party shall prepare, communicate and maintain successive nationally determined contributions that it intends to achieve*”. Deze *Nationally Determined Contributions* (hierna: NDC’s) zijn de instrumenten waarin de partijen internationaal bekend maken welke stappen ze zullen ondernemen in de strijd tegen klimaatverandering. De NDCs bevatten, naast een uiteenzetting van onder meer het verlenen of het verzoeken van financiële steun en de eventuele nodige adaptatiemaatregelen, de ambities van elk land op vlak van mitigatie. Artikel 4(3) bepaalt dat “*Each Party's successive nationally determined contribution will represent a progression beyond the Party's then current nationally determined contribution and reflect its highest possible ambition*”.

Het akkoord spreekt zich niet uit over de aard of strengheid van deze ambities en legt dus zeker geen bindende emissiereductiedoelstellingen op. Evenwel bepaalt artikel 4(4) dat ontwikkelde landen de leiding moeten blijven nemen. Zo moeten ontwikkelde landen in hun NDC economie-brede en absolute targets hebben, terwijl ontwikkelingslanden enkel aangemoedigd worden dit te doen wanneer hun omstandigheden het toelaten.²²⁰ Het onderscheid tussen ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden en de notie van leiderschap zijn nog erfstukken van het UNFCCC.²²¹ Omdat deze begrippen niet gedefinieerd worden, valt te verwachten dat de Annexen van weleer op dit punt nog als een referentiepunt zullen dienen.²²²

Desalniettemin is het artikel inzake de NDCs in de eerste plaats een artikel gericht aan alle partijen. Van elke partij wordt immers verwacht dat ze een NDC opstellen en indienen – en dus ook mitigatiemaatregelen nemen – en van elke partij wordt verwacht dat haar ambities stelselmatig hoger liggen dan voordien.²²³ Voor het klimaatregime betekende dit een enorme verandering ten opzichte van het Kyoto Protocol, dat enkel mitigatieverplichtingen aan Annex I landen oplegde.

86. Elke NDC reflecteert de “*common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*” van het land in kwestie.²²⁴ Deze “nieuwe” CBDR verschijnt op meerdere plaatsen in het Akkoord²²⁵ en stamt uit een akkoord gesloten tussen China en de VS naar aanleiding van de COP te Lima, hetgeen betekent dat de twee grootste spelers het eens

²¹⁸ Op 4 november 2016 trad het Akkoord van Parijs in werking en ondertussen hebben 175 ratificaties plaatsgevonden: <https://treaties.un.org/> (geconsulteerd op 3 augustus 2018).

²¹⁹ Rajamani, 2016, 509; M. Doelle, “The Paris Agreement: Historic Breakthrough or High Stakes Experiment?”, *Climate Law* 2016, vol. 6, nrs. 1-2, 15; S. Maljean-Dubois, “The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?”, *RECIEL* 2016, vol. 25, nr. 2, 157.

²²⁰ Art. 4(4) Akkoord van Parijs.

²²¹ Rajamani, 2016, 510.

²²² R. Bodle, L. Donat en M. Duwe, “The Paris Agreement: Analysis, Assessment and Outlook”, *Background paper for the workshop “Beyond COP21: what does Paris mean for future climate policy?”* 2016, 24, www.ecologic.eu/sites/files/event/2016/ecologic_institute_2016_paris_agreement_assessment.pdf.

²²³ Ditmaal zijn enkel LDCs en SIDS niet verplicht een NDC op te stellen en in te dienen.

²²⁴ Art. 4(3) Akkoord van Parijs.

²²⁵ §3 preambule en artt. 2, 4(3) en 4(19) Akkoord van Parijs. De nieuwe formulering werd reeds te COP20 gebruikt: Dec. 1/COP.20, Report of the Conference of the Parties on its twentieth session, 2014, Lima, UN Doc. FCCC/CP/2014/10/Add.1, §3.

waren dat de invulling van het principe moest veranderen.²²⁶ De toevoeging van “*in the light of different national circumstances*” wijst op de evolutie binnen het klimaatregime van een rigide dichotomie naar een differentiële behandeling variërend naargelang de context, implicerend dat men bij het differentiëren meer factoren in acht kan nemen.²²⁷ Niet enkel (historische) vervuiling en financiële toestand, maar ook onder meer bevolkingsstijgingen – en hierdoor verwachte uitstoottoename – of geografische kwetsbaarheid kunnen aldus factoren zijn.

Tezamen met het systeem van de NDC’s spreekt men ter zake in de literatuur van “zelf-differentiatie”: elke staat snijdt de manier waarop hij mitigatie aanpakt, op maat.²²⁸ Dit kan beschouwd worden als de ultieme vorm van differentiële behandeling aangezien er evenveel situaties als partijen zijn.²²⁹ Waar het Kyoto Protocol differentieerde tussen ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen, en de verschillende emissiereducties ook voor een zekere differentiatie tussen ontwikkelde landen onderling zorgden, impliceren de NDC’s voor een differentiatie tussen *alle* partijen en dus ook tussen ontwikkelingslanden onderling. Hierdoor leidt het Akkoord van Parijs tot “kwantitatief” meer differentiatie dan vroeger in het klimaatregime, en slinkt de kloof, of de “kwalitatieve” differentiatie, tussen wat vroeger de Annex I en de niet-Annex I landen waren.

87. Tegelijkertijd introduceert “*In the light of different national circumstances*” ook een dynamisch element in de differentiatie van het Akkoord van Parijs.²³⁰ De achterliggende gedachte is immers dat de toestand van landen niet statisch maar veranderlijk is en dat een differentiële behandeling mee moet evolueren. De nieuwe formulering vertegenwoordigt het compromis tussen noord en zuid: enerzijds herbevestigt het het originele principe, dat in de aanloop naar de COP21 even van het toneel dreigde te verdwijnen, maar anderzijds laat het ook duidelijk uitschijnen dat diens invulling vanaf nu evolutief behoort te zijn.²³¹ Het beantwoordt hiermee in de eerste plaats aan de polymiek rond de zogenaamde “BASIC landen”, zijnde Brazilië, Zuid-Afrika, India en China. Dit zijn landen die onder het Kyoto Protocol buiten Annex I vielen en dus amper mitigatieverplichtingen hadden, hoewel hun uitstoot van broeikasgassen op korte termijn enorm steeg.

88. Mitigatie in het Akkoord van Parijs raakt beide luiken van CBDR. Het feit dat elke partij de bindende basisverplichting heeft een NDC voor te bereiden, communiceren en behouden, getuigt van een sterk gemeenschappelijk vertrekader.²³² Dit kader kan gezien worden als een manier om toch enige *top-down* elementen te behouden in een *bottom-up* regime of als een tegengewicht voor alle flexibiliteit die met dit regime gepaard gaat.²³³ Tegenover dit gemeenschappelijk aspect staat de uitgebreide differentiatie die het NDC-systeem teweegbrengt.

Het Kyoto Protocol kan derhalve beschouwd worden als een operationalisering van art. 4(1) UNFCCC, terwijl het Akkoord van Parijs eerder aansluit bij art. 4(2) UNFCCC.²³⁴

²²⁶ Bodansky, 2016, 29.

²²⁷ C. Voigt en F. Ferreira, “Differentiation in the Paris Agreement”, *Climate Law* 2016, vol. 6, nrs. 1-2, 64-66; Doelle, 2016, 1.

²²⁸ J. Huang, “Climate Justice: Climate Justice and the Paris Agreement”, *Journal of Animal and Environmental Law* 2017, vol. 9, nr. 1, 35.

²²⁹ Maljean-Dubois, 2016, 154. Dergelijke differentiatie werd reeds lang op voorhand door sommige auteurs voorgesteld, terwijl anderen dit net weinig mogelijk achtten: Cullet, 2003, 53; Honkonen, 2009, 194.

²³⁰ Rajamani, 2016, 508.

²³¹ Maljean-Dubois, 2016, 153.

²³² Bodansky, 2016, 19.

²³³ Maljean-Dubois, 2016, 159.

²³⁴ Voigt en Ferreira, 2016, 66-67.

3.1.6.2 Het ozonregime

89. Op 15 oktober 2016 werd het Kigali Amendement bij het Montreal Protocol aangenomen. Dit Amendement strekt tot de afbouw van de productie en consumptie van fluorkoolwaterstoffen of hfk's. Hfk's dienen als vervanger voor ODS, maar houden helaas duizend keer meer warmte vast dan koolstofdioxide.²³⁵ Door de klimaatverandering wordt verwacht dat het gebruik van airconditioning, waarin hfk's verwerkt zijn, exponentieel zal toenemen. De link met het jaar voordien gesloten Akkoord van Parijs was dan ook sterk aanwezig tijdens de onderhandelingen.²³⁶

90. De vorige amendementen bij het Montreal Protocol differentieerden, in navolging van het Protocol, telkens tussen de artikel 5- en niet-artikel 5-landen. Tijdens de onderhandelingen voor het Kigali Amendement werd evenwel duidelijk dat een combinatie van deze differentiatie enerzijds, en de verschillende nationale omstandigheden binnen elk van beide groepen anderzijds, een voldoende ambitieus schema voor elke groep zou verhinderen.²³⁷ Aldus werd besloten het niveau binnen elke groep op te krikken en tegelijkertijd afwijkingen te tolereren ten aanzien van enkele landen.²³⁸

De ontwikkelingslanden of artikel 5-landen zijn opgesplitst in twee groepen. Groep 1 bevat de meerderheid van de artikel 5-landen en groep 2 bestaat uit Bahrain, India, Iran, Irak, Koeweit, Oman, Pakistan, Qatar, Saudi Arabië en de Verenigde Arabische Emiraten. Opgesomde landen hebben latere referentiejaren, namelijk 2024-2026 tegenover 2020-2022 voor groep 1. Hun productie en consumptie van hfk's dient met ingang van 2028 bevroren te worden, gevolgd door een uitfaseringsplan dat tegen 2047 -85% moet bereikt hebben. Voor groep 1 zijn de data respectievelijk 2024 en -80% tegen 2045.

Voor de industrielanden of niet-artikel 5-landen gelden strengere normen. Ook hier maakt het Amendement een differentiëring, al wordt hier niet formeel gesproken van "groep 1" of "groep 2". Alle industrielanden delen dezelfde referentiejaren, namelijk 2011-2013, zij het dat de calculatieformules van de uiteindelijke referentieniveaus onderling verschillen. Voor industrielanden wordt geen bevroering voorzien. Met ingang van 2019 start de grote meerderheid met de uitfasering, die tegen 2036 -85% moet bereikt hebben. Voor een handvol andere landen, namelijk Wit-Rusland, Rusland, Kazachstan, Tadjikistan en Oezbekistan, start de uitfasering een jaar later aan een kleiner percentage, maar is de eindmeet hetzelfde.

²³⁵ "The Kigali Amendment to the Montreal protocol: another global commitment to stop climate change", *UNEP News*, 8 december 2016, www.unenvironment.org/news-and-stories/news/kigali-amendment-montreal-protocol-another-global-commitment-stop-climate.

²³⁶ Report of the Third Extraordinary Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer: high-level meeting, 2016, Vienna, UNEP/OzL.Pro.ExMOP.3/7, §35. Voor een bespreking van de verhouding tussen beide instrumenten, zie M. P. Carazo en D. Klein, "Implications for Public International Law: Initial Considerations" in D. Klein, M. P. Carazo, M. Doelle, J. Bulmer en A. Higham (eds.), *The Paris Climate Agreement: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, 2017, 407.

²³⁷ Report of the Third Extraordinary Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer: high-level meeting, 2016, Vienna, UNEP/OzL.Pro.ExMOP.3/, §30; S. Biniaz, "I Beg to Differ: Taking Account of National Circumstances under the Paris Agreement, the ICAO Market-Based Measure, and the Montreal Protocol's HFC Amendment", *Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School* 2017, 10, <http://columbiaclimatelaw.com/files/2017/01/Biniaz-2017-01-Taking-Account-of-National-Circumstances.pdf>.

²³⁸ Annex I, Report of the Twenty-Eighth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2016, Kigali, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.28/CRP/10, art. 2J.

Het selecteren van de landen met afwijkende verplichtingen geschiedde niet op basis van objectieve criteria. De landen in kwestie gaven te kennen dat zij niet in staat zouden zijn de strengere verplichtingen te volgen, waarna de MOP deze “zelf selectie” opnam in het akkoord.²³⁹

91. Onder de artikel 5-landen werd evenwel nog een additionele differentiatie voorzien voor partijen met een “*high ambient temperature*”. Zij worden toegelaten om in bepaalde sectoren, waar vooralsnog geen gepaste alternatieven bestaan, een (initieel) vierjarige exemptie van de verplichtingen te genieten. Het gaat hier om verschillende soorten airconditioning.²⁴⁰

Voor deze groep landen wordt wel een objectief criterium gehanteerd: het gaat namelijk om landen “*with an average of at least two months per year over ten consecutive years with a peak monthly average temperature above 35 degrees Celsius*”.²⁴¹

3.2 CBDR IN DE FINANCIËLE VERPLICHTINGEN

92. Sinds het begin van de ontwikkeling van het internationaal milieurecht wordt financiële hulp erkend als een fundamenteel element binnen deze rechtstak.²⁴² Desalniettemin heeft de invulling van de hulp doorheen de jaren ongetwijfeld belangrijke veranderingen ondergaan. Aanvankelijk beoogde deze slechts een tegemoetkoming aan administratieve en institutionele kosten voortvloeiend uit verdragen, hoewel duidelijk is dat sommige partijen over te weinig middelen beschikken om hun conventionele plichten na te komen. De fondsen die oorspronkelijk voorzien werden, waren bovendien van kleinschalige en vrijblijvende aard.²⁴³

93. Na verloop van tijd veranderde dit. In tegenstelling tot de bespreking onder 3.1., speelde de Rio Conferentie hier minder de rol van scharniermoment. Financiële steun in de MEA's ontstaan na de Rio Conferentie haalde in grote mate inspiratie bij het reeds in 1990 geamendeerde Montreal Protocol.²⁴⁴ Het is evenwel zo dat sinds de Rio Verklaring diens principe 7 als principiële basis dient waarop ontwikkelingslanden hun vraag om financiële hulp steunen.²⁴⁵ “*Financial aid*” groeide hierdoor al snel uit tot een van de meest aangehaalde voorbeelden van de toepassing van CBDR.

94. In wat volgt vertrekt de thesis wederom van dezelfde vijf verdragen en hun protocollen. Het tracht de belangrijkste aspecten van hun bepalingen inzake financiële steun in het licht van CBDR te bespreken. Dit impliceert antwoorden op onder meer de volgende vragen: wie draagt de financiële verplichtingen? Wat dekt deze steun? Via welke fondsen verloopt het, hoe worden zij georganiseerd en wat is hun verhouding tot de COP? Wat indien de financiële verplichtingen niet worden nagekomen?

²³⁹ Biniaz, 2017, 10; Dec. XXVIII/2, Report of the Twenty-Eighth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2016, Kigali, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.28/CRP/10, §§1-2.

²⁴⁰ Dec. XXVIII/2, Report of the Twenty-Eighth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2016, Kigali, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.28/CRP/10, Appendix I.

²⁴¹ *Ibid.*, §29.

²⁴² Principes 9 en 12 Stockholm Verklaring.

²⁴³ Lavallée, 2014, 152.

²⁴⁴ P. H. Sand, “Carrots Without Sticks? New Financial Mechanisms for Global Environmental Agreements” in J. A. Frowein en R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law (Volume 3)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 369.

²⁴⁵ Lavallée, 2014, 151; Cullet, 2016, 314.

3.2.1 De pioniersrol van het Montreal Protocol

3.2.1.1 Een duidelijke stap uit de richting van ontwikkelingshulp

95. De vage beloftes van financiële steun in het Montreal Protocol konden de ontwikkelingslanden niet overtuigen het Protocol te ratificeren. Velen onder hen, waaronder belangrijke potentiële partijen als India en China, stelden de concrete oprichting van een fonds als voorwaarde voor hun deelname.²⁴⁶ Met het Londen Amendement van 1990 werd het *Montreal Protocol Multilateral Fund* (hierna: MPMF) werkelijkheid.²⁴⁷ Twee jaar later werd het fonds permanent dankzij het Kopenhagen Amendement.²⁴⁸ De creatie van het MPMF bleek effectief een enorme impact te hebben op de participatie van ontwikkelingslanden aan het Montreal Protocol: waar aanvankelijk slechts 20% van de ontwikkelingslanden het Protocol hadden geratificeerd, steeg dit nu naar 97%.²⁴⁹

96. Het MPMF fungeert onder het gezag van de MOP, dat beslist over de krachtlijnen van het beleid van het fonds.²⁵⁰ In het uitoefenen van haar taken, werkt het Fonds samen met vier implementerende agentschappen: het *United Nations Development Programme* (afgekort: UNDP), het *United Nations Environment Programme* (afgekort: UNEP), de *United Nations Industrial Development Organization* (afgekort: UNIDO) en de Wereldbank.²⁵¹ De structuur van het Fonds zelf wendde zich evenwel af van structuren zoals deze in bijvoorbeeld de Wereldbank bestaan. Het roterend lidmaatschap van haar Executief Comité telt namelijk een gelijk aantal artikel 5- en niet-artikel 5-landen die met consensus beslissen.²⁵²

De democratische structuur beantwoordt aan de eis van ontwikkelingslanden om ditmaal, in het internationaal milieurecht, meer inspraak te krijgen in de besluitvorming binnen de financiële mechanismen. Hiermee wilden ze contrasteren met de instanties die voorzien in ontwikkelingshulp, waar donorlanden de controle over het geld behouden en waar vaak gewerkt wordt met een proportionele stemming.²⁵³ Met deze verandering realiseerde men iets wat de NIEO-beweging in de jaren '70 niet kon.²⁵⁴ Dat dit kon gebeuren is wellicht te danken aan het feit dat het doel van het MPMF niet focust op de internationale economische en juridische structuur, maar op de oplossing van milieuproblemen waarbij alle staten onderling afhankelijk zijn van elkaar. Volgens het Fonds zelf "belichaamt het de idee van CBDR".²⁵⁵

97. Om de drie jaar wordt het fonds bijgevuld. In november 2017, tijdens de 80^e meeting van het Executief Comité en tevens het jaar waarin het Montreal Protocol haar dertigste verjaardag vierde,

²⁴⁶ Ling, 1992, 97.

²⁴⁷ Dec. II/8, Report of the Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1990, Londen, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.2/3.

²⁴⁸ Dec. IV/18, Report of the Fourth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1992, Kopenhagen, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15.

²⁴⁹ Cullet, 2003, 174.

²⁵⁰ Art. 10(4) Montreal Protocol.

²⁵¹ Art. 10(5) Montreal Protocol; www.multilateralfund.org/aboutMLF/default.aspx.

²⁵² Art. 10(5) *in fine* en (9) Montreal Protocol. Wordt geen consensus bereikt, dan wordt een overkoepelende tweederde meerderheid en een meerderheid binnen elke groep vereist.

²⁵³ J. M. Patlis, "The Multilateral Fund of the Montreal Protocol: A Prototype for Financial Mechanisms in Protecting the Global Environment", *Cornell International Law Journal* 1992, vol. 25, nr. 1, 222; D. French, 2000, 51.

²⁵⁴ S. Nakhooda, "The effectiveness of climate finance: a review of the Global Environment Facility", *Overseas Development Institute Working Paper* 2013, 14, www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/8632.pdf.

²⁵⁵ www.multilateralfund.org/aboutMLF/default.aspx.

besloot men dit met 500 miljoen USD te doen voor de periode van 2018 tot 2020.²⁵⁶ Naar aanleiding van het recente Kigali Amendement en met de intentie de uitdoving van hfk's snel te kunnen aanvatten, werd tevens ongeveer 14 miljoen USD vrijwillig bijgedragen.²⁵⁷

Het fonds wordt gefinancierd door bijdragen van de niet-artikel 5-landen op basis van de *UN Scale of Assessment*, dat zich in hoofdzaak baseert op de capaciteiten van staten.²⁵⁸ Gezien de rijkere landen doorgaans de meest geïndustrialiseerde landen zijn, weerspiegelt deze schaal impliciet dat de *vervuilende* landen meer moeten bijdragen.²⁵⁹ Omdat de ontwikkelingslanden beducht waren voor een scenario waarbij ontwikkelde landen de bijdragen aan het MPMF in mindering zouden brengen van hun bestaande plichten in het kader van ontwikkelingshulp, bepaalt artikel 10(1) Montreal Protocol dat de bijdragen "*additional to other financial transfers*" moeten zijn.

Dit neemt niet weg dat het Montreal Protocol ook artikel 5-landen aanmoedigt om financieel bij te dragen.²⁶⁰

3.2.1.2 Geen compensatie voor vroegere ozondepletie

98. De wens van ontwikkelingslanden om de financiering op het "vervuiler betaalt" principe te stoelen, werd niet gerealiseerd. In plaats van een compensatie voor de jarenlange bijdrage tot ozondepletie door ontwikkelde landen, financiert het Fonds eerder de toekomstige noden van ontwikkelingslanden.²⁶¹ De financiële steun dekt immers in hoofdzaak de "incrementele kosten" die artikel 5-landen zouden ervaren in het converteren naar alternatieven voor ODS.²⁶² Het hanteren van dit concept biedt minstens twee voordelen voor de ontwikkelde landen.

Ontwikkelingslanden beschikken vaak niet over de middelen om de nodige maatregelen met oog op milieubescherming te nemen. Andere lokale problemen nemen een meer prioritaire positie in dan de aandacht voor *global commons*. De terughoudendheid om hiervoor budget uit te trekken wordt des te meer ingegeven door het besef bij ontwikkelingslanden van de historische bijdrage van ontwikkelde landen aan het probleem en de uitgebreidere budgetten van laatstgenoemden om hier iets aan te doen. Opdat ontwikkelingslanden bij het uitstippelen van projecten alsnog het globaal belang zouden dienen, voorziet het Montreal Protocol dat ontwikkelde landen de "incrementele kosten" van deze projecten zullen vergoeden. Dit zijn de additionele kosten die ontwikkelingslanden tegenkomen wanneer ze bijdragen tot de bescherming van het *globale* milieu tijdens de implementatie van het Protocol. Met andere woorden, een ontwikkelingsland dat voorziet een nationaal project te ondernemen, mag financiering van het MPMF verzoeken indien dat project getransformeerd wordt tot een dat het globale milieu bevoordeelt. Het draait dus niet om een betaling vanwege ontwikkelde landen voor milieubescherming in ontwikkelingslanden – al is dit wel een gevolg van het systeem –

²⁵⁶ Dec. XXIX/1, Report of the Combined Eleventh Meeting of the Conference of the Parties to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and the Twenty-Ninth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2017, Montreal, UN Doc. UNEP/OzL.Conv.11/7-UNEP/OzL.Pro.29/8.

²⁵⁷ Report of the Eightieth Meeting of the Executive Committee of the Multilateral Fund for the Implementation of the Montreal Protocol, 2017, Montreal, UN Doc. UNEP/OzL.Pro/ExCom/80/59, §231.

²⁵⁸ Art. 10(6) Montreal Protocol; Regel 160 van de Procedureregels van de Algemene Vergadering van de VN.

²⁵⁹ Sand, 1999, 378; N. Matz, "Environmental Financing: Function and Coherence of Financial Mechanisms in International Environmental Agreements" in *Max Planck Yearbook of United Nations Law: volume 6*, 2002, 497.

²⁶⁰ Art. 10(6) Montreal Protocol.

²⁶¹ Patlis, 1992, 209.

²⁶² Art. 10(3)(a) Montreal Protocol; www.multilateralfund.org/aboutMLF/default.aspx.

maar om de bescherming van het globale milieu waarvan ontwikkelde landen zelf ook profiteren.²⁶³ Evenmin gaat het om een vergoeding voor de historische schade vanwege de ontwikkelde landen.²⁶⁴

Ten tweede zorgt het voor een afbakening in de kosten. Incrementele kosten worden ook “additionele kosten” genoemd gezien niet het hele project wordt gefinancierd, maar enkel het deel dat de kosten van een project in louter nationaal belang overstijgt. Bovendien werden deze kosten in een indicatieve lijst bij het Londen Amendement opgesomd²⁶⁵, hetgeen de ontwikkelde landen ervan verzekerde dat de hulp niet oneindig zou zijn en enkel zou dienen tot de realisatie van het doel van het Protocol.²⁶⁶

3.2.1.3 Verankering van de interdependentie tussen partijen

99. Tussen deze financiële plicht, rustend op de niet-artikel 5-landen, en de naleving vanwege artikel 5-landen van hun eigen plichten bestaat een “conditionele verhouding”. Art. 5(5) Montreal Protocol bepaalt namelijk dat de implementatie vanwege artikel 5-landen afhangt van de nakoming vanwege niet-artikel 5-landen van hun financiële verplichtingen. Komen de ontwikkelde landen deze plichten onvoldoende na en belet dit een ontwikkelingsland van sommige of alle mitigatieverplichtingen te vervullen, dan mag laatstgenoemde dit melden aan het Secretariaat. Deze brengt de melding over aan de MOP die op haar beurt beslist over de te nemen maatregelen. Tussen beide momenten mag geen inbreukprocedure worden aangevat tegen het ontwikkelingsland.²⁶⁷

100. Hoewel dit het pact tussen beide groepen op papier versterkt, is de volledige draagwijdte evenwel niet meteen duidelijk. Betekent dit dat ontwikkelingslanden nog een verantwoordelijkheid hebben ondanks het uitblijven van financiële hulp, of betreft de hulp werkelijk een preconditionie voor hun verantwoordelijkheid? En als ze hun verantwoordelijkheden mogen opschorten, mag dit dan enkel ten aanzien van de ontwikkelde landen die hun plichten niet nakomen? Kunnen laatstgenoemde landen rechtvaardigingen zoals overmacht invoeren?²⁶⁸

In lijn met de idee van gemeenschappelijke verantwoordelijkheden moet wellicht aangenomen worden dat ontwikkelingslanden hun verantwoordelijkheden behouden. Preconditionering zou leiden tot de situatie waarbij, in geval van nalatigheid vanwege ontwikkelde landen, ontwikkelingslanden aan al hun plichten kunnen verzaken hetgeen het hele regime zou verzwakken.²⁶⁹ Dit wordt bevestigd door de onderhandelingen voor het Londen Amendement bij het Montreal Protocol, waar men bepalingen verwierp die unilaterale abrogatie van verdragsverplichtingen in dergelijke gevallen toestonden.²⁷⁰ Een meer aannemelijke lezing van de bepalingen houdt bijgevolg in dat ontwikkelingslanden hun plichten slechts zullen nakomen *in de mate dat* ontwikkelde landen effectief hun commitments vervullen.²⁷¹ Dit lijkt impliciet te worden bevestigd in artikel 5(6), dat stelt dat een artikel 5-land pas naar het Secretariaat mag stappen wanneer het diens verplichtingen niet kan nakomen “*having taken all practicable steps*”.

101. Dergelijke “conditionele clausule” vormt een belangrijke concretisering van CBDR. De implementatie van het Montreal Protocol vanwege ontwikkelingslanden is dus niet louter feitelijk,

²⁶³ Hey, 2011, §14.

²⁶⁴ Lavallée, 2014, 165; Patlis, 1992, 211.

²⁶⁵ Art. 10(1) Montreal Protocol; Annex IV - Appendix I: Indicative list of categories of incremental costs.

²⁶⁶ Green, 2009, 266.

²⁶⁷ Artt. 5(6) en 5(7) Montreal Protocol.

²⁶⁸ Honkonen, 2009, 267.

²⁶⁹ Lavallée, 2014, 161.

²⁷⁰ Rajamani, 2006, 116.

²⁷¹ Halvorssen, 1999, 89.

maar ook in rechte afhankelijk van de steun van ontwikkelde landen.²⁷² Voor de artikel 5-landen vormt de clausule bijgevolg een middel om druk uit te oefenen op ontwikkelde landen opdat zij hun verplichtingen zouden nakomen.²⁷³

3.2.2 Overzicht andere regimes

102. Waar de ontwikkelde landen voor vreesden, werd werkelijkheid: de financiële bepalingen van het Montreal Protocol schiepen een precedent.²⁷⁴ Latere milieuverdragen bevatten dikwijls bepalingen die zeer dicht aanleunen bij artikel 10 van het Montreal Protocol, met hier en daar afwijkingen. De gelijkenissen en verschillen worden hierna overlopen.

3.2.2.1 De Global Environment Facility als overkoepelend fonds

103. Bij het analyseren van de financiële bepalingen in het UNFCCC, CBD, UNCCD en POP Verdrag, valt meteen op dat zij allen de *Global Environment Facility* (hierna: GEF) aanduiden als financieel mechanisme.²⁷⁵ Effectief, tot op heden is de GEF het enige financieel mechanisme dat meerdere verdragen dient. De instelling werd in 1991 opgericht door de Wereldbank, UNEP en UNDP als een driejarig experiment in onder meer de klimaat-, biodiversiteits-, en ozonregimes.²⁷⁶ Intussen werd de instelling permanent verklaard, geherstructureerd en het aantal fondsen onder diens vleugels uitgebreid.

104. Van de GEF wordt gezegd dat het dankzij diens innovatieve structuur en principes de belangrijkste bijdrage is in de ontplooiing van differentiële behandeling in het internationaal milieurecht.²⁷⁷ Toch zijn het vooral de ontwikkelde landen die bij verdragsonderhandelingen voorstander zijn om beroep te doen op de GEF, terwijl ontwikkelingslanden aparte mechanismen verkiezen.²⁷⁸ Hoewel de GEF zeker inspiratie vond bij het kort daarvoor opgerichte MPMF, zijn er namelijk een aantal belangrijke verschillen die verklaren waarom eerstgenoemde controversiëler is.

²⁷² L. Boisson De Chazournes en M. M. Mbengue, "Mécanismes financiers internationaux - Fonds pour l'environnement mondial (FEM)", *Jurisqueur Environnement* 2013, 22.

²⁷³ Lavallée, 2014, 160; Boisson De Chazournes en Mbengue, 2013, 9-10.

²⁷⁴ Desombre, 2000, 73; Patlis, 1992, 219.

²⁷⁵ Art. 21(3) UNFCCC; art. 39 CBD art. 20(2)(b) UNCCD; art. 14 POP Conventie. De Kyoto, Cartagena en Nagoya Protocollen doen ook beroep op de GEF: art. 11(2) Kyoto Protocol; art. 28(2) Cartagena Protocol; art. 25(2) Nagoya Protocol.

Op de COP7 van het UNFCCC werden eveneens het *Least-Developed Countries Fund (LDCF)* en het *Special Climate Change Fund (SCCF)* gecreëerd. Het LDCF strekt er in de eerste plaats toe LDC's bij te staan in de voorbereiding en implementatie van nationale adaptatieprogramma's of -acties (NAPA's). <https://unfccc.int/process/bodies/constituted-bodies/least-developed-countries-expert-group-leg/ldc-portal/least-developed-countries-ldc-fund>. Het SCCF is complementair aan het LDCF maar staat, in tegenstelling tot het SCCF, open t.a.v. alle kwetsbare ontwikkelingslanden en financiert een ruimere waaier aan activiteiten. <https://unfccc.int/topics/climate-finance/resources/reports-of-the-special-climate-change-fund>. Het Kyoto Protocol richtte tevens het *Adaptation Fund (AF)* op, wiens secretariaat waargenomen wordt door de GEF. Het AF komt tegemoet aan verschillende verzoeken van ontwikkelingslanden. Zo geniet dit fonds een grotere onafhankelijkheid ten aanzien van de GEF dan het LDCF en SCCF. De AF Board functioneert namelijk onder de autoriteit van de COP/MOP: Dec. 1/CMP.3, Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its third session, UN Doc. FCCC/KP/CMP/2007/9/Add.1, 2007, Bali, §3-4; www.adaptation-fund.org/about/governance/board/. Omdat deze fondsen in hoofdzaak focussen op het financieren van adaptatiemaatregelen, gaat de thesis er niet verder op in.

²⁷⁶ De GEF heeft ook bevoegdheden op vlak van ozondepletie. Hier steunt de GEF de landen die niet onder artikel 5 Montreal Protocol vallen, maar toch steun behoeven. In de praktijk komt dit neer op de CEIT. www.thegef.org/topics/ozone-layer-depletion.

²⁷⁷ Cullet, 2003, 110.

²⁷⁸ Matz, 2002, 503.

Een aantal verschillen doen zich bijvoorbeeld voor op vlak van het bestuur. Oorspronkelijk was de deelname van een land aan de besluitvorming van de GEF afhankelijk van een minimale financiële bijdrage, hetgeen in de praktijk een overwicht gaf aan OESO-landen.²⁷⁹ Deze vereiste werd in 1994 afgeschaft gezien onder meer de voorwaarde in artikel 21(3) UNFCCC dat de GEF een universeel lidmaatschap zou hebben. Artikel 21(3) samengelezen met artikel 11(2) UNFCCC vereiste tevens dat alle partijen een billijke en gebalanceerde vertegenwoordiging zouden krijgen in de GEF. Sindsdien is de vertegenwoordiging in diens Raad gelijkgetrokken. Van de 32 zetels gaan er 16 naar ontwikkelde landen, 14 naar ontwikkelingslanden en 2 naar CEIT. De zetels worden evenwel toegekend op basis van het gewicht van de betrokken staten. Landen zoals Frankrijk, Duitsland, de Verenigde Staten en Canada krijgen elk één zetel, terwijl 17 eilandstaten of 15 Afrikaanse ontwikkelingslanden tezamen ook één zetel krijgen.²⁸⁰ Indien geen consensus bereikt wordt, vereist men een “dubbele meerderheid”, zijnde 60% van de meerderheid van het totaal aantal participerende landen en 60% van de meerderheid van het totaal aantal bijdragen aan het Fonds.²⁸¹ Dit systeem, berustend op op het “*one country, one vote*” principe enerzijds en het economische gewicht van enkele staten anderzijds, wil tegemoet komen aan de vereisten van zowel ontwikkelingslanden als ontwikkelde landen. Evenwel hebben laatstgenoemde, door deze dubbele meerderheid, een *de facto* veto.²⁸²

105. Recent heeft de Algemene Vergadering van de GEF de zevende aanvulling van het fonds met 4,1 miljard USD formeel bevestigd.²⁸³ De verspreiding van deze middelen over de verschillende milieuregimes wordt *ad hoc* bepaald.²⁸⁴ Traditioneel krijgen biodiversiteit en klimaatverandering de meeste middelen toebedeeld (elk ongeveer een derde) en ozon het minst (een à twee procent). Landdegradatie en POPs ontvangen elk ongeveer een tiende van de middelen. De verdeling in bijdragen wordt eveneens periodiek heronderhandeld naar aanloop van een nieuwe aanvulling van het fonds, die in het kader van de GEF om de vier jaar plaatsvindt. In tegenstelling tot het MPMF doet de GEF geen beroep op de *UN Scale of Assessment*.

3.2.2.2 Verdeling van de verantwoordelijkheden

106. Het UNFCCC verwijst naar Annex II om aan te duiden wie financiële verplichtingen heeft.²⁸⁵ De lijst telt 24 ontwikkelde landen en het verschil met Annex I is dat de CEIT weggelaten zijn. Het CBD, het UNCCD en de POP Conventie spreken daarentegen louter van “*developed country parties*”.²⁸⁶

Toch worden niet enkel ontwikkelde landen aangesproken. Het CBD, UNCCD en POP Conventie bepalen ten eerste dat elke partij, naargelang diens capaciteiten, moet trachten middelen vrij te maken voor nationale projecten die het doel van het verdrag dienen.²⁸⁷ De drie verdragen bepalen eveneens

²⁷⁹ Nakhooda, 2013, 13.

²⁸⁰ www.thegef.org/council_members_alternates.

²⁸¹ De Raad komt twee keer per jaar samen. De Algemene Vergadering telt alle leden en komt om de drie jaar samen. www.thegef.org/about/organization.

²⁸² Boisson De Chazournes en Mbengue, 2013, 17.

²⁸³ Report on the Seventh Replenishment of the GEF Trust Fund, 2018, Da Nang, GEF/A.6/05/Rev.01,.

²⁸⁴ N. Goeteyn en F. Maes, “De Global Environment Facility (GEF)” in C. Ryngaert (ed.), *De fondsen en programma's van de Verenigde Naties*, Acco, 2012, 124.

²⁸⁵ Art. 4(3) UNFCCC; Art. 11(2) Kyoto Protocol.

²⁸⁶ Art. 20(2) CBD; art. 20(2) UNCCD; art. 13(2) POP Conventie. Op de eerste COP van het CBD werd een lijst opgesteld van de betrokken landen: Dec. 1/2, Annex II, Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 1995, Nassau, UN Doc. UNEP/CBD/COP/1/17.

²⁸⁷ Art. 20(1) CBD; art. 20(1) UNCCD; art. 13(1) POP Conventie. Zie ook art. 20(3) UNCCD, dat bepaalt dat geaffecteerde ontwikkelingslanden, afhankelijk van hun capaciteiten, moeten trachten zelf middelen te mobiliseren voor de implementatie van hun nationale actieprogramma's.

dat “*other parties*” vrijwillig de plichten die gelden voor de ontwikkelde landen, mogen opnemen²⁸⁸, hetgeen ook aangemoedigd wordt.²⁸⁹ Het UNCCD moedigt bovendien de financiering van de private sector aan.²⁹⁰

107. In het nemen van financiële maatregelen, moeten alle partijen ten slotte rekening houden met de specifieke noden en omstandigheden van diverse categorieën partijen. De meeste verdragen verwijzen naar LDC's²⁹¹ en SIDS.²⁹² Het CBD voegt hier bijvoorbeeld nog ontwikkelingslanden aan toe die extra kwetsbaar zijn door hun geografisch karakter, zoals dorre of bergachtige gebieden, terwijl diens Nagoya Protocol specifiek CEIT vermeldt.²⁹³ Het UNCCD geeft dan weer prioriteit aan Afrikaanse landen, “zonder de geaffecteerde ontwikkelingslanden van andere regio's te verwaarlozen”.²⁹⁴

3.2.2.3 *Nieuwe en additionele middelen*

108. Hoewel de structuur van de GEF zich minder democratisch opstelt dan dat van het MPMF en bijgevolg enigszins neigt naar de instellingen die voorzien in ontwikkelingshulp, verwachten zowel het UNFCCC, het CBD en de POP Conventie dat “*the developed countries shall provide new and additional financial resources*”.²⁹⁵ Hierbij moet rekening gehouden worden met “*the need for adequacy, predictability and timely flow*” van de financiering.²⁹⁶

109. Deze vereisten waren aanvankelijk niet te vinden in het UNCCD. Het Zuiden was, zoals hierboven reeds vermeld, de drijvende kracht achter de onderhandelingen voor het Desertificatieverdrag. In diens niet-familiaire rol als regimevoortrekker, stond deze voor de taak proactief op te treden en het Noorden te overtuigen. Op financieel vlak bleek het zeer moeilijk voor de G77 om de VS en de Europese Gemeenschap te overtuigen in een financieel mechanisme, dat met nieuwe en additionele middelen zou werken, te voorzien. In de laatste ogenblikken van de onderhandelingen werd op de valreep beslist tot de oprichting van een “*Global Mechanism*”. Dit voorstel tot compromis kwam van de ontwikkelde landen en reflecteert hun beperkte bereidheid tot het financieren van maatregelen tegen verwoestijning.²⁹⁷ Het Globaal Mechanisme mag dan wel “*under the authority*” van de COP functioneren, zelf is het namelijk geen financieel mechanisme. Diens taak beperkt zich immers tot “*to promote actions leading to the mobilization and channelling of*

²⁸⁸ Art. 20(2) CBD, art. 20(6) UNCCD; art. 13(2) POP Conventie.

²⁸⁹ De notie “*other parties*” is neutraler dan bijvoorbeeld “*Obligations of country Parties in a position to provide assistance*”. Het eerste ontwerp van het UNCCD gebruikte dat laatste als titel van artikel 6, hetgeen in de smaak viel van diverse ontwikkelde landen en heel wat Afrikaanse landen, maar fel gecontesteerd werd door Latijns-Amerikaanse en Aziatische landen. Laatstgenoemden vreesden immers dat dit de donorpool zou uitbreiden tot diverse ontwikkelingslanden, hetgeen zou indruisen tegen CBDR. “Summary of the Third Session of the INC for the Elaboration of an International Convention to Combat Desertification: 17-28 January 1994”, *Earth Negotiation Bulletin*, vol. 4, nr. 34, <http://enb.iisd.org/vol04/0434054e.html>.

²⁹⁰ Art. 20(4) UNCCD.

²⁹¹ Art. 4(9) UNFCCC; art. 20(5) CBD; art. 25(4) Nagoya Protocol; art. 13(5) POP Conventie.

²⁹² Art. 4(8) UNFCCC; art. 20(6) CBD; art. 25(4) Nagoya Protocol; art. 13(5) POP Conventie.

²⁹³ Art. 20(7) CBD; art. 25(4) Nagoya Protocol.

²⁹⁴ Art. 20(2) UNCCD.

²⁹⁵ Art. 4(3) UNFCCC; art. 20(2) CBD; art. 13(2) POP Conventie. §16 preambule CBD en §18 preambule UNCCD erkennen dat nieuwe en additionele bronnen een substantieel verschil maken in het adresseren van biodiversiteitsverlies.

²⁹⁶ Art. 4(3) UNFCCC; art. 11(2) Kyoto Protocol; art. 20(2) CBD; art. 13(2) POP Conventie.

²⁹⁷ Najam, 2004, 150.

substantial financial resources".²⁹⁸ Kortom, het Globaal Mechanisme zou werken met reeds bestaande middelen.²⁹⁹

Het was pas tijdens de Wereldtop inzake Duurzame Ontwikkeling van 2002 dat men stappen ondernam de GEF aan te duiden als financieel mechanisme van het UNCCD.³⁰⁰ In navolging daarvan benoemde de GEF landdegradatie als haar vijfde focusgebied. Men kan deze zet beschouwen als een toegeving van de ontwikkelde landen dat landdegradatie – en dus ook verwoestijning – een *common concern* is.³⁰¹ Sindsdien kan de GEF financiële steun voorzien in het kader van verwoestijning zonder dat een land een link moet aantonen met een van de vier oorspronkelijke domeinen van de GEF.

Doordat de GEF als financieel mechanisme werd aangeduid, krijgen de geaffecteerde ontwikkelingslanden wel nieuwe en additionele steun. Het belang hiervan werd erkend in de preambule van het UNCCD³⁰², dat daarnaast in artikel 20(1)(b) verwacht dat "*developed countries (...) undertake to: (...) (b) promote the mobilization of adequate, timely and predictable financial resources, including new and additional funding (...)*". Ondanks het weinig dwingende karakter van deze bepaling, was de latere invoeging ervan een grote stap in het desertificatieregime.

3.2.2.4 *Incrementele kosten en verhitte discussies tussen COP en GEF*

110. De COP staat in voor beslissingen omtrent de relevante beleidsdoelstellingen, de programmaprioriteiten en de criteria om in aanmerking te komen voor financiering. De GEF gaat de financiering ten slotte toekennen en concrete projecten goedkeuren. De GEF dekt, net zoals het MPMF, de incrementele kosten die de ontwikkelingslanden tegenkomen bij de implementatie van het verdrag of protocol.³⁰³ Het is echter niet altijd evident om te bepalen wat juist onder deze kosten valt, doordat er geen lijst voorhanden is of doordat de GEF en de COP er andere visies op nahouden.

Vaak lopen de prioriteiten van een COP namelijk niet volledig gelijk met die van de GEF.³⁰⁴ Uit de praktijk blijkt dat ontwikkelde landen in zulke gevallen de visie van de GEF volgen, terwijl ontwikkelingslanden achter de COP staan.³⁰⁵ De GEF is immers, zoals hierboven blijkt, nog in grote mate voortgestuwd door donoren, terwijl de COP alle verdragslanden vertegenwoordigt en per consensus beslist. Daarnaast ligt ook hun focus anders: waar de GEF een instelling is die in de eerste plaats goed gemanaged wil worden, besteedt de COP meer aandacht aan de ontwikkeling en rechten van verdragspartijen.³⁰⁶

111. In het ene regime woedt het debat omtrent de incrementele kosten al meer dan in het andere. Het UNFCCC heeft minder problemen dan de andere verdragen om nationale projecten op de agenda van de GEF te zetten om de simpele reden dat de globale impact van deze projecten minder betwist

²⁹⁸ Art. 21(4) UNCCD.

²⁹⁹ F. Falloux, S. Tressler en K. Mayrand, "The Global Mechanism and UNCD Financing: Constraints and Opportunities", in P-M. Johnson, K. Mayrand en M. Paquin (eds.), *Governing Global Desertification: Linking Environmental Degradation, Poverty and Participation*, Ashgate Publishing, 2006, 131.

³⁰⁰ De relatie tussen de COP en de GEF ligt besloten in een memorandum of understanding: Dec. 6/COP.7, Report of the Conference of the Parties on its Seventh Session, 2005, Nairobi, UN Doc. ICCD/COP7/16/Add.1.

³⁰¹ Zie ook B. Boer, "Land Degradation as a Common Concern of Human Kind", in F. Lenzerini en A. F. Vrdoljak (eds.), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Bloomsbury Publishing, 2014, 289-307.

³⁰² §18 preambule UNCCD.

³⁰³ Art. 4(3) UNFCCC; art. 11(2)(b) Kyoto Protocol; art. 20(2) CBD; art. 20(1)(b) UNCCD; art. 13(2) POP Conventie.

³⁰⁴ Lavallée, 2014, 180.

³⁰⁵ M. Rahman, "A Critical Examination of the Financial Mechanism as adopted in the Convention on Biological Diversity from a Developing Country's Perspective", *The Northern University Journal of Law* 2010, vol. 1, 78.

³⁰⁶ Rahman, 2010, 78.

wordt.³⁰⁷ Veel projecten ter bescherming van biodiversiteit hebben daarentegen slechts een hoofdzakelijk nationaal of regionaal belang. De COP van de CBD steunt zich op diens preambulaire erkenning dat biodiversiteit een “*common concern*” is om te argumenteren dat de notie “*incrementele kosten*” een bredere invulling verdient, maar dit verloopt niet altijd zonder getouwtrek.³⁰⁸

112. De discussies ter zake zijn sterk afhankelijk van de verhouding tussen de COP en de GEF. In sommige MEA’s werkt de GEF louter “*under the guidance*” van de COP, zoals het geval is in het UNFCCC.³⁰⁹ In andere MEA’s werkt de instelling onder het gezag van de COP, waardoor laatstgenoemde sterker haar stempel kan doordrukken. Zo nemen de COPs van het CBD, het UNCCD en de POP Conventie een sterke positie in tegenover de GEF: deze handelt namelijk onder hun “*authority and guidance*”.³¹⁰

113. In bepaalde opzichten moet deze ondergeschiktheid van de GEF echter gerelativeerd worden.³¹¹ De sterke positie van de COP van het CBD bracht bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk ertoe een interpretatieve verklaring af te leggen die bijval kreeg van verschillende ontwikkelde landen. De verklaring luidt dat “*nothing in article 20 or 21 authorises the Conference of the Parties to take decisions concerning the amount, nature, frequency or size of the contributions of the Parties under the Convention*”.³¹²

De financiële bepalingen van het latere Nagoya Protocol reflecteren die beperkte bereidheid van de ontwikkelde landen om financiële verplichtingen aan te gaan in het kader van biodiversiteit. Art. 25(1) vermeldt dat “*In considering financial resources for the implementation of this Protocol, the Parties shall take into account the provisions of Article 20 of the Convention.*” Dit betekent vooreerst dat de donorlanden niet verplicht zijn financiële middelen te verschaffen, maar slechts om de kwestie van financiering in overweging te nemen. Artikel 20 van het CBD is bovendien niet rechtstreeks toepasselijk op de financiële bepalingen van het Protocol.³¹³ Het brengt enkele auteurs ertoe in twijfel te trekken of dit überhaupt als een operationalisatie van CBDR beschouwd kan worden.³¹⁴ Het *Nagoya Protocol Implementation Fund* (NPIF), dat sinds 2011 dient ter ratificatie en implementatie van het Protocol en ressorteert onder de GEF, heeft tot nu toe ook maar weinig bijdragen ontvangen.³¹⁵

³⁰⁷ De discussies verergerden evenwel toen de GEF haar eigen interpretatie van “*incrementele kosten*” lanceerde, die niet noodzakelijkerwijs gedeeld wordt door de COP/MOP. Operational Guidelines For The Application Of The Incremental Cost Principle, 2007, GEF/C.31/12; Lavallée, 2014, 184.

³⁰⁸ Matz, 2002, 506.

³⁰⁹ Art. 11(1) UNFCCC. De relatie tussen de COP en de GEF ligt besloten in een memorandum of understanding: Dec. 12/CP.2, Report of the Conference of the Parties on its Second Session, 1996, Geneva, UN Doc. FCCC/CP/1996/15/Add.1; Dec. 12/CP.3, Report of the Conference of the Parties on its Third Session, 1997, Kyoto, UN Doc. FCCC/CP/1997/7/Add.1.

³¹⁰ Art. 21(1) CBD; art. 21(4) UNCCD; art. 13(6) POP Conventie. De relatie tussen de COP en de GEF ligt besloten in memoranda of understanding: Dec. III/8, Report of the Third Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 1997, Buenos Aires, UN Doc. UNEP/CBD/COP/3/38; Dec. SC-1/11, 2005, Punta del Este, Report of the Conference of the Parties of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants on the work of its first meeting, UN Doc. UNEP/POPS/COP.1/31; Dec. 11/COP.13, Report of the Conference of the Parties on its thirteenth session, 2017, Ordos, UN Doc. ICCD/COP(13)/21/Add.1.

³¹¹ Boyle, 1996, 47.

³¹² <https://treaties.un.org> (geconsulteerd op 3 augustus 2018).

³¹³ T. Greiber en S. P. Moreno (eds.), “An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing”, *IUCN Environmental Policy and Law Paper* 2012, nr. 83, 223.

³¹⁴ Lavallée, 2014, 191; Y. Le Bouthillier, “Des Constats et des Questions sur le Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées”, *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 321.

³¹⁵ Outstanding Issues Related To The Nagoya Protocol Implementation Fund, 2011, GEF/C.40/11/Rev.1.

3.2.2.5 *Conditionele clause*

114. Tot slot moet uiteraard stil gestaan worden bij het fenomeen van de conditionele clause. Net zoals het Montreal Protocol bevatten het UNFCCC, het CBD en de POP Conventie zeer gelijkaardige conditionele clauses.³¹⁶

115. Dit is niet zo bij het UNCCD. Wellicht doordat de financiële verplichtingen in hoofde van ontwikkelde landen zich hoogstens als middelenverbintenissen kwalificeren, boet diens conditionele clause aan kracht in, in die mate dat er eigenlijk nog bezwaarlijk van een voorwaardelijke link kan gesproken worden: *“The full implementation by affected developing country Parties, particularly those in Africa, of their obligations under the Convention will be greatly assisted by the fulfillment by developed country Parties of their obligations under the Convention, including in particular those regarding financial resources and transfer of technology.”*³¹⁷

3.2.3 *Klimaatfinanciering sinds het Akkoord van Parijs*

116. Artikel 9(1) van het Akkoord van Parijs herbevestigt de bestaande verplichtingen onder het UNFCCC.³¹⁸ Dit belet niet dat het Akkoord een aantal belangrijke vernieuwingen op vlak van klimaatfinanciering introduceert.

3.2.3.1 *Klimaatfinanciering wordt een doelstelling*

117. Vooreerst is het duidelijk dat klimaatfinanciering een veel belangrijkere plaats inneemt dan voordien. Dat het Kyoto Protocol relatief weinig aandacht besteedde aan financiering volgde onder meer uit het feit dat ontwikkelingslanden quasi geen mitigatieverplichtingen hadden en uit de beperkte rol die adaptatie toen vervulde. Het veranderen van deze elementen deden logischerwijs financiering aan belang winnen. *“Making finance flows consistent with a path-way towards low greenhouse gas emissions and climate resilient development”* werd zelfs als een centrale doelstelling van het Akkoord van Parijs aangeduid.³¹⁹

118. Het opkrikken van de ambities stond al langer op de agenda. Op de COP15 te Kopenhagen besloten de ontwikkelde landen om in de periode 2010-2012 30 miljard dollar aan nieuwe en bijkomende middelen uit te trekken voor de zogenaamde *‘fast-start’* financiering. In 2020 zou deze aangegroeid moeten zijn tot 100 miljard dollar per jaar, hetgeen dan weer kadert in *‘long-term finance’* targets.³²⁰

In 2015 werd de 100 miljard doelstelling uiteindelijk enkel in de COP Beslissing opgenomen en werd de datum uitgesteld naar 2025, hetgeen impliceert dat men ook langer respijt heeft om tot ambitieuzere afspraken te komen.³²¹ Het Akkoord zelf bepaalt wel dat de financiering steeds een vooruitgang ten opzichte van vorige inspanningen moet vormen.³²² De *“scaled-up financial resources”* kaderen in de algemene tendens tot progressie die het Akkoord vooropstelt in haar artikel 3 en reeds

³¹⁶ Art. 4(7) UNFCCC; art. 20(4) CBD; art. 13(4) POP Conventie.

³¹⁷ Art. 20(7) UNCCD.

³¹⁸ Het Akkoord vermeldt niet dat de middelen “nieuw en additioneel” moeten zijn, noch dat hun stroom “adequaate, voorspelbaar en duurzaam” moet zijn. Gezien art. 9(1) mag er evenwel vanuit gegaan worden dat deze vereisten, zoals gesteld in het UNFCCC, nog steeds gelden.

³¹⁹ Art. 2 Akkoord van Parijs.

³²⁰ Dec. 2/CP.15, Report of the Conference of the Parties on its fifteenth session, 2009, Copenhagen, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, §8.

³²¹ Dec. 1/CP.21, Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, 2015, Paris, UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1, §54. Uiteindelijk komen deze keuzes slechts gedeeltelijk tegemoet aan de wens van ontwikkelingslanden om een duidelijk pad inzake *scaled-up finance* te leggen: Y. Yamineva, “Climate Finance in the Paris Outcome: Why Do Today What You Can Put Off Till Tomorrow?”, *RECIEL* 2016, vol. 25, nr. 2, 180.

³²² Art. 9(3)-(4) Akkoord van Parijs.

supra werd aangehaald bij de bespreking van de NDC's. Artikel 4(5) van het Akkoord linkt uitdrukkelijk beide aspecten: “*enhanced support for developing country Parties will allow for higher ambition in their actions*”.³²³

3.2.3.2 Verruiming van de financieringsbronnen

119. In vergelijking met de rest van het Akkoord bevat artikel 9 nog de meeste sporen van een dichotomie, al spreekt het natuurlijk niet meer van annexen maar van “*developed country parties*” en “*developing country parties*”. Zoals voordien het geval was, zijn het nog steeds in hoofdzaak eerstgenoemden die financiële steun verschaffen aan laatstgenoemden. In dat opzicht hebben de bepalingen inzake financiering minder wijzigingen doorstaan dan de bepalingen inzake mitigatie.³²⁴ Echter, aangezien het belang van klimaatfinanciering toeneemt, trekt het Akkoord van Parijs de financieringsbronnen open.

120. Ten eerste krijgen ontwikkelingslanden nu ook een rol toebedeeld. Het eenvoudigweg heronderhandelen van het financieringsproces door de donorcirkel uit te breiden zou evenwel op een politiek dispuut uitgedraaid zijn. Daarom bepaalt artikel 9(2) van het Akkoord, geïnspireerd door andere milieuverdragen, dat “*Other Parties are encouraged to provide or continue to provide such support voluntarily*”.³²⁵ Deze strategische zet is belangrijk aangezien het kan helpen de gevoelig liggende dynamiek van klimaatfinanciering los te laten om langzamerhand naar additionele financieringsmogelijkheden te evolueren.³²⁶ Men koos voor “*other parties*” omdat ontwikkelingslanden een formulering zoals “*parties in a position to do so...*” of “*in the capacity...*” ten allen koste wouden vermijden. Ze vreesden immers dat dit aanleiding zou geven tot het uitwerken van maatstaven.³²⁷

Het resultaat van deze constructie noemt men in de doctrine een “trichotomie”, gezien het Akkoord met “*other parties*” een categorie zou doen rijzen tussen ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden.³²⁸ Concreet mikt het Akkoord hiermee op financiering van landen zoals Mexico, Peru, Colombia, Indonesië, Vietnam of Mongolië, die reeds financiering beloofden aan het Green Climate Fund (zie *infra*). Al blijft de vraag wie onder “*other parties*” valt uiteindelijk een kwestie van zelfdeterminering.³²⁹

In artikel 9(3) stelt het Akkoord vervolgens dat “*As part of a global effort, developed country Parties should continue to take the lead in mobilizing climate finance*”. Dit betekent dat ontwikkelde landen nog steeds het voortouw moeten nemen in het mobiliseren van middelen, maar dat in feite *elk* land een inspanning behoort te leveren. De mobilisatie van klimaatfinanciering is vanaf nu een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid. Een opmerkelijk gevolg hiervan lijkt de verdwijning van de conditionele clause te zijn. Het Akkoord van Parijs stelt nergens meer dat de plichtsvervulling van ontwikkelingslanden afhangt van het nakomen van de financiële plichten in hoofde van de ontwikkelde landen.

121. Ten tweede bepaalt het Akkoord dat de middelen kunnen gemobiliseerd worden “*from a wide variety of sources, instruments and channels, noting the significant role of public funds*”.³³⁰ Zonder het

³²³ Zie ook artt. 3 en 7(13) Akkoord van Parijs.

³²⁴ Rajamani, 2016, 512.

³²⁵ De bijdragen van ontwikkelingslanden worden niet meegeteld in het bereiken van de 100 miljard doelstelling.

³²⁶ Yamineva, 2016, 180.

³²⁷ Een gelijkaardige discussie vond plaats tijdens de onderhandelingen van art. 20(6) UNCCD, zie *supra*.

³²⁸ Maljean-Dubois, 2016, 158.

³²⁹ www.greenclimate.fund/contributions/pledge-tracker#states; Maljean-Dubois, 2016, 156.

³³⁰ Art. 9(3) Akkoord van Parijs. De inclusieve formule was ook al te vinden in de Kopenhagen en Cancun akkoorden: Dec. 2/CP.15, Report of the Conference of the Parties on its fifteenth session, 2009, Copenhagen, UN

expliciet te zeggen, erkent het Akkoord hier het groeiende belang van private bronnen. Ontwikkelingslanden zijn evenwel sceptisch om deze bronnen een prominente rol te geven. Zo zou het niet alleen praktisch onvoordelig zijn – de privésector zou vaak het laatste woord opeisen in de keuze van gefinancierde projecten –, maar ook weinig in lijn met CBDR.³³¹ De overheden van ontwikkelde landen zouden op die manier namelijk hun verantwoordelijkheden kunnen afschuiven. Desalniettemin groeit tegelijkertijd het besef dat de private sector een belangrijke speler is, wil men effectief de financieringsdoelstellingen behalen.³³²

3.2.3.3 De intrede van het Green Climate Fund

122. Artikel 9(8) van het Akkoord verklaart het financieel mechanisme van het UNFCCC toepasselijk. Ondertussen betreft dit niet enkel meer de GEF. Naast het vooropstellen van ambitieuze financieringsdoelstellingen, werd te Kopenhagen namelijk eveneens besloten tot de oprichting van het *Green Climate Fund* (hierna: GCF), dat instaat voor de transfer van financiële middelen van ontwikkelde landen naar ontwikkelingslanden met het oog op hun mitigatie- en adaptatiemaatregelen.³³³

Diens oprichting beantwoordt aan de vraag van ontwikkelingslanden om een fonds op te richten met als grootste drijfveer de transitie van deze landen naar een ontwikkeling laag in uitstoot en aangepast aan klimaatverandering.³³⁴ Het uiteindelijke resultaat is echter niet vrij van kritiek. Hoewel het GCF “functioneert volgens de principes van het UNFCCC”³³⁵, wordt soms betwijfeld of het wel strookt met CBDR.³³⁶ Zo is de mobilisatie van middelen slechts een vrijwillige aangelegenheid³³⁷, wordt uitdrukkelijk het belang van private financiering erkend³³⁸ en handelt het GCF, net zoals de GEF, niet onder het gezag van de COP³³⁹.

Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, §8. ; Dec. 1/CP.16, Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, 2010, Cancun, UN Doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1, §99.

³³¹ Y. Yamineva en K. Kulovesi, “The New Frame for Climate Finance under the United Nations Framework on Climate Change” in E. J. Hollo, K. Kulovesi en M. Mehling (eds.), *Climate Change and the Law*, Springer, 2012, 209.

³³² “Private investeerders cruciaal in strijd tegen klimaatverandering”, *Knack*, 23 mei 2018, <http://trends.knack.be/economie/beleid/private-investeerders-cruciaal-in-strijd-tegen-klimaatverandering/article-normal-1151265.html>.

³³³ Dec. 2/CP.15, Report of the Conference of the Parties on its fifteenth session, 2009, Copenhagen, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, §10. Op de COP16 te Cancun werd het GCF officieel opgericht: Dec. 1/CP.16, Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, 2010, Cancun, UN Doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1, §102.

³³⁴ Boisson De Chazournes en Mbengue, 2013, 19.

³³⁵ Annex bij Dec. 3/COP.17, Report of the Conference of the Parties on its seventeenth session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1, §3.

³³⁶ S. Vanderheiden, “Differentiating Responsibility in the Green Climate Fund”, *International Spectator* 2015, vol. 50, nr. 1, 33.

³³⁷ Annex bij Dec. 3/COP.17, Report of the Conference of the Parties on its seventeenth session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1, §35. Het LDCF, SCCF en AF werken ook op basis van vrijwillige bijdragen. Of dergelijke aanpak succesvol is in het kader van klimaatverandering is evenwel de vraag. De stand van zaken in mei 2018 toonde dat 43 staten tot nu toe tezamen 10,3 miljard euro hebben beloofd aan het GCF in de mobilisatieperiode 2015-2018.

www.greenclimate.fund/documents/20182/24868/Status_of_Pledges.pdf/eef538d3-2987-4659-8c7c-5566ed6afd19.

³³⁸ Dec. 2/CP.15, Report of the Conference of the Parties on its fifteenth session, 2009, Copenhagen, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1, §8; Annex bij Dec. 3/COP.17, Report of the Conference of the Parties on its seventeenth session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1, §3 en 30.

³³⁹ Ontwikkelingslanden wilden dat het Fonds, integenstelling tot de GEF, ditmaal wel rechtstreeks onder het gezag van de COP zou vallen. Bij wijze van compromis telt het board 24 leden, zijnde een gelijk aantal ontwikkelingslanden als ontwikkelingslanden. De leden worden benoemd voor een mandaat van drie jaar. Hun

3.3 ANDERE VLAKKEN WAAROP CBDR EEN ROL KAN SPELEN

123. In de hier besproken verdragen en protocollen speelt CBDR niet enkel een rol op vlak van centrale verplichtingen en financiële verplichtingen. Het principe is doorgaans aanwezig in meerdere verdragsonderdelen, gaande van rapporterings- tot researchverplichtingen. Enkele daarvan zullen we in wat volgt kort overlopen.

124. Andere interessante toepassingen van CBDR zijn onder meer aanwezig in de bepalingen inzake technologieoverdracht. Vaak betreffen dit middelenverbintenissen in hoofde van de ontwikkelde landen om steun, in de vorm van bijvoorbeeld machines of technologische *know-how*³⁴⁰, te verschaffen aan ontwikkelingslanden.³⁴¹ Deze overdrachten worden al sinds de NIEO en de Stockholm Verklaring benadrukt³⁴² maar blijven een precair vraagstuk, niet in het minst omdat de technologieën vaak in handen zijn van privébedrijven.³⁴³ Ondanks de zwak geformuleerde bepalingen, is de naleving ervan opgenomen in dezelfde conditionele clausules als reeds eerder besproken.³⁴⁴

Zowel financiering als technologieoverdracht zijn vormen van capaciteitsopbouw. Opdat de capaciteiten van staten voldoende versterkt worden, zijn daarnaast ook initiatieven zoals het stimuleren van educatie en publiek bewustzijn en het creëren van specifieke nationale instellingen en regelgeving noodzakelijk.³⁴⁵ De meeste verdragsbepalingen hieromtrent getuigen van een aan alle partijen

beslissingen worden genomen op basis van consensus. Annex bij Dec. 3/COP.17, Report of the Conference of the Parties on its seventeenth session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1, §9 en 14; Yamineva en Kulovesi, 2012, 217.

In hoofde van de ontwikkelde landen was er onenigheid omtrent de structuur van GCF. Zo weigerde de Europese Commissie bij te dragen tot het GCF omdat het geen zetel kreeg in het Board. "EU snubs Green Climate Fund, France pledges to contribute", *EU Politics Today*, 10 Juli 2014,

<http://eupolitics.einnews.com/article/213216170/-DPQHnQ9I5e1rE5>.

³⁴⁰ Dit noemt men respectievelijk "hardware elementen" (machines, uitrusting,...) en "software elementen" (skills, *know-how*,...) van milieuvriendelijke technologieën. Dit zijn technologieën "die het milieu beschermen, minder vervuilen, natuurlijke rijkdommen op een duurzamere manier gebruiken, hun afval en producten meer recycleren en op een meer acceptabele manier omgaan met residueel afval dan de technologieën die ze vervangen". Agenda 21, hoofdstuk 34, §11; Honkonen, 2009, 171.

³⁴¹ Art. 10A Montreal Protocol; art. 4(5) UNFCCC; art. 10(c) Kyoto Protocol; art. 10 Akkoord van Parijs; art. 16 CBD; art. 23 Nagoya Protocol; art. 18(1)(b) UNCCD; art. 12(4) POP Conventie.

³⁴² Resolutie "Charter of Economic Rights and Duties of States", 1974, UN Doc. A/RES/29/3281, art. 13; Resolutie "Development of International Economic Cooperation", 1975, UN Doc. A/RES/S-7/3362, III; Principe 20 Stockholm Verklaring.

³⁴³ Privébedrijven willen graag een *return* voor hun gedane investeringen. Ze verkiezen bijgevolg te spreken van "samenwerking" in plaats van "transfer", gezien laatstgenoemde de indruk geeft dat de ene partij een donor is en de andere een passieve ontvanger. Principieel mogen overdrachten evenwel geen economische lasten teweeg brengen voor de ontwikkelingslanden en moeten ze hen dus toegekend worden onder gunstige voorwaarden. Zie principe 20 Stockholm Verklaring; art. 10A Montreal Protocol; art. 16(2) CBD; art. 18(1)(b) UNCCD. Zie ook: Getu, 2012, 21.

Een ander heikel punt zijn de intellectuele rechten: worden deze mee overgedragen of niet? Dit probleem wordt bijvoorbeeld aangekaart in artikel 16(5) CBD: "*The Contracting Parties, recognizing that patents and other intellectual property rights may have an influence on the implementation of this Convention, shall cooperate in this regard subject to national legislation and international law in order to ensure that such rights are supportive of and do not run counter to its objectives.*" en in artikel 18(1)(b) UNCCD: "... *taking into account the need to protect intellectual property rights...*". De verschillende houding ten aanzien van intellectuele eigendomsrechten tussen beide artikelen is opmerkelijk.

³⁴⁴ Art. 5(7) Montreal Protocol; art. 4(7) UNFCCC; art. 11(1) Kyoto Protocol; art. 20(4) CBD; art. 20(7) UNCCD; art. 13(4) POP Conventie.

³⁴⁵ L. Gündling, "Compliance Assistance in International Environmental Law: Capacity-Building through Financial and Technology Transfer", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, vol. 56, 800-801.

gemeenschappelijke verantwoordelijkheid, al wordt er uiteraard rekening gehouden met hun respectievelijke capaciteiten en de specifieke noden van onder meer LDCs.³⁴⁶

Het voorzien van financiële, technologische of andere hulp voor ontwikkelingslanden heeft verschillende voordelen. Vooreerst geeft het incentives aan deze landen om deel te nemen aan verdragen.³⁴⁷ Vervolgens verhoogt het de capaciteiten van de ontwikkelingslanden zodat deze landen hun verdragsverplichtingen kunnen vervullen. Men gebruikt hiervoor de metafoor van “de wortel en de stok”: het is beter om niet-nakoming van verdragsverplichtingen te vermijden dan om een niet-conforme staat te bestraffen.³⁴⁸ Ten slotte draagt de hulp ook bij tot de algemene duurzame ontwikkeling in ontwikkelingslanden.³⁴⁹

125. De idee van “de wortel en de stok” wordt tevens doorgetrokken naar de situatie waarin een ontwikkelingsland haar verdragsverplichtingen niet kan nakomen. Verschillende inbreukprocedures beschikken namelijk over de mogelijkheid tot een “faciliterende” aanpak, waarbij aan de betrokken partij de nodige (financiële) steun wordt verschaft opdat zij alsnog haar plichten kan vervullen. De procedures bij het *Implementation Committee* van het Montreal Protocol en de *Facilitative Branch* van Kyoto Protocols *Compliance Committee* zijn de bekendste voorbeelden. Deze procedures staan in se open voor alle partijen, maar eerstgenoemde heeft de mogelijkheid³⁵⁰ en laatstgenoemde zelfs de plicht³⁵¹ om nationale omstandigheden en capaciteiten in acht te nemen bij de behandeling van inbreuken.

Naast het feit dat deze procedures kritiek moeten incasseren – partijen die dezelfde verbintenissen aangaan, dienen hetzelfde behandeld te worden in geval van niet-nakoming³⁵² – wijzen sommige

³⁴⁶ Art. 6 UNFCCC; art. 10(e) Kyoto Protocol; art. 11 Akkoord van Parijs; artt. 12-13 CBD; art. 22 Nagoya Protocol; art. 19 UNCCD; art. 10 POP Conventie.

³⁴⁷ Het geven van dergelijke incentives kan ook op meer ‘expliciete’ manieren gebeuren. Zo kunnen ontwikkelingslanden financiële middelen bekomen om onder meer de onderhandelingen bij te kunnen wonen, hieraan geïnformeerd te participeren en effectief toe te treden tot het akkoord. Ook deze vormen een toepassing van CBDR: B. Pisupati, C. Boumal, E. Mrema, A. Kambu, “Issues of Compliance: Considerations for the International Regime on Access and Benefit Sharing”, *United Nations Environmental Programme* 2010, 12.

³⁴⁸ Matz, 2002, 480.

³⁴⁹ Cullet merkt op dat het vooral de eerste twee beweegredenen zijn die ontwikkelde landen er toe aanzetten financiële en technologische hulp te beloven. De ontwikkelde landen streven volgens deze auteur steeds naar kosten-efficiëntie in hun eigen voordeel en minder naar het bevorderen van substantieve gelijkheid: Cullet, 2003, 126.

³⁵⁰ Annex II, Report of the Tenth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1998, Cairo, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.10/9, §4. De procedure won aan belang na het verstrijken van de gratieperiode, toen ook ontwikkelingslanden volledig toerekenbaar werden het protocol te implementeren: N. Goeteyn en F. Maes, “Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements: An Effective Way to Improve Compliance”, *Chinese Journal of International Law* 2011, vol. 10, nr. 4, 820.

³⁵¹ Het Comité is verplicht CBDR in acht te nemen: Dec. 27/CMP.1, Annex IV, Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its first session, 2005, Montreal, UN Doc. FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, §4. De facilitative branch liet zich inspireren door de procedure van het Montreal Protocol: M. Faure en J. Lefevre, “Compliance with Global Environmental Policy: Climate Change and Ozone Layer Cases”, in S. R. Axelrod en S. D. Vandever (eds.), *The Global Environment: Institutions, Law and Policy*, CQ Press, 2015, 187. Gelijkaardig aan de *Facilitative Branch* onder het Kyoto Protocol, voorziet het Akkoord van Parijs in een *Facilitative Compliance Mechanism* dat op alle partijen van toepassing is, maar hun “*respective national capabilities and circumstances of Parties*” in acht moet nemen: art. 15(2) Akkoord van Parijs.

³⁵² Rajamani, 2006, 204; Tegen dergelijke uitspraken kan geargumenteed worden dat er net zoals bij de “traditionele rechter” behoefte bestaat aan een casuïstische beoordeling van gevallen en een geïndividualiseerd antwoord daarop: H. Hellio, “Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées et le Contrôle du Non-Respect: une Rencontre Fantasmée », *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 218.

auteurs enigszins terecht op hun logische onverenigbaarheid met CBDR.³⁵³ Erkennen dat ze daar een toepassing van vormen, zou gelijkstaan met het *a priori* erkennen van het falen van CBDR. De toepassing van CBDR in een verdrag moet er namelijk voor zorgen dat (ontwikkelings)landen geen probleem ervaren met naleving van de verdragsbepalingen en aldus geen gebruik hoeven te maken van de faciliterende inbreukprocedures.³⁵⁴

126. Ten slotte moet ook vermeld worden dat voorbehoudens, amendementen en voorlopige verdragstoepassingen soms als een toepassing van CBDR beschouwd worden.³⁵⁵ Hierbij kunnen minstens twee bedenkingen geformuleerd worden. Vooreerst moet eerstgenoemde vorm van differentiatie in het internationaal milieurecht gerelativeerd worden gezien slechts weinig MEA's het aannemen van voorbehouden toelaten.³⁵⁶ Ten tweede moet men voor ogen blijven houden dat CBDR waarden zoals substantieve gelijkheid en billijkheid nastreeft. Het aannemen van voorbehouden en het al dan niet aannemen amendementen kunnen inderdaad beschouwd worden als een soort zelf-differentiatie in het licht van CBDR wanneer het landen met weinig financiële middelen toelaat hun deelname te beperken.³⁵⁷ Dit effect verdwijnt indien tevens ontwikkelde landen van deze mogelijkheid gebruik maken. Een voorbeeld daarvan is de *opt-in* procedure voorzien in artikel 25(4) van de POP Conventie.

3.4 ENKELE VASTSTELLINGEN

127. De voorgaande analysering van hoe CBDR in de centrale en financiële verplichtingen van verschillende MEA's wordt geoperationaliseerd, levert verschillende inzichten op over het principe. Deze worden hierna besproken.

3.4.1 Hoe wordt gedifferentieerd?

3.4.1.1 Een inter- en intraconventioneel divers palet aan toepassingen van CBDR

128. Het Montreal Protocol en de POP Conventie zijn vergelijkbaar op vlak van hun structuur. Beide MEA's beogen de reductie en uitdoving van de consumptie en productie van de in amendementen opgenomen ODS respectievelijk POPs. Het gaat hier telkens om een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid voor alle partijen, al voorzien beide MEA's in de mogelijkheid van gratieperiodes. Het verlenen van uitstel impliceert een differentiatie in het implementeren van gelijke plichten. In het Montreal Protocol zijn deze periodes voorbehouden aan een afgebakende groep partijen, de artikel 5-landen. In de POP Conventie kan daarentegen elke partij uitstel bekomen. Een verlenging hiervan wordt evenwel pas toegestaan na onderzoek van de "speciale omstandigheden" van de partij in kwestie.

129. Een gelijkenis bestaat ook tussen het UNFCCC en diens Kyoto Protocol, enerzijds, en het UNCCD, anderzijds. Beide MEA's leggen namelijk specifieke verplichtingen op aan een specifieke groep partijen. In tegenstelling tot het Montreal Protocol en de POP Conventie wordt dus reeds in de mitigatieverplichtingen zelf gedifferentieerd. In het Kyoto Protocol gaat het om emissiereducties voor

³⁵³ Honkonen, 2009, 151-152.

³⁵⁴ Andere auteurs menen dat het wel degelijk gaat om een toepassing van CBDR: Hellio, 2014, 211-216; Rajamani, 2006, 105; Matsui, 2002, 160.

³⁵⁵ Honkonen, 2009, 144-148; Rajamani, 2006, 7.

³⁵⁶ Art. 18 Montreal Protocol; art. 24 UNFCCC; art. 26 Kyoto Protocol; art. 27 Akkoord van Parijs; art. 37 CBD; art. 34 Nagoya Protocol; art. 37 UNCCD; art. 27 POP Conventie.

³⁵⁷ P. Joffe, D. Waskow, K. Deangelis, W. Bevins en Y. Dagnet, "Equity Lessons from Multilateral Regimes for the New Climate Agreement", *World Resources Institute Working Paper* 2013, 11, www.wri.org/sites/default/files/equity_lessons_from_multilateral_regimes_for_the_new_climate_agreement.pdf.

de zogenaamde Annex I landen, terwijl het Desertificatieverdrag de geaffecteerde landen onder meer opdraagt om nationale actieprogramma's op te stellen. Het Protocol wordt echter gekenmerkt door een quasi afwezigheid van gemeenschappelijke verplichtingen, terwijl deze wel aanwezig zijn in het UNCCD.

130. Het CBD voorziet ten slotte in verplichtingen op vlak van biodiversiteitsbehoud en duurzaam gebruik van genetische bronnen die aan alle partijen gelijk zijn, maar waarvan de implementatie telkens afhangt van de capaciteiten en nationale omstandigheden van de partijen. Verder zorgt het CBD voor een opmerkelijke invulling van CBDR doordat het voorziet in *benefit-sharing*, in tegenstelling tot bovenstaande vier regimes waar CBDR telkens gaat om *burden-sharing*.

131. In de hier besproken verdragsregimes kan met andere woorden geen eenvormige toepassing van CBDR op vlak van de centrale verplichtingen ontwaard worden. Dit kan zelfs niet in het UNFCCC, het CBD en het UNCCD die nochtans alledrie voortvloeien uit de Rio Conferentie en dus een product zijn van dezelfde tijdsgeest. De regimes adresseren verschillende problemen en vergen dus ook verschillende oplossingen.³⁵⁸ De evenwichtsoefening tussen de gemeenschappelijke verantwoordelijkheden en de gedifferentieerde verantwoordelijkheden en de invulling van beide luiken, blijken bijgevolg een *ad hoc*, MEA-specifiek gebeuren te zijn.

Anderzijds toont het vergelijkend hoofdstuk aan dat er een relatief consequente praktijk binnen MEA's bestaat om in financiële steun te voorzien voor ontwikkelingslanden. Het voorzien van deze steun is *an sich* al een toepassing van gedifferentieerde verantwoordelijkheden. Bovendien getuigt ook de inhoud van de bepalingen van een gelijkaardig patroon inzake CBDR. Hier en daar zijn er afwijkingen, maar deze zijn beperkt. Financiële hulp werkt immers bij *elk* milieuprobleem, terwijl het hanteren van bijvoorbeeld gratieperioden of *benefit-sharing* enkel soelaas biedt voor welbepaalde problemen.³⁵⁹

Dit betekent dat ook binnen de verdragen zelf discrepanties bestaan tussen de manieren waarop CBDR vormt krijgt. De toepassing van CBDR is dus zowel inter- als intraconventioneel zeer divers.³⁶⁰

3.4.1.2 Contextuele versus concrete differentiatie

132. De hierboven aangehaalde bepalingen in MEA's kunnen onderverdeeld worden in absolute, gecontextualiseerde en differentiële bepalingen.³⁶¹ Een absolute of universele bepaling is een bepaling die identiek is voor alle staten. Een contextuele bepaling is dat op papier ook, maar laat staten toe rekening te houden met hun nationale situatie (context) bij het implementeren van de bepaling. Het CBD doet bijvoorbeeld zeer frequent beroep op dit soort bepalingen in de artikels omtrent biodiversiteitsbehoud en duurzaam gebruik van genetische bronnen. Differentiële bepalingen introduceren daarentegen uitdrukkelijk verschillende behandelingen voor bepaalde staten. Hier kan

³⁵⁸ Voor besprekingen waarom de manier waarop ozondepletie werd geadresseerd niet zomaar te kopiëren valt naar het klimaatregime, zie: C. Peloso, "Crafting an International Climate Change Protocol: Applying the Lessons Learned from the Success of the Montreal Protocol and the Ozone Depletion", *Journal of Land Use* 2010, vol. 25, nr. 2, 305-315; Green, 2009, 267; Getu, 2012, 25-26; Sunstein, 2007, 9-17.

³⁵⁹ Halvorssen, 1999, 107. Bovendien moet er aan herinnerd worden dat de GEF optreedt in elke hier besproken milieusector, hetgeen de uniformisering stimuleert.

³⁶⁰ Le Bouthillier, 2014, 320; Bartenstein, 2010, 214 : "Les auteurs des traités sur l'environnement ont fait preuve d'ingéniosité en matière de différenciation. En effet, la seule limite aux formes de différenciation est l'imagination humaine."

³⁶¹ Het onderscheid werd voor het eerst beschreven door Magraw en kreeg later veel bijval: D. Magraw, "Existing Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual, and Absolute Norms", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 1990, vol. 69, nr. 1, 66; French, 2000, 39; Weisslitz, 2002, 485-486; Halvorssen, 1999, 71.

verwezen worden naar de centrale verplichtingen in het Montreal Protocol, het UNFCCC en UNCCD of de financiële bepalingen van de meeste MEA's.

De twee laatstgenoemde soorten bepalingen vormen wegen waarlangs billijkheid in MEA's kan sijpelen. Beide soorten zorgen er voor dat ontwikkelingslanden een andere behandeling kunnen genieten. Contextuele bepalingen noemt men ook impliciete differentiatie want hier zullen de ontwikkelingslanden niet uitdrukkelijk aangesproken worden, terwijl differentiële bepalingen bekend staan als concrete of expliciete differentiatie.³⁶²

133. Het voordeel van contextuele bepalingen is dat deze flexibel zijn terwijl differentiële bepalingen soms als rigide ervaren worden.³⁶³ Eerstgenoemden zorgen namelijk voor een differentiatie op maat gesneden. Gezien de context van ieder land uniek is, zal ook de implementatie van contextuele bepalingen verschillen van land tot land. Andersom kenmerken deze bepalingen zich vaak door een zekere vaagheid die helaas ruimte laat voor een minder ambitieuze invulling dan verhoopt. Uiteraard kan een MEA en zelfs de artikels binnen die MEA een combinatie van de verschillende soorten bepalingen bevatten.

3.4.1.3 Absolute normen uit ecologische overwegingen?

134. De vraag rijst in welke mate de differentiatie op vlak van mitigatie, concreet dan wel contextueel, verenigbaar is met de ecologische doelstellingen die de MEA's nastreven. Volgens WEISLITZ gaat de aandacht teveel uit naar het wikken en wegen van de lastenverdeling op dit punt. Het trachten minimaliseren van de economisch nadelige gevolgen voor de ontwikkelingslanden zou ten koste gaan van afdoende centrale verbintenissen. Ecologische en economische kwesties spelen namelijk in op elkaar: voornamelijk focussen op economische problemen is nefast voor milieudoelstellingen. Maar dit geldt ook omgekeerd: onverschilligheid in MEA's ten aanzien van economische verschillen zou leiden tot een te zware ballast voor de ontwikkelingslanden, met alle gevolgen van dien voor het milieu.³⁶⁴

135. Voor de auteur is het cruciaal dat CBDR ingegeven is door een preventieve aanpak.³⁶⁵ Hij stelt daarom voor dat de centrale verplichtingen *absolute* normen betreffen en bijgevolg voor alle partijen dezelfde zijn. Opdat dit voor ontwikkelingslanden haalbaar zou zijn, moeten ontwikkelde landen financiële steun blijven verschaffen. De concrete differentiatie op financieel vlak zou dus behouden blijven.³⁶⁶ Hiermee maakt de auteur komaf met de "*double burden*", waarbij ontwikkelde landen zowel zwaardere centrale- als financiële plichten hebben, dat "*assessed upon developed nations at Rio (...) done so in the name of equity under the rubric of CBDR.*"³⁶⁷

136. Deze benadering vormt zeker een interessante stof tot overwegen. Vanuit een ecologisch perspectief zou het universeel opleggen van dezelfde (ambitieuze) centrale verplichtingen uiteraard het beste scenario zijn. Het vandaag opleggen van dergelijke absolute plichten zou de internationale gemeenschap bovendien vele toekomstige financiële lasten, volgend uit gebrekkig geadresseerde milieuproblemen, besparen.³⁶⁸

Het valt echter te betwijfelen of dit voorstel, dat afstand doet van CBDR, nu reeds navolging kan vinden bij de ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen. Eerstgenoemden zullen gelijke plichten als een

³⁶² Halvorssen, 1999, 69-70.

³⁶³ Bartenstein, 2010, 218.

³⁶⁴ Weisslitz, 2002, 489.

³⁶⁵ *Ibid.*, 491.

³⁶⁶ *Ibid.*, 496.

³⁶⁷ *Ibid.*, 483.

³⁶⁸ *Ibid.*, 492.

belemmering van hun economische ontwikkeling ervaren, terwijl laatstgenoemden hun financiële lasten drastisch zouden zien stijgen. Daarnaast bestaat de kans dat de absolute norm zich conformeert aan de laagste gemeenschappelijke deler, hetgeen het milieu uiteindelijk ook allesbehalve ten goede komt.

3.4.2 Tussen wie wordt gedifferentieerd?

3.4.2.1 Aandacht voor specifieke categorieën staten

137. Verschillende MEA's verplichten hun partijen rekening te houden met de situatie en noden van specifieke categorieën staten bij de implementatie van de MEA, of voorzien in zwakkere verplichtingen voor deze categorieën. Het betreffen staten die gekenmerkt worden door hun vulnerabiliteit voor milieuproblemen en doorgaans een gebrek aan middelen om deze te adresseren. LDCs en SIDS zijn de meest voorkomende categorieën, al staat het MEA's uiteraard vrij om andere of extra categorieën te voorzien. Het Desertificatieverdrag is bijvoorbeeld zeer begaan met de situatie van Afrikaanse landen.

138. Een andere belangrijke categorie zijn CEIT. Het grootste verschil tussen CEIT en ontwikkelde landen schuilt in de historische bijdrage in uitstoot. Zij balanceren tussen de twee grote categorieën door op sommige vlakken samen met ontwikkelingslanden een differentiële behandeling te genieten en op andere vlakken dezelfde plichten als ontwikkelde landen te moeten vervullen.

3.4.2.2 De klassieke dichotomie

139. Zoals gezegd is het belangrijkste onderscheid evenwel dat tussen ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen, ook wel het Noord-Zuid onderscheid genoemd.³⁶⁹

134. "Ontwikkelingslanden" en "ontwikkelde landen" worden echter in geen enkel instrument gedefinieerd. In de praktijk wordt de concrete indeling bijgevolg overgelaten aan instellingen, zoals fondsen, verbonden aan het verdrag.³⁷⁰ De indeling die zij hanteren wordt vaak gebaseerd op het al dan niet lid zijn van staten bij organisaties zoals de G77, de OESO, het IMF en de Wereldbank. In andere gevallen laat men de keuze over aan de staten zelf.³⁷¹ Slechts in enkele gevallen wordt een verdrag vergezeld van concrete lijsten. Lijsten boeten in aan flexibiliteit, maar scheppen wel helderheid over welke partijen onder welke categorie vallen.³⁷²

135. Het onderscheid tussen ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen is evenwel reductionistisch en gaat voorbij aan het feit dat er binnen deze categorieën grote discrepanties kunnen zijn.³⁷³ Deze discrepanties worden alleen maar versterkt indien lijsten niet worden herzien, waardoor de categorisering al snel veroudert. Het voorbeeld bij uitstek zijn de Annexen bij het UNFCCC en Kyoto Protocol. Wanneer na verloop van tijd bepaalde begunstigde landen de differentiële behandeling niet meer behoeven en landen met voorheen meer verplichtingen net wel behoevend worden, zou het aanhouden van een starre differentiatie averechts werken voor de substantieve gelijkheid tussen deze

³⁶⁹ Het gebruik van de termen "noord" en "zuid" is achterhaald, al reflecteert het bijvoorbeeld wel de blijvende collectieve identiteit en de wens van het "zuiden" om als een collectief te onderhandelen. De collectieve identiteit resulteert in grote mate uit het koloniaal verleden: A. Najam, "Developing Countries and Global Environmental Governance: From Contestation to Participation to Engagement", *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2005, vol. 5, nr. 3, 304-305. De Wereld Bank heeft overigens besloten een rem te zetten op het gebruik van de term "ontwikkelingsland": "The World Bank stopped using the term "developing country." Here's why you should too.", *Matador Network*, 19 oktober 2016, <https://matadornetwork.com/change/world-bank-stopped-using-term-developing-country-heres/>.

³⁷⁰ Rajamani, 2006, 167-168.

³⁷¹ Bartenstein, 2014, 120.

³⁷² Honkonen, 2009, 192.

³⁷³ Cullet, 2003, 131.

landen.³⁷⁴ Bij uitbreiding zal dit uiteraard ook negatieve gevolgen hebben voor het bereiken van de verdragsdoelstellingen.

3.4.2.3 *Het doorbreken van dichotomieën*

136. Een ideale toepassing van CBDR vereist daarentegen genuanceerde en dynamische categorieën verdragspartijen.³⁷⁵ Een genuanceerde categorisering kan enkel ontstaan indien de dichotomie plaatsmaakt voor een differentiatie tussen meer categorieën verdragspartijen. Een dynamische indeling vereist bovendien dat landen van categorie kunnen veranderen indien nodig.

Uit de besprekingen van de recente ontwikkelingen in de ozon- en klimaatregimes blijkt dat in beide zich een tendens voordeed om af te stappen van de dichotomieën die voordien de regimes beheersten. De manieren waarop dit gebeurden, verschillen echter: het Kigali Amendement wendde hiervoor concrete differentiatie aan, terwijl het Akkoord van Parijs zich in hoofdzaak beroept op contextuele differentiatie.

3.4.2.3.1 Door middel van concrete differentiatie (het Kigali Amendement)

137. Het Kigali Amendement introduceerde voor de afbouw van hfk's een aparte categorie partijen in zowel de artikel 5-landen als de niet-artikel 5-landen. Meer differentiatie bood het Amendement de mogelijkheid om ambitieuzere targets vast te leggen voor bepaalde groepen landen. Zo kon vermeden worden dat het ambitieniveau beperkt bleef tot het niveau van de laagste gemeenschappelijke deler.

Bijgevolg wordt er vanaf nu zowel tussen ontwikkelde landen onderling als tussen ontwikkelingslanden onderling gedifferentieerd.³⁷⁶ Dit zorgt voor een *bredere* differentiatie.³⁷⁷ Met bredere bedoelt deze thesis dat er kwantitatief meer gedifferentieerd wordt dan voorheen het geval was binnen het ozonregime. Doordat de groep met de sterkste verplichtingen van de ontwikkelingslanden en de groep met de zwakste verplichtingen van de ontwikkelde landen dicht tegen elkaar aanleunen, verkleint de kloof tussen beide kanten. De differentiatie is dus minder *diep* dan vroeger. Ter herinnering dient vermeld te worden dat de differentiatie in het Montreal Protocol bovendien van in den beginne al dynamisch was. Enkel ontwikkelingslanden waar de consumptie per capita minder dan 0,3kg ODS bedraagt, mogen zich beroepen op artikel 5.

138. Eenzelfde vaststelling dient zich aan bij de recente ontwikkelingen inzake klimaatfinanciering. Het Akkoord van Parijs moedigt namelijk ook "*other parties*" aan om financiële steun te verlenen. Deze categorie is niet nieuw in MEA's, maar wel in het klimaatregime. De introductie ervan strekt ertoe de ambities op vlak van klimaatfinanciering omhoog te tillen.

3.4.2.3.2 Door middel van contextuele differentiatie (het Akkoord van Parijs)

139. Het Akkoord van Parijs maakte komaf met de annexen van weleer en vestigde een systeem van zelf-differentiatie, waarbij elke partij haar mitigatiedoelstellingen en –maatregelen zelf bepaalt. Van ontwikkelde landen wordt nog verwacht dat ze het voortouw nemen door economie-brede, absolute emissiereductiedoelstellingen aan te nemen, terwijl ontwikkelingslanden aangemoedigd

³⁷⁴ Cullet, 2016, 321; Rajamani, 2006, 169; Honkonen, 2009, 3.

³⁷⁵ Er zijn reeds verschillende voorstellen gedaan tot nieuwe indelingen: Honkonen, 2009, 181 in voetnoot.

³⁷⁶ J. Pauwelyn, "The End of Differential Treatment for Developing Countries? Lessons from the Trade and Climate Change Regimes", *RECIEL* 2013, vol. 22, nr. 1, 10.

³⁷⁷ In het internationaal handelsrecht duikt een gelijkaardig fenomeen op. Een ander recent instrument waar meer onderlinge differentiatie zichtbaar is, is namelijk de Trade Facilitation Agreement, in werking getreden op 22 februari 2017. Dit akkoord voorziet in drie categorieën – A, B en C – op basis waarvan ontwikkelingslanden andere implementatieschema's moeten volgen: Art. 14, Section II "Special And Differential Treatment Provisions For Developing Country Members And Least-Developed Country Members", Protocol Amending The Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization, 27 November 2014, WT/L/940.

worden dit na verloop van tijd ook te doen, althans in de mate dat hun nationale omstandigheden het toelaten. Voor het overige introduceert het Akkoord van Parijs een *contextuele* differentiatie op vlak van de centrale verplichtingen, een primeur in het klimaatregime. Alle partijen stellen namelijk hun NDC op “*reflecting its common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*”. Het Akkoord introduceert dus, net zoals het Kigali Amendement, een bredere differentiatie op vlak van mitigatie dan voordien het geval was, zij het op een andere manier.

140. De nieuwe manier van differentiëren in het klimaatregime bleek alleszins in de smaak te vallen: in april 2016 werden maar liefst 190 INDC’s (*Intended Nationally Determined Contributions*, hierna: INDC’s. Deze gingen de NDC’s vooraf) geteld, tezamen goed voor bijna 95% van de wereldwijde uitstoot – een contrast met de bescheiden opkomst voor de tweede verbintenissenperiode onder het Kyoto Protocol.³⁷⁸

Uit onderzoek van de inhoud van de INDC’s blijkt evenwel dat nationale prioriteiten niet per se gelijklopen met wat op internationaal niveau wenselijk is.³⁷⁹ Ontwikkelde landen legden bijvoorbeeld vaak de klemtoon op de hoge kosten van mitigatiemaatregelen en de uitdaging om dit kostenefficiënt te bereiken. Meer zelfs, uit het onderzoek bleek dat zij het woord “*equity*” in hun INDC vermeden en hun INDC daarentegen liever beoordeelden in het licht van “*fairness*”.³⁸⁰ Men kan zich nu de vraag stellen of het systeem op termijn het participatieniveau wel zal blijven stimuleren. De effectiviteit van een globaal antwoord op klimaatverandering hangt af van participatie, en participatie hangt op haar beurt af van de beoordeling van staten op vlak van eerlijkheid en billijkheid van de bijdragen van andere staten.³⁸¹

141. Critici merken op dat het NDC-systeem de reflectie vormt van de crisis van het multilateralisme in de strijd tegen globale problemen en de daarmee gepaard gaande terugkeer van de nationale soevereiniteit. Of het systeem uiteindelijk rechtvaardigheid en billijkheid enerzijds, en ambities in de strijd tegen klimaatverandering anderzijds, ten goede komt, wordt in twijfel getrokken.³⁸² Het verlaten van internationaal onderhandelde differentiatie zou derhalve een stap in de foute richting zijn.³⁸³ “*Paris is more a movement than a legal framework. It imagines the world as a global community working in solidarity on a common problem, making sacrifices in the common good, reducing inequality and transcending the negative effects of market forces. In this fable, climate change is a catalyst for revolution.*”³⁸⁴

³⁷⁸ <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/nationally-determined-contributions-ndcs#eq-4>.

³⁷⁹ K. L. Mbeva en P. Pauw, “Self-Differentiation of Countries’ Responsibilities. Addressing Climate Change through Intended Nationally Determined Contributions”, *German Development Institute Discussion Paper* 2016, 18-23.

³⁸⁰ S. Kallbekken, H. Saalen en A. Underdal, “Equity and Spectrum of Mitigation Commitments in the 2015 Agreement”, *Nordic Council of Ministers* 2014, 35-36, www.diva-portal.org/smash/get/diva2:710898/FULLTEXT01.pdf.

³⁸¹ Voigt en Ferreira, 2016, 60.

³⁸² Maljean-Dubois en Sariego, 2014, 111-112.

³⁸³ Cullet, 2016, 320 en 327.

³⁸⁴ “Let the Paris climate deal die. It was never good for anything, anyway”, *The Financial Post*, 18 mei 2018, <http://business.financialpost.com/opinion/let-the-paris-climate-deal-die-it-was-never-good-for-anything-anyway#comments-area>.

Optimisten menen daarentegen dat het Akkoord differentiatie succesvol heeft aangewend om de ambities te verhogen én landen bij elkaar te brengen. De verhoogde soevereiniteit zou net, in tegenstelling tot een opgelegde lastenverdeling, een *race to the top* stimuleren.³⁸⁵

142. De opmerkingen zijn eigen aan het fenomeen van contextuele differentiatie. Zoals reeds vermeld is het voordeel van deze soort differentiatie de vrijheid en flexibiliteit die het laat aan staten, al kan dit al snel nefast worden voor het ambitieniveau wanneer weinig objectieve criteria voorhanden zijn.³⁸⁶ Het Akkoord van Parijs biedt ter zake twee leidraden: artikel 4(3), dat stelt dat elke NDC zo ambitieus mogelijk moet zijn en alleszins ambitieuzer dan de vorige, en de nieuwe versie van CBDR.

3.4.3 Op basis waarvan wordt gedifferentieerd?

143. CBDR beoogt een billijke lastenverdeling in MEA's. Ongeacht of het principe nu toepassing vindt via concrete dan wel contextuele differentiatie, steunen de gedifferentieerde verantwoordelijkheden telkens op een of meerdere factoren. Bij concrete differentiatie gaat het om de elementen op basis waarvan de categorieën verdragspartijen gevormd worden. Bij contextuele differentiatie gaat het om de factoren aan de hand waarvan de partijen hun verplichtingen zullen implementeren.

144. De moeilijkheid bestaat er in tot een akkoord te komen omtrent de elementen waarop de differentiatie steunt, waar deze gehanteerd zullen worden, welk gewicht ze krijgen en welke onderlinge verhouding er is.³⁸⁷ Dit vergt het balanceren van elementen zoals historische, huidige en toekomstige bijdragen tot milieuproblemen, financiële mogelijkheden, nationale situaties en natuurlijk de milieudoelstellingen van de MEA in kwestie. De geadresseerde problematiek van de MEA zal repercussies hebben op de factoren waarmee gedifferentieerd wordt, maar deze hangen ook in grote mate af van de landen rond de onderhandelingstafel. De factoren ter differentiatie vinden namelijk hun wortels in de verschillende drijfveren die staten hebben om CBDR toe te passen.

3.4.3.1 Achterliggende motieven om beroep te doen op CBDR

145. Zoals uit de analyse van de verschillende MEA's blijkt, staan ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen vaak recht tegenover elkaar. Zo steunen de ontwikkelingslanden zich (voornamelijk) in het klimaatregime op de zogenaamde schuld- of aanspraakpremissie, dat inspiratie haalt bij de *NIEO*. Gezien hun verwaarloosbare bijdrage tot de opwarming van de Aarde, claimen ontwikkelingslanden recht te hebben op minder verplichtingen.³⁸⁸ Ontwikkelingslanden zijn sceptisch wanneer ontwikkelde landen argumenteren dat alle landen evenveel moeten mitigeren, want het is een feit dat, in het bereiken van hun huidig ontwikkelingsniveau, ontwikkelde landen een grote druk legden op het milieu.

146. Deze premisse brengt sommige auteurs ertoe te concluderen dat CBDR een corollarium is van het bekende vervuiler-betaalt principe (*polluter pays principle*, afgekort: PPP), vervat in principe 16 van de Rio Verklaring: "*National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.*"³⁸⁹ Daartegenover staan auteurs die

³⁸⁵ Voigt en Ferreira, 2016, 74; Green, 2009, 274-277.

³⁸⁶ Deze moeten dienen om een "*race to the bottom*" te vermijden: Pauwelyn, 2013, 21.

³⁸⁷ Bartenstein, 2014, 132-133.

³⁸⁸ Rajamani, 2006, 72.

³⁸⁹ M. R. Khan, "Polluter-Pays-Principle: The Cardinal Instrument for Addressing Climate Change", *Laws* 2015, nr. 4, 641; Rajamani, 2006, 74; P. Pauw et al., 2014, 7.

verkiezen de scheiding tussen de verschillende principes strikt te houden.³⁹⁰ Deze mening volgt uit het feit dat principe 16 van de Rio Verklaring in hoofdzaak het nationale niveau aanspreekt en niet het internationale, zoals CBDR.

147. De oorzaak-gevolgredenering wordt verworpen door ontwikkelde landen.³⁹¹ Zij steunen zich daarentegen op andere gronden om differentiatie in MEA's te aanvaarden. Het feit dat ze meer verplichtingen op zich nemen wordt louter ingegeven door *goodwill* en het feit dat ze over meer middelen beschikken.³⁹² Ze zijn bereid akkoord te gaan dat kwetsbare landen – of dit nu milieugerelateerd of economisch is – een differentiële behandeling kunnen krijgen, maar staan weigerachtig tegenover het erkennen van een recht daarop. Wat NIEO poogde te doen, namelijk de financiële steun aan ontwikkelingslanden uit de sfeer van *goodwill* halen, lijkt vooralsnog niet te zijn uitgekomen. Aldus accepteren ontwikkelde landen wel dat ze een voortrekkersrol, inclusief extra verplichtingen, hebben, maar trachten ze deze zoveel mogelijk te bedden in discretionaire terminologie en formuleringen zoals “*capabilities*” en niet “*contribution to*”.³⁹³ Enkel in de preambule van Resolutie 44/228 en Principe 7 van de Rio Verklaring is een directe link tussen contributie en verantwoordelijkheid te bespeuren.

Er moet anderzijds opgemerkt worden dat dit discours van de ontwikkelde landen impliciet de redenering van de ontwikkelingslanden erkent. Zonder de historische milieuvervuiling zouden de ontwikkelde landen immers niet de middelen gehad hebben die ze vandaag hebben.³⁹⁴ Wellicht ligt de belangrijkste reden van ontwikkelde landen om differentie in internationale akkoorden toe te laten dan ook elders (zie *infra*).

148. De twee bovenstaande redeneringen zijn vooral ingegeven door morele overwegingen. Er zijn echter ook andere, meer praktische, gronden voor differentiatie.³⁹⁵ Zo beroepen ontwikkelingslanden zich vaak op het argument dat ze onvoldoende middelen bezitten om verdragsverplichtingen te implementeren of dat te strikte plichten hun economische groei en ontwikkeling kunnen belemmeren.³⁹⁶ Het spreekt voor zich dat een ontwikkelingsland in de eerste plaats aandacht schenkt aan de basisbehoeften van diens bevolking. Overbevolking, voedseltekort en gebrek aan infrastructuur zijn dan een prioriteit, niet de kostelijke inspanningen om milieu te beschermen.³⁹⁷

Als tegenargument werpen de ontwikkelde landen op dat de vervuiling in het zuiden toeneemt en zal blijven toenemen.³⁹⁸ Ontwikkelingslanden mogen dan wel geen historische bijdrage tot milieuproblemen hebben geleverd, in het heden en in de toekomst zullen ook zij als “vervuilers” bestempeld worden. Beide factoren, een groeiende welvaart enerzijds, en een groeiend

³⁹⁰ Kellersmann, 2002, 907-913.

³⁹¹ Todd Stern, hoofdonderhandelaar voor de VS tijdens COP21 te Parijs, verklaarde in 2009: “*I actually completely reject the notion of a debt or reparations or anything of the like. Let’s just be mindful of the fact for most of the 200 years since the Industrial Revolution, people were blissfully ignorant of the fact that emissions cause the greenhouse effect. It’s a relatively recent phenomenon. It’s the wrong way to look at this. We absolutely recognize our historical role in putting emissions in the atmosphere that are there now. But the sense of guilt or culpability or reparations, I categorically reject that.*”

<https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/gwire/2009/12/09/09greenwire-no-pass-for-developing-countries-in-next-clima-98557.html>

³⁹² Bartenstein, 2010, 203.

³⁹³ Rajamani, 2006, 81.

³⁹⁴ Rajamani, 2006, 149.

³⁹⁵ Lavallée, 2010, 60.

³⁹⁶ French, 2000, 46; Cullet, 2003, 45.

³⁹⁷ Getu, 2012, 14.

³⁹⁸ Cullet, 2003, 47.

vervuilingspatroon anderzijds, lopen evenwel niet altijd gelijk, met vaak de eerste factor achterop hinkend.³⁹⁹ Dergelijke situaties tonen het belang aan van genuanceerde categorieën in functie van de differentiële behandeling want ze plaatsen de internationale gemeenschap voor extra dilemma's. Kunnen we opkomende vervuilers dezelfde verplichtingen opleggen als ontwikkelde landen, hoewel eerstgenoemde daar niet de middelen toe hebben?⁴⁰⁰

149. Ten slotte zien ontwikkelde landen het inlassen van differentiatie als een manier om universele participatie te bereiken. Wellicht is dit zelfs de belangrijkste drijfveer voor eerstgenoemden om akkoord te gaan met CBDR. De participatie van het zuiden is namelijk noodzakelijk, wil de strijd tegen grootschalige milieuproblemen slagen. Het valt op dat MEA's over onderwerpen waar ontwikkelde landen weinig uitstaans mee hebben, zoals verwoestijning, dan ook een minder uitgesproken aanwezigheid van CBDR bevatten dan milieuproblemen waar ontwikkelde landen zelf gevolgen van (zullen) dragen, zoals ozondepletie.⁴⁰¹ Een brede ratificatie van een akkoord verhoogt diens effectieve implementatie en gaat nefaste fenomenen zoals *free-riding* en *pollution havens* tegen.⁴⁰² Minder verplichtingen voor de ontwikkelingslanden en het voorzien in financiële steun en technologieoverdracht worden dan ook vooral ingezet om aarzelende ontwikkelingslanden over de streep te trekken.⁴⁰³ Andersom hebben de ontwikkelingslanden een stok achter de deur door niet te participeren aan het akkoord indien deze niet in dergelijke elementen voorziet.⁴⁰⁴ Een treffend voorbeeld daarvan is de creatie van het Multilateraal Fonds.

Van alle technieken om zoveel mogelijk landen in een internationaal milieuregime te doen participeren, is differentiële behandeling hierdoor niet alleen de meest effectieve, maar ook de meest controversiële.⁴⁰⁵

3.4.3.2 Evenwichtsoefening tussen verschillende factoren ter differentiatie

3.4.3.2.1 Van financiële moeilijkheden tot zinkend grondgebied

150. Dikwijls wordt er gedifferentieerd op basis van twee factoren, zijnde de capaciteiten van de partijen en hun nationale omstandigheden. Eerstgenoemd element is vrij duidelijk en slaat in hoofdzaak op de financiële mogelijkheden van de partijen. Laatstgenoemd element leent zich daarentegen tot verschillende invullingen: te denken valt aan de geografische kwetsbaarheid van staten of de verwachting dat hun bevolkingsaantal sterk zal toenemen. Het zorgt ervoor dat de differentiatie zich gemakkelijk kan aanpassen aan de toestand van de problematiek geadresseerd in de MEA.

151. Zo voorziet het CBD dat de algemene maatregelen voor behoud en duurzaam gebruik geïmplementeerd worden afhankelijk van de capaciteiten en omstandigheden eigen aan elk land⁴⁰⁶,

³⁹⁹ Ling, 1992, 106.

⁴⁰⁰ Honkonen, 2009, 4.

⁴⁰¹ Cullet, 2003, 48.

⁴⁰² Rajamani, 2006, 155.

⁴⁰³ Cullet, 2003, 174; Hey, 2011, §17. Een te grote aanwezigheid van differentiële behandeling in het voordeel van ontwikkelingslanden verhoogt evenwel de kans dat ontwikkelde landen afhaken, zoals gebeurde bij het Kyoto Protocol.

⁴⁰⁴ Dit noemt men soms "*environmental blackmail*" of "*green conditionality*": Patlis, 1992, 225.

⁴⁰⁵ Rajamani, 2006, 1; Bartenstein, 2010, 207. Voor een bespreking van alternatieve manieren om ontwikkelingslanden te doen participeren, zie Halvorssen, 1999, 76-80.

⁴⁰⁶ Art. 6 CBD.

hetgeen ook gereflecteerd wordt in andere verdragsbepalingen.⁴⁰⁷ De differentiatie op vlak van de financiële verplichtingen berust op het enkele onderscheid in capaciteiten.⁴⁰⁸

Het UNCCD differentieert tussen geaffecteerde landen en niet-geaffecteerde landen, en tussen ontwikkelde landen en ontwikkelingslanden.⁴⁰⁹ Op zich reflecteert dit al de criteria van omstandigheden respectievelijk capaciteiten.⁴¹⁰ Diezelfde elementen komen daarnaast, bij wijze van factoren in acht te nemen bij contextuele differentiatie, ook tezamen of afzonderlijk aan bod in het UNCCD.⁴¹¹

Het Verdrag van Stockholm stoelt differentiatie doorgaans op het verschil in financiële middelen⁴¹², maar verplicht de COP de nationale omstandigheden van ontwikkelingslanden en CEIT in acht te nemen bij het toestaan van verlengingen van gratieperiodes⁴¹³. Hoewel het POP regime als enige regime, buiten het klimaatregime, een expliciete vermelding van CBDR bevat, differentieert het weinig op basis van de verschillende mate waarin staten bijdragen tot het probleem.⁴¹⁴ Enige verdere verwijzing naar historische bijdragen is, buiten de preambulaire referentie aan principe 7 van de Rio Verklaring, bijvoorbeeld zo goed als afwezig. In de rapporten van het Intergovernmental Negotiation Committee verschijnt het nergens, net zo min als in de tot op heden genomen beslissingen genomen van de COP.⁴¹⁵

152. Het ozonregime is enigszins anders. Het Montreal Protocol bepaalt in artikel 5 dat ontwikkelingslanden die jaarlijks per capita minder dan 0,3 kilogram ODS consumeren, een differentieële behandeling genieten, en dit zowel op vlak van de centrale als de financiële verplichtingen. Deze dubbele drempel doet blijken van een differentiatie op basis van twee factoren. Ten eerste hangt de beoordeling of een partij al dan geen ontwikkelingsland is, in grote mate af van diens financiële toestand. Ten tweede vormen ook de bijdragen van partijen aan ozondepletie een onderscheidend element. Zoals in de eerdere analyse van dit artikel reeds geschreven, werd deze tweede drempel mede ingegeven door het “historisch argument”, daar ontwikkelingslanden in het verleden amper hebben bijgedragen tot ozondepletie. Evenwel getuigt de drempel van 0,3 kilogram per capita per jaar van een criterium dat in het licht van de *huidige* bijdragen moet beoordeeld worden. Het element van de nationale omstandigheden won in het ozonregime pas aan belang met het Kigali Amendement. Te denken valt aan de bijkomende exempties waarop partijen met hoge omgevingstemperaturen aanspraak maken.

⁴⁰⁷ Artt. 5, 7, 8, 9, 10, 11 en 14 CBD.

⁴⁰⁸ Art. 20 CBD.

⁴⁰⁹ Artt. 5 en 6 UNCCD.

⁴¹⁰ Zie bijvoorbeeld “How does the WEO categorize advanced versus emerging market and developing economies?”, *World Economic Outlook (WEO) Frequently Asked Questions*, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/faq.htm#g4b> (geconsulteerd op 4 augustus 2018).

⁴¹¹ Art. 5(a) respectievelijk artt. 10(4), 16, 17(1), 18(2), 20(1) en (3) UNCCD.

⁴¹² Artt. 10(1)-(3), 11(1)-(2) en 13(1) POP Conventie.

⁴¹³ Art. 4(7) POP Conventie.

⁴¹⁴ Tijdens de onderhandelingen vroegen enkele vertegenwoordigers zich af of CBDR wel toepasselijk was in het POP regime: Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for an International Legally Binding Instrument for Implementing International Action on Certain Persistent Organic Pollutants on the Work of its Second Session, 1999, Nairobi, UN Doc. UNEP/POPS/INC.2/6, 38a.

⁴¹⁵ Een zeer gelijkaardige vaststelling doet zich overigens voor in het in 2013 gesloten, doch hier niet besproken Minamataverdrag inzake kwik.

3.4.3.2.2 Minder historische verantwoordelijkheden in het klimaatregime

153. Vooral in het klimaatregime is het “historisch argument” lange tijd zeer prominent geweest.⁴¹⁶ Dat in het UNFCCC nochtans strategisch “*and respective capabilities*” aan de formulering van CBDR was toegevoegd, deed daaraan geen afbreuk. De historische verantwoordelijkheden van ontwikkelde landen zijn terecht een belangrijke factor in het klimaatregime, maar hun doorslaggevend gewicht zorgde er tegelijkertijd ook voor dat de ontwikkelingslanden quasi geen verplichtingen hadden. Hetzelfde gewicht blijven toekennen aan het argument zou de dichotomie ook vandaag de dag nog lang in stand kunnen houden. De historische verantwoordelijkheid ligt nu eenmaal, en zal altijd liggen, bij de ontwikkelde landen.

154. Het feit dat het Akkoord van Parijs ook van ontwikkelingslanden mitigatie verwacht, duidt aldus op een verandering in de factoren van CBDR in het klimaatregime, meer bepaald een verminderde aanwezigheid van het historisch argument.⁴¹⁷ Hoewel de preambule van het ontwerp van het Akkoord nog gewag maakte van die historische verantwoordelijkheid, is elke notie daarvan in de definitieve versie afwezig.⁴¹⁸ CBDR oogt in het Akkoord van Parijs meer procedureel, daar waar het vroeger vooral een substantiële rol vervulde.⁴¹⁹

Toegepast op de BASIC landen impliceert dit dat zij, gezien onder meer hun groeiende economieën en bevolkingsaantallen - en de verwachting hierdoor nog meer te zullen uitstoten - , zich niet zomaar meer op de historische verantwoordelijkheid van het noorden mogen beroepen om minder te mitigeren.⁴²⁰

3.4.3.3 *The principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances: een potentiële passe-partout*

155. Artikel 2(2) van het Akkoord van Parijs bepaalt dat “*This Agreement will be implemented to reflect equity and the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*”. De manier waarop “de nieuwe CBDR” geconstrueerd is, is het resultaat van verschillende momentopnames in het klimaatregime. De basis (“*common but differentiated responsibilities*”) dateert van de Rio Verklaring en wijst op het differentiëren op basis van de verschillende huidige en vroegere bijdragen van staten tot het probleem. De eerste toevoeging (“*and respective capabilities*”) is een product van het UNFCCC, terwijl de tweede toevoeging (“*in the light of different national circumstances*”) geïntroduceerd werd in het Akkoord van Parijs. Laatstgenoemde toevoeging impliceert, zoals gezegd, niet enkel een dynamisch aspect aan de differentiatie binnen het klimaatregime, maar erkent ook dat CBDR ingegeven kan zijn door een ruime waaier aan factoren.

156. Tot nu toe werd CBDR regelmatig gedefinieerd aan de hand van slechts twee factoren, zijnde de historische verantwoordelijkheden van ontwikkelde landen en het feit dat ze over meer

⁴¹⁶ T. T. Onifade en O. A. Orifowomo, “Differential Treatment in International Environmental Law and the Climate Regime: From “Common but Differentiated Responsibilities” to “Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities””, *University of Ibadan Journal of Public and International Law* 2015, vol. 5, 10-11.

⁴¹⁷ Bodle, Donat en Duwe, 2016, 25.

⁴¹⁸ § 8 preambule van de Draft Paris Agreement in annex bij de Report of the Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action on the twelfth part of its second session, 2015, Paris, UN Doc. FCCC/ADP/2015/L.6.

⁴¹⁹ A. Huggins en S. Karim, “Shifting Traction: Differential Treatment and Substantive and Procedural Regard in the International Climate Change Regime”, *Transnational Environmental Law* 2016, vol. 5, nr. 2, 428.

⁴²⁰ Bodansky, 2016, 29.

financiële middelen beschikken.⁴²¹ Dit komt doordat de meest expliciete toepassing van het principe zich in het klimaatregime voordoet, dat effectief gedurende lange tijd in grote mate ingegeven gesteund was op deze twee factoren. Dit is echter niet per se van toepassing op andere milieuregimes, die hun differentiatie eerder lijken te stelen op de noden en omstandigheden van partijen dan op de huidige of historische verantwoordelijkheden van de ontwikkelde landen. De formulering “*common but differentiated responsibilities and respective capabilities*” leende zich daarom niet snel tot een toepassing buiten de muren van het klimaatregime.

157. “*Common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*” kan soelaas brengen. Doordat de nieuwe formulering van CBDR niet alleen expliciet nationale omstandigheden als een factor ter differentiatie erkent, maar ook impliceert dat differentiatie afhankelijk van de context op verschillende factoren kan berusten⁴²², leent het zich tot een milieusector-overschrijdend gebruik. Het expliciet opnemen van “de nieuwe CBDR” in toekomstige MEA’s buiten het klimaatregime zou onder meer bijdragen tot een beter begrip van CBDR, dat onterecht soms als een louter klimaatrechtelijk principe beschouwd wordt.

⁴²¹ Zie bijvoorbeeld: A. Khalfan, “A CISDL Legal Brief. The Principle of Common But Differentiated Responsibilities: Origins and Scope”, *Centre for International Sustainable Development Law (CISDL)*, 2002, http://cisdl.org/public/docs/news/brief_common.pdf.

⁴²² M. Williams en M. F. Montes, “Common but Differentiated Responsibilities; Which Way Forward?”, *Development* 2016, vol. 59, nrs. 1-2, 114.

4 CBDR ANNO 2018: EEN ALGEMEEN PRINCIPE VAN INTERNATIONAAL MILIEURECHT?

158. CBDR vindt uitgebreid toepassing in verschillende verdragen en protocollen. Expliciete vermeldingen van het principe zijn onder meer in de klimaat- en POP-verdragen en in verschillende resoluties te vinden. Wanneer CBDR vervat, gereflecteerd of vermeld wordt in verdragen, is het echter enkel bindend *inter partes* en onderhevig aan de sterkte of zwakte van de verdragsbepaling in kwestie. De vraag is dan of CBDR ondertussen deel uitmaakt van het *corpus* van het algemeen internationaal recht, zijnde rechtsnormen die *erga omnes* bindend zijn.⁴²³

159. Sommige principes in het internationaal milieurecht kunnen reeds gekwalificeerd worden als internationaal gewoonterecht of algemene rechtsbeginselen, anderen reflecteren opkomende bindende verplichtingen en nog anderen kennen slechts een vage juridische status. LANG spreekt van respectievelijk bestaande principes van internationaal milieurecht, opkomende principes van internationaal milieurecht en potentiële principes van internationaal milieurecht.⁴²⁴ In elk geval genieten de principes een aanzienlijk draagvlak, gekenmerkt door een repetitief gebruik of referentie in de internationale context. Ze zijn algemeen in die zin dat ze potentieel toepasselijk zijn op alle leden van de internationale gemeenschap en op alle activiteiten die het milieu aanbelangen.⁴²⁵

160. Koenen Woordenboek definieert een norm als “maatstaf, regel, richtsnoer, model”, normatief als “een norm gevend of voorschrijvend” en normativiteit als “dwingend rechtskarakter, dwingende norm”.⁴²⁶ In lijn met deze taalkundige nuancering, onderscheidt de thesis “normatieve waarde” van “normatieve kracht”.⁴²⁷ Het eerste beantwoordt aan de vraag of een concept een gedrag voorschrijft. Het tweede beantwoordt aan de vraag of dit voorgeschreven gedrag een dwingend karakter heeft.

161. Om te weten of CBDR als een “algemeen beginsel van internationaal milieurecht” kan beschouwd worden, onderzoeken we de volgende twee vragen:

1. Heeft CBDR normatieve waarde? (4.1)
2. Zo ja, welke normatieve kracht heeft CBDR? (4.2) Hierbij wordt nagegaan of CBDR beantwoordt aan de criteria van internationaal gewoonterecht (4.2.1.), dan wel een algemeen rechtsbeginsel vormt (4.2.2.).

Als de eerste vraag positief beantwoord wordt en CBDR bovendien een bindende norm blijkt te zijn, dan is er sprake van een rechtsbeginsel of rechtsregel. Indien CBDR geen bindende norm is, dan behoort CBDR tot *soft law*. Wordt ook de eerste vraag negatief beantwoord, dan is CBDR slechts een concept dat deel uitmaakt van niet-normatief beleid.⁴²⁸

⁴²³ A. Gourgourinis, “CBDR in transnational climate change governance and the WTO” in P. Delimatsis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, 35.

⁴²⁴ W. Lang, “UN-Principles and International Environmental Law” in J. A. Frowein en R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law (Volume 3)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 171.

⁴²⁵ Sands en Peel, 2018, 197-198.

⁴²⁶ Koenen Woordenboek Nederlands, Van Dale Lexicografie, 2006.

⁴²⁷ Hamrouni, 2018, 73.

⁴²⁸ U. Beyerlin, “Different Types Of Norms In International Environmental Law Policies, Principles, And Rules” in D. Bodansky, J. Brunnée en E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 427.

4.1 HET NORMATIEVE KARAKTER VAN CBDR

4.1.1 Het verschil tussen beleid, principe en regel

162. DWORKIN'S *legal theory* onderscheidt beleid van (rechts)beginselen en (rechts)regels. Een beleid stelt een concreet doel voorop, doorgaans een verbetering op politiek, economisch of sociaal vlak binnen de gemeenschap. Dit beoogt niet altijd het gedrag van staten te sturen. In de gevallen dat het wel zo is, spreekt men van *soft law*. Een beleid zonder deze intentie bestaat daarentegen uit loutere niet-juridische concepten.

163. Een beginsel of principe is een standaard die nagestreefd wordt, niet per se omdat het zou kunnen leiden tot een bepaalde wenselijke economische, politieke of sociale situatie, maar omdat het ingegeven wordt door rechtvaardigheid, eerlijkheid of een andere morele dimensie. Principes zijn minder concreet dan een beleid, maar dringen wel dieper door in juridische systemen, net omdat ze een link hebben met moraliteit.⁴²⁹ Ze duiden de richting aan waarin beslissingen inzake rechten en plichten genomen moeten worden, of waarin deze rechten en plichten geïnterpreteerd en toegepast moeten worden.⁴³⁰

164. Principes zijn gewichtiger dan regels. Anderzijds bepalen regels de gevolgen die automatisch toepasselijk zijn wanneer de elementen die de regel vermeldt, aanwezig zijn. Ze zijn absoluut in die zin dat ze al dan niet gevolgd worden, terwijl principes toegepast kunnen worden op verschillende manieren.⁴³¹ Een regel kan een geschil beslechten terwijl een principe niet de oplossing, maar enkel de richting naar een goede beslissing kan aanduiden.⁴³² Het is mogelijk dat twee principes in conflict zijn met elkaar maar toch tegelijkertijd toepasselijk blijven, wat niet mogelijk is bij regels. Er kan gezegd worden dat principes het noodzakelijk medium zijn opdat morele elementen doorsijpelen in concrete regels.⁴³³ Andersom hebben principes de institutionele steun van regels nodig, want zonder hen verliezen ze hun gewicht. Principes zijn dus afhankelijk van regels, maar regels zijn andersom niet per se afhankelijk van principes.⁴³⁴

4.1.2 Het "principe" van CBDR: een terecht duo of niet?

165. CBDR wordt vaak in één adem genoemd met "principe" – deze thesis getuigt als voorbeeld. Veel concepten in het internationaal milieurecht worden evenwel te vlug principes genoemd, want soms betreffen het eerder regels of beleidsbepalingen. De bovenstaande beschrijving van regels doet al vermoeden dat CBDR daar niet aan beantwoordt. De vraag rijst dan of CBDR een principe dan wel een beleidsbepaling uitmaakt.

166. VERSCHUUREN onderscheidt verschillende concrete functies van principes in het internationaal milieurecht waaraan we CBDR kunnen toetsen.⁴³⁵ Vooreerst vormen principes een middel om open of onduidelijke verdragsbepalingen in te vullen of te interpreteren. Of CBDR momenteel deze rol vervult, valt te betwijfelen. Over de inhoud van CBDR zelf bestaat wellicht (nog) te veel onenigheid om duidelijkheid in andere bepalingen te scheppen. Hetzelfde kan gezegd worden bij een andere functie

⁴²⁹ Honkonen, 2009, 311.

⁴³⁰ Beyerlin, 2007, 437.

⁴³¹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, 24.

⁴³² G. J. H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, 1983, 148-149.

⁴³³ J. Verschuuren, *Principles of Environmental Law. The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European, and National Environmental Law*, Nomos, 2003, 34.

⁴³⁴ Honkonen, 2009, 311.

⁴³⁵ Verschuuren, 2003, 38-40; Honkonen, 2009, 308-309.

van principes, dewelke de rechtszekerheid van besluitvormingsprocessen zouden versterken. Ook dit is niet aan de orde bij CBDR, wiens juridische status (vooralsnog) ongedetermineerd is.

Anderzijds winnen besluitvormingsprocessen aan legitimiteit wanneer ze hun beslissingen stelen op CBDR. Dankzij diens frequente aanwezigheid in verschillende MEA's, bouwde CBDR legitimiteit op. Zowel in de ogen van de ontwikkelde landen als de ontwikkelingslanden krijgt een beslissing, gesteund op CBDR, meer draagvlak. Voor eerstgenoemden is dit gedeeltelijk om altruïstische redenen en gedeeltelijk uit eigen-belang, terwijl laatstgenoemden het beschouwen als bewijs dat ze een speciale positie krijgen en als erkenning dat ontwikkelde landen de voornaamste verantwoordelijkheid dragen in het oplossen van milieuproblemen.

Nog meer toepasselijk is de functie van principes als basis voor nieuwe verdragsbepalingen. In multilaterale onderhandelingen werkt CBDR namelijk als een dirigerend instrument in het besluiten tot gezamenlijke en gedifferentieerde verplichtingen. Ondanks de diverse invullingen van CBDR, draagt het hierdoor bij aan de systematisering en coherentie in het internationaal milieurecht. Dankzij diens brede draagwijdte, wordt CBDR bovendien gekenmerkt door een andere eigenschap van principes, zijnde flexibiliteit. CBDR bevat immers de idee dat alle staten moeten samenwerken, maar flexibiliteit is toegestaan in hoe en wanneer staten moeten handelen.

Tot slot – en dit is een belangrijk onderscheid met beleid – behoren principes een ideaal na te streven. Dit gaat zeker op voor CBDR dat, zoals in het inleidend hoofdstuk werd uiteengezet, beschouwd wordt als een kanaal voor idealen zoals billijkheid en rechtvaardigheid in het internationaal milieurecht.

167. Op enkele aspecten na, lijkt spreken van “het principe van CBDR” bijgevolg gegrond te zijn. Principes worden overigens veel gebruikt in het internationaal milieurecht. Dit volgt uit de spanning tussen, enerzijds, het besef dat er nood is aan globale actie en, anderzijds, de terughoudendheid tot opname van regels in MEA's. Overeenstemming bereiken over precieze regels is immers allesbehalve gemakkelijk. Principes hebben daarentegen het voordeel ruim te zijn en dus moeten de onderhandelaars zich minder inlaten met het overeenkomen van hun concrete inhoud. Het inlassen van principes kan dan de sleutel tot een compromis vormen.⁴³⁶

4.2 DE NORMATIEVE KRACHT VAN CBDR

168. CBDR, als principe, beschikt dus over een normatief karakter. Dit moet onderscheiden worden van normatieve kracht. Principes kunnen namelijk variëren van eerder aspirationele slogans tot bindende normen.⁴³⁷ Buiten verdragen kan het principe enkel bindend zijn indien het voldoet aan de voorwaarden van internationaal gewoonterecht of algemene rechtsbeginselen, zoals bedoeld in artikel 38(1)(b) respectievelijk (c) van het IGH Statuut.

4.2.1 CBDR in het licht van artikel 38(1)(b) IGH Statuut

4.2.1.1 De voorwaarden

169. Het determineren of een principe binnen het internationaal milieurecht reeds gewoonterechtelijke status gekregen heeft, gebeurt analoog aan het algemeen internationaal recht.⁴³⁸ Dit is echter geen evidentie. De principes binnen deze rechtstak zijn op een relatief korte periode

⁴³⁶ N. De Sadeleer, *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, 370; Beyerlin, 2007, 427.

⁴³⁷ De Sadeleer, 2002, 370.

⁴³⁸ P.-M. Dupuy, “Customary Law and General Principles” in D. Bodansky, J. Brunnée en E. Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 454.

ontwikkeld, in een context van sterk verschillende standpunten en constant evoluerende verdragspraktijk.⁴³⁹

In wat volgt trachten we licht te werpen op de mogelijke gewoonterechtelijke status van CBDR aan de hand van de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (hierna: IGH) in de *North Sea Continental Shelf Case*. De thesis biedt uiteraard geen afdoende onderzoek naar de kwalificatie van CBDR als internationaal gewoonterecht. Door middel van voorbeelden zullen we aftasten of CBDR aan de drie voorwaarden, door het IGH gesteld, zou kunnen voldoen. Deze betreffen het hebben van een “norm-creërend karakter” (4.2.1.1.1.), het getuigen van statenpraktijk (4.2.1.1.2.) en het berusten op een *opinio juris* (4.2.1.1.3.).

4.2.1.1.1 Norm-creërend karakter

170. Bij wijze van preconditionie aan de voorwaarden van statenpraktijk en *opinio juris* dient CBDR “a norm-creating character” te hebben.⁴⁴⁰ Dat CBDR normatieve waarde heeft, impliceert niet automatisch dat het aan deze voorwaarde voldoet.⁴⁴¹ Vooral regels doorstaan deze voorwaarde, gezien ze duidelijk prescriptief (staten verplichten om iets te doen), prohibitief (staten verbieden iets te doen), exemptief (staten vrijstellen van iets te doen) of permissief (staten toestaan iets te doen) zijn.⁴⁴² Bij principes ligt dit moeilijker, al is het niet onmogelijk.⁴⁴³

171. Er kan bezwaarlijk voldaan zijn aan deze voorwaarde indien de exacte betekenis en draagwijdte van een principe onduidelijk zijn.⁴⁴⁴ Zowel HONKONEN als RAJAMANI oordelen in die zin en concluderen dat CBDR teveel vormen kent om in aanmerking te komen als gewoonterecht.⁴⁴⁵ Hoewel CBDR steeds meer een standaardelement wordt binnen MEA's, zou diens eigenlijke inhoud en draagwijdte moeilijk te definiëren blijven.

ARBOUR uitte hierbij de volgende kritiek: « *Mais que faut-il penser au juste de cette opinion? Si nous pensons à des principes généraux bien établis en droit (...), on ne peut certainement pas dire qu'ils illuminent le ciel de nos pensées en raison de leur précision.* »⁴⁴⁶

172. Dat CBDR wellicht niet aan deze voorwaarde voldoet, volgt vooral uit het feit dat CBDR, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het preventiebeginsel en het vervuiler-betaalt principe, geen gedragscode voorschrijft.⁴⁴⁷ CBDR is, zoals reeds vermeld, in de eerste plaats een gidsend of sturend principe. Dit wordt bijvoorbeeld gestaafd door de manier waarop CBDR in het klimaatregime vervat wordt: de vermeldingen van, of referenties naar CBDR worden immers telkens voorafgegaan door “in

⁴³⁹ P. Birnie en A. Boyle, *International Law and the Environment (second edition)*, Oxford University Press, 2002, 16; P. Sands, *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation*, Manchester University Press, 1994, 236.

⁴⁴⁰ IGH, 20 februari 1969, Denemarken-Nederland/Duitsland, §71-72.

⁴⁴¹ V. Lowe, “Sustainable Development and Unsustainable Arguments” in A. Boyle and D. Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, 1999, 30. Voigt spreekt dit tegen: C. Voigt, *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Martinus Nijhoff, 2009, 168.

⁴⁴² Cordonnier-Segger, 2008, 122.

⁴⁴³ D. French, “International Guidelines and Principles” in *Encyclopedia of Life Support Systems: Conventions, Treaties and Other Responses to Global Issues (Volume 1)*, 2006, 6, www.eolss.net/sample-chapters/C14/E1-44-01-02.pdf.

⁴⁴⁴ Beyerlin, 2007, 428.

⁴⁴⁵ Honkoken, 2009, 298; Rajamani, 2006, 159-160.

⁴⁴⁶ Arbour, 2014, 66-67.

⁴⁴⁷ Lavallée, 2010, 63.

*accordance with*⁴⁴⁸, *taking into account*⁴⁴⁹, *being guided by*⁴⁵⁰ of *reflecting*⁴⁵¹. CDR schrijft hier nooit een concreet gedrag voor; de verschillende verwijzingen suggereren hoogstens een wenselijke manier van handelen.⁴⁵²

Anderzijds zijn er auteurs zoals BARTENSTEIN, BEYERLIN en MARAUHN die menen dat CDR, net dankzij haar sturend karakter, wel degelijk over de normatieve vereisten beschikt die het mogelijk maken gewoonterecht te worden.⁴⁵³

4.2.1.1.2 Statenpraktijk

173. De voorwaarde van *usus* komt neer op de veelvuldige herhaling over een zekere duur van gelijklopende gedragingen door staten in een bepaalde aangelegenheid.⁴⁵⁴ Statenpraktijk moet traditioneel aan drie voorwaarden voldoen: een lange evolutie, een algemene toepassing en uniformiteit of consistentie.

174. Vroeger vereiste men dat de rijping van een norm tot gewoonterecht een proces van decennia, soms zelf eeuwen was. Dit werd door het IGH getemperd in de context waarbij verdragsbepalingen uitgroeien tot internationaal gewoonterecht: *“it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included states whose interest were specifically affected”*.⁴⁵⁵ Dit is relevant voor de principes van het internationaal milieurecht, een rechtstak die slechts enkele decennia oud is. Het Hof stelt ter zake wel de vereiste dat het verdrag een hoge participatiegraad kent, waaronder een representatief aantal pertinente staten. Met deze kwantitatieve en kwalitatieve elementen vult het Hof de voorwaarde van een algemene statenpraktijk in.⁴⁵⁶

De participatie moet niet universeel zijn, doch representatief. Onder die verdragspartijen moeten er bovendien een aantal “speciaal geaffecteerde” staten zijn. Dit zijn zogenaamde *sine qua non*-staten; staten zonder wiens participatie de verdragsregels geen significante impact zouden hebben op de realiteit. Om aan dit criterium te voldoen, is het niet altijd vereist dat iedere pertinente staat een verdragspartij is, maar wel een voldoende aantal ervan. Hoeveel dit precies is, hangt af van de concrete omstandigheden en van verdrag tot verdrag.

Bij wijze van voorbeeld dat aan deze voorwaarde voldaan kan zijn, wordt het klimaatregime aangehaald: CDR is expliciet opgenomen in het UNFCCC, het Kyoto Protocol en het Akkoord van Parijs. Alle drie kennen een quasi-universele ratificatie. De “speciaal geaffecteerde staten” moeten ter zake wellicht beschouwd worden als de grootste uitstoters én de meest kwetsbare landen.⁴⁵⁷ Dit doet

⁴⁴⁸ §6 preambule en art. 3 UNFCCC.

⁴⁴⁹ Art. 4 UNFCCC; art. 10 Kyoto Protocol

⁴⁵⁰ §4 preambule Kyoto Protocol; §3 preambule Akkoord van Parijs.

⁴⁵¹ Artt. 2(2) en 4(3) Akkoord van Parijs.

⁴⁵² Hamrouni, 2018, 71.

⁴⁵³ Bartenstein, 2010, 199; U. Beyerlin en T. Marauhn, *International Environmental Law*, 2011, 69-70.

⁴⁵⁴ M. Bossuyt en J. Wouters, *Grondlijnen van Internationaal Recht*, Intersentia, 2005, 105. Er is heel wat discussie over het evenwicht tussen beide voorwaarden, zie N. Petersen, “Customary Law without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation”, *American University International Law Review* 2007, vol. 23, nr. 2.

⁴⁵⁵ IGH, 20 februari 1969, Denemarken-Nederland/Duitsland, §73. Voor voorbeelden van snel ontwikkeld gewoonterecht, zie M. P. Scharf, “Accelerated Formation of Customary International Law”, *Case Western Reserve University Faculty Publications* 2014, 329-341.

⁴⁵⁶ G. Scott en C. Carr, “Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy* 1996, vol. 25, 84-92.

⁴⁵⁷ Honkonen, 2009, 298.

automatisch vragen rijzen over de niet-participatie van de VS in het Kyoto Protocol, al moet dit gerelativeerd worden. Niet elke pertinente staat hoeft immers verdragspartij te zijn en bovendien heeft de VS het UNFCCC en Akkoord van Parijs geratificeerd.

175. Conform de derde voorwaarde behoort de statenpraktijk consistent of uniform te zijn. De *Nicaragua* uitspraak verduidelijkte dat een *algemene* consistentie voldoende is en derhalve geen complete consistentie vereist is.⁴⁵⁸ Een klassieke manier om te concluderen of een praktijk uniform is, is door na te gaan hoe een niet-naleving ervan behandeld wordt. Deze hoort beschouwd te worden als een inbreuk en niet als de indicatie van een nieuwe praktijk. Verschillende auteurs menen dat dergelijke, reële praktijk zelfs doorslaggevend zou moeten zijn in het beoordelen van statenpraktijk.⁴⁵⁹ Hierbij moet vermeld worden dat in het internationaal milieurecht, staten elkaar pas expliciet zullen bekritisieren als *last resort*, laat staan dat ze naar de rechter stappen of dreigen macht te gebruiken. Bijgevolg worden in realiteit sommige principes in het internationaal milieurecht, ondanks reël niet-nalevend gedrag van staten, toch als gewoonterecht beschouwd. Zo kan er gedacht worden aan de plicht om grensoverschrijdende vervuiling te vermijden.⁴⁶⁰ Volgens LEPARD is het al dan niet respecteren van het principe dan ook eerder een element dat binnen de vraag naar *opinio juris* moet beoordeeld worden.⁴⁶¹

Verschillende auteurs menen dat CBDR, ondanks vrij consequente aanwezigheid in MEA's, een te diverse toepassing kent om te kunnen spreken van een uniforme praktijk.⁴⁶² In feite is deze vaststelling gelinkt aan de twijfelachtige normatieve afbakening om in aanmerking te komen als internationaal gewoonterecht.⁴⁶³ Een samenlezing van beide voorwaarden leert dat CBDR, als open, sturend principe, zich leent tot uiteenlopende toepassingen. Had CBDR een "*norm-creating character*" gehad, dan was diens praktijk wellicht consistentter geweest.

Daartegenover staat een kleinere groep auteurs die de diversiteit in toepassingen van een principe niet beschouwen als een beletsel om te spreken van een uniforme statenpraktijk.⁴⁶⁴

176. Tot slot vereist het IGH in de *North Sea* uitspraak dat er geen voorbehoudens kunnen gemaakt worden. Dit zou immers niet stroken met het *erga omnes*-karakter van internationaal gewoonterecht.⁴⁶⁵ Veel MEA's laten geen voorbehouden toe (zie *supra*), dus dit probleem stelt zich hier niet.

⁴⁵⁸ IGH, 27 juni 1986, *Nicaragua/Verenigde Staten*, §186.

⁴⁵⁹ K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff, 1993, 41-42; D. Bodansky, "Customary (and not so Customary) International Environmental Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1995, vol. 3, nr. 1, 114-115.

⁴⁶⁰ Bartenstein, 2010, 197; Bodansky, 1995, 112.

⁴⁶¹ B. Lepard, *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, 221.

⁴⁶² J. Brunnée en S. J. Toop, *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010, 153; Honkonen, 2009, 299; S. A. Atapattu, *Emerging Principles of International Environmental Law*, Brill, 2006, 426.

⁴⁶³ Cordonnier-Segger, 2008, 121.

⁴⁶⁴ J. Cameron, *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, 1994, 266.

⁴⁶⁵ IGH, 20 februari 1969, *Denemarken-Nederland/Duitsland*, §63.

4.2.1.1.3 Opinio juris

177. De *North Sea Continental Shelf Case* uitspraak vereist ten slotte het bestaan van *opinio juris*. Net zozeer als verdragen kunnen leiden tot het erkennen van een statenpraktijk, kunnen ze wijzen op *opinio juris*.⁴⁶⁶

Ratificatie houdt in dat de staat zelf juridisch gebonden wil zijn door het verdrag en diens normen een juridisch karakter toe-acht. Om tot *opinio juris* te komen, moet de staat daarenboven van oordeel zijn dat de norm ook bindend zou moeten zijn ten aanzien van *niet-verdragsstaten*. *Opinio juris* houdt immers in dat de staat meent dat de norm opgelegd wordt door het internationaal recht. In veel gevallen is het derhalve interessanter om het standpunt van die niet-verdragspartijen na te gaan. Echter, in het geval van (quasi-)universele ratificaties is volgens LEPARD en VILLIGER is al snel aan deze voorwaarde voldaan, gezien (quasi) alle staten zijn aangesloten bij het verdrag.⁴⁶⁷

178. Dit is echter buiten de ontwikkelde landen gerekend in het kader van CBDR. Zoals blijkt uit de regimes besproken in 3.1. en 3.2. en “achterliggende motieven om beroep te doen op CBDR” in 3.4.2.1., is de praktijk van CBDR in grote mate ingegeven door politieke, opportunistische overwegingen en minder door juridische overwegingen, althans voor wat ontwikkelde landen betreft. Het is dus moeilijk vol te houden dat de praktijk van CBDR steunt op een algemene erkenning van het bestaan van een juridische verplichting. Het principe van CBDR ervaren zij als de prijs die ze moeten betalen voor de deelname van de ontwikkelingslanden.⁴⁶⁸

Dit wordt bijvoorbeeld bevestigd door de verklaring afgelegd door de Verenigde Staten bij principe 7 van de Rio Verklaring:

“The United States understands and accepts that principle/7 highlights the special leadership role of the developed countries, based on our industrial development, our experience with environmental protection policies and actions, and our wealth, technical expertise and capabilities.

*The United States does not accept any interpretation of principle/7 that would imply a recognition or acceptance by the United States of any international obligations or liabilities, or any diminution in the responsibilities of developing countries.”*⁴⁶⁹

De *chapeau* bij artikel 3.1 UNFCCC onstond met dezelfde intentie. *“In their actions to achieve the objective of the Convention and to implement its provisions, the Parties shall be guided, inter alia, by the following (...)”* (eigen onderlijning). Door middel van deze 3 woordkeuzes wilde de VS koste wat kost vermijden dat de principes in artikel 3 – waaronder CBDR – ooit internationaal gewoonterecht zouden worden.⁴⁷⁰

LEPARD meent echter dat, zelfs al verklaren verdragstaten expliciet dat ze geen universele bindende normen willen creëren, dit niet zou mogen impliceren dat de norm altijd uitgesloten blijft van gewoonterecht. Zij kunnen immers hun gedachten veranderen.⁴⁷¹ Het akkoord in 2014 gesloten tussen China en de Verenigde Staten leek een voorzichtig keerpunt te zijn. Echter, de beslissing van huidig

⁴⁶⁶ IGH, 3 juni 1985, Libië/Malta, §28.

⁴⁶⁷ Lepard, 2010, 196-197; Villiger, 1997, 183.

⁴⁶⁸ Lavallée, 2010, 58.

⁴⁶⁹ Report Of The United Nations Conference On Environment And Development, 1992, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. IV), Hoofdstuk IV §16.

⁴⁷⁰ D. Bodansky, “The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary”, *Yale Journal of International Law* 1993, vol. 18, nr. 2, 502.

⁴⁷¹ Lepard, 2010, 199.

Amerikaans president Trump om de VS uit het Akkoord van Parijs terug te trekken, is een stap naar terug. Trump ontkent het principe van CBDR en noemde het Akkoord in de terugtrekkingspeech “*very unfair at the highest level to the U.S.*”.⁴⁷²

Niet alleen de VS verzet zich tegen de verwerving van gewoonterechtelijke status door CBDR. Zo kan hier herinnerd worden aan de interpretatieve verklaring van het Verenigd Koninkrijk bij de financiële bepalingen in het CBD, dat gewillig door diverse ontwikkelde landen ondertekend werd (zie *supra*).

179. Daar tegenover staat uiteraard een groot aantal verdragspartijen - voornamelijk ontwikkelingslanden - die CBDR dan wel als opgelegd door het internationaal recht beschouwen. Het internationaal gewoonterecht berust evenwel niet op een simpel meerderheidssysteem: als aangetoond wordt dat teveel staten de regel verwerpen, dan kan het geen gewoonterecht vormen, ook al zijn er meer staten die het wel zo zien.⁴⁷³

4.2.1.2 Conclusie

4.2.1.2.1 Nog geen gewoonterechtelijke status voor CBDR

180. Weinig auteurs achten CBDR reeds een gewoonterechtelijke status toe.⁴⁷⁴ De meerderheid in de doctrine weigert CBDR te erkennen als internationaal gewoonterecht, maar niet om eensgezinde redenen. De meeste auteurs wijten het aan een gebrek aan *opinio juris* en/of een ontbrekend normcreërend karakter, terwijl enkelen ook wijzen op een niet afdoende statenpraktijk.⁴⁷⁵ Met slechts enkele voorbeelden werden alvast enkele pijnpunten blootgelegd in de mogelijke erkenning van CBDR als internationaal gewoonterecht.

Een ander argument om tot de conclusie te komen dat CBDR geen *custom* is, zelfs zonder aan de voorwaarden te toetsen, ligt in de aard van CBDR. Men kan immers argumenteren dat CBDR een per definitie tijdelijke aard heeft en er enkel zou moeten zijn zolang de dispariteiten tussen (groepen van) staten aanhouden. Eenmaal de kloof gedicht, kan differentiatie als principe in internationale akkoorden begraven worden; de bestaansreden van CBDR zou immers weg zijn. Dit klinkt op papier redelijk, maar in realiteit zullen er altijd verschillen zijn, zoals op vlak van kwetsbaarheid voor milieuproblemen, waarvoor CBDR nog steeds relevant blijft.⁴⁷⁶

181. Sommige auteurs beschouwen het als mogelijk dat niet CBDR als een geheel, maar een van diens luiken gewoonterecht wordt. Zo zou “gemeenschappelijke verantwoordelijkheden” wel gewoonterecht kunnen worden, maar “gedifferentieerde verantwoordelijkheden” niet.⁴⁷⁷ De reden hiervoor is dat men het eerste luik van CBDR aansluit bij andere Rio-principes waarvan men ondertussen aanneemt dat ze een gewoonterechtelijke status hebben, zoals *bon voisinage* en coöperatie, terwijl het tweede luik van CBDR weinig dergelijke aanknopingspunten heeft.

⁴⁷² H-B. Zhang, H-B. Dai, H-X. Lai en W-T. Wang, “U.S. withdrawal from the Paris Agreement: Reasons, impacts, and China’s response”, *Advances in Climate Change Research* 2017, vol. 8, nr. 4., 221.

⁴⁷³ Honkonen, 2009, 294.

⁴⁷⁴ A. D. Nanda, “India’s Environmental Trump Card : How Reducing Black Carbon Through Common But Differentiated Responsibilities Can Curb Climate Change”, *Denver Journal of International Law & Policy* 2011, vol. 39, nr. 3, 534.

⁴⁷⁵ Verschillende auteurs zijn het er dus wel over eens dat aan de voorwaarde van statenpraktijk voldaan is, zie Cullet, 2003, 89; O. McIntyre, “The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources”, *Natural Resources Journal* 2006, vol. 46, nr. 1, 176.

⁴⁷⁶ Honkonen, 2009, 299.

⁴⁷⁷ J-M. Arbour en S. Lavallée (eds.), *Droit International de l'Environnement*, Éditions Yvon Blais, 2006, 43, geciteerd in: Lavallée, 2010, 61.

182. Een andere, creatieve, invalshoek is dat de normatieve kracht van het principe zou variëren naargelang de partij die het inroept, met name ontwikkelingslanden of ontwikkelde landen.⁴⁷⁸ Het is immers zo dat ontwikkelde landen het principe als gebaseerd op *ad hoc* arrangementen beschouwen, terwijl ontwikkelingslanden het een gewoonterechtelijke status willen toekennen.⁴⁷⁹

4.2.1.2.2 De voortrekkersrol van ontwikkelde landen als grotere kanshebber

183. Of er reeds sprake is van gewoonterecht ten aanzien van CBDR “in haar geheel”, valt te betwijfelen. Daarentegen zijn er aspecten van CBDR, in het bijzonder de voortrekkersrol van ontwikkelde landen, die meer potentieel hebben om aan de voorwaarden van internationaal gewoonterecht te voldoen.

184. Artikel 3 UNFCCC bepaalt dat, in lijn met CBDR, “*the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof*”. In het volgende artikel, “Commitments”, worden Annex I landen verplicht in nationaal klimaatbeleid en –maatregelen te voorzien, die zullen aantonen “*that developed countries are taking the lead in modifying longer-term trends in anthropogenic emissions consistent with the objective of the Convention*”.⁴⁸⁰ Diezelfde voortrekkersrol houdt stand in het post-2020 regime aangezien het in het Akkoord van Parijs meermaals herbevestigd werd: niet alleen in de preambule⁴⁸¹, maar ook in verschillende operationele bepalingen.⁴⁸²

Doorheen de levensloop van het klimaatregime bleef dit aspect van CBDR relatief gespaard van de kritiek die het principe incasseerde. Bovendien kan de voortrekkersrol vandaag de dag aan extra bijval winnen nu het sinds het Akkoord van Parijs niet meer geassocieerd wordt met exclusieve verplichtingen voor ontwikkelde landen.⁴⁸³ Meer dan CBDR voldoet het ook aan de normatieve vereisten die voor een erkenning als internationaal gewoonterecht gesteld worden: “ontwikkelde landen moeten het voortouw nemen” onderscheidt zich met een duidelijk prescriptief karakter.

185. Het potentieel dat in deze voortrekkersrol schuilt gaat niet onopgemerkt voorbij. Het concept groeide uit tot een belangrijk argument in enkele recente klimaatzaken. In de Nederlandse “Urgenda”-zaak stelde het Tribunaal van Den Haag dat Nederland, op grond van het UNFCCC, verplicht was het voortouw te nemen. Het was een van de argumenten die het Tribunaal deden concluderen dat het Nederlandse klimaatbeleid in strijd was met de grondwettelijke zorgplicht. In de uitspraak in de Amerikaanse zaak *Juliana v. United States*, geveld op 10 november 2016 te Oregon, ook wel *Our Children’s Trust* genoemd, citeerde de rechter zelfs de Nederlandse uitspraak op dit punt. Ook in Belgische, Zwitserse en twee Nieuw-Zeelandse klimaatzaken werden eisen gestoeld op de voortrekkersrol in hoofde van de respectievelijke staten.⁴⁸⁴

⁴⁷⁸ Z. Ruggero, *Changements Climatiques et Responsabilités Communes mais Différenciées. Enjeux et perspectives des engagements post-Kyoto*, Paris, Editions Edilivre Paris, 2011, 38, geciteerd in: Hamrouni, 2018, 64.

⁴⁷⁹ Honkonen, 2009, 297.

⁴⁸⁰ Art. 4 UNFCCC.

⁴⁸¹ §16 preambule Akkoord van Parijs.

⁴⁸² Artt. 4(4) en 9(3) Akkoord van Parijs.

⁴⁸³ P. G. Ferreira, “‘Common But Differentiated Responsibilities’ in the National Courts: Lessons from Urgenda v. The Netherlands”, *Transnational Environmental Law* 2016, vol. 5, nr. 2, 347.

⁴⁸⁴ Dagvaarding VZW Klimaatzaak v. de Federale Overheid het Koninkrijk België, het Waals Gewest, het Vlaams Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, 1 juni 2015, § 35; Dagvaarding Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Bundesrat, 25 oktober 2016, §§ 42 tot 44; Dagvaarding Mataatua District Maori Council v. New Zealand, 4 juli 2017, §§ 24, 60 en 74(b); Uitspraak Thomson v. Minister for Climate Change Issues, Wellington High Court (Nieuw Zeeland), 2 november 2017, §§ 137-141.

186. In de meest recente zaak tegen Nieuw-Zeeland kwam tot slot een ander belangrijk aspect van CBDR aan bod. De eiseres verweet namelijk Nieuw-Zeeland ervan te weinig rekening te hebben gehouden met kwetsbare ontwikkelingslanden, in het bijzonder de eilandengroep Tokelau, in het opstellen van haar NDC, waardoor deze minder ambitieus is dan zou moeten.⁴⁸⁵ In de rechtsleer werd eerder al opgemerkt dat dit aspect van CBDR kans maakt om weldra gewoonrecht te worden.⁴⁸⁶

4.2.1.3 Mogelijke impact van een erkenning

187. De consequenties van de erkenning van CBDR als internationaal gewoonrecht zijn niet perfect te voorspellen. Met enkele hypothetische voorbeelden wordt evenwel duidelijk dat de impact, hoe dan ook, ingrijpend zou zijn. De erkenning van CBDR als internationaal gewoonrecht zal wellicht meer stof doen opwaaien dan toen het IGH zich in die zin uitsprak over bijvoorbeeld het *no-harm* principe. Het verschil schuilt in het feit dat een gewoonrechtelijk CBDR positieve verplichtingen met zich meebrengt.⁴⁸⁷

188. Zo zou CBDR niet enkel meer gelden in de verdragsregimes die in de toepassing van het principe voorzagen. CBDR zou zich, als internationaal gewoonrecht, ook uitstrekken naar domeinen waar regulering voorlopig te wensen laat, zoals ontbossing. Toekomstige verdragsonderhandelingen zouden bovendien geacht worden te vertrekken van een recht op differentiatie, een recht dat vanaf dan ook afgedwongen kan worden bij de internationale rechter.⁴⁸⁸

189. De erkenning van CBDR als gewoonrecht impliceert volgens ARBOUR dat het internationaal milieurecht ingegeven wordt door diens essentie en structuur.⁴⁸⁹ Billijkheid en rechtvaardigheid zouden een belangrijker rol krijgen in het internationaal milieurecht. Hiermee samenhangend, zouden de rechten en plichten van ontwikkelingslanden en ontwikkelde landen intrinsiek ingegeven zijn door CBDR. Zo zouden ontwikkelingslanden automatisch recht hebben op hetgeen CBDR in hun voordeel doet ontstaan en zouden de ontwikkelde landen gehouden zijn om deze claims te erkennen. Concreet zou het er op neerkomen dat ontwikkelingslanden technologische en financiële hulp kunnen claimen, niet op grond van de internationale ontwikkelingshulp of de vaak laks geformuleerde MEA's, maar op grond van een internationale formele plicht in hoofde van de ontwikkelde landen. De hulp zou ontdaan worden van diens discretionair karakter. En dit zou niet enkel opgaan ten aanzien van verdragspartijen, maar ook ten aanzien van niet-verdragspartijen... Internationaal gewoonrecht kan immers ook niet-verdragspartijen binden, tenzij het een *persistant objector* is.⁴⁹⁰ Bovendien kan men zich afvragen welke impact de erkenning van CBDR als gewoonrecht zou hebben op de verplichtingen in hoofde van de ontwikkelingslanden. Zou de vervulling van hun plichten voortaan steeds afhankelijk zijn van de naleving van eigen plichten door ontwikkelde landen?⁴⁹¹

190. Dit is geen banaal idee. Een erkenning van CBDR als gewoonrecht zou een mijlpaal zijn in de levensloop van het principe én het internationaal recht. Het is evenwel niet evident om internationaal gewoonrecht te implementeren en af te dwingen.⁴⁹² De traditionele manieren van afdwinging, zoals

⁴⁸⁵ De rechtbank trad haar hier evenwel niet in bij, zie Arrest Thomson v. Minister for Climate Change Issues, Wellington High Court (Nieuw Zeeland), 2 november 2017, §§ 99(b), 145 en 157.

⁴⁸⁶ Honkoken, 2009, 300-301.

⁴⁸⁷ Arbour, 2014, 44-45.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, 42.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, 40.

⁴⁹⁰ Scharf, 2014, 309.

⁴⁹¹ P. H. Sand, "International Economic Instruments for Sustainable Development: Sticks, Carrots and Games", *Indian Journal of International Law* 1996, vol. 36, 13.

⁴⁹² D. Freestone en E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, 1996, 35.

diplomatie, internationale druk en onderhandelingen, zijn in werkelijkheid enkel effectief wanneer de niet-nakoming begaan is door ‘zwakke’ staten. De meeste machtige staten negeren vaak gewoonterecht zonder gelijke repercussies.⁴⁹³ Opdat een gewoonterechtelijk CBDR niet *stante pede* zou sneuvelen, is het vereist dat de gang van zaken in de internationale gemeenschap herdacht wordt. Zo valt te denken aan een solidariteitstaks geheven bij ontwikkelde landen en verdeeld onder ontwikkelingslanden.⁴⁹⁴ Een globale taks van 0,005% zou al 40 miljard dollar opleveren, een idee die reeds werd opgeworpen onder de G20.⁴⁹⁵

Nog minder evident is de idee dat rechtbanken een *niet*-verdragspartij zouden kunnen bevelen een financiële bijdrage te leveren, en het is nog moeilijker in te beelden hoe dergelijke beslissing uitgevoerd zou worden in de praktijk.

4.2.1 CBDR in het licht van artikel 38(1)(c) IGH Statuut

191. Uit voorgaande bespreking blijkt dat CBDR (nog) geen internationaal gewoonterecht is. Opdat CBDR alsnog als een rechtsbeginsel gekwalificeerd zou kunnen worden, vergt het een positieve evaluatie in het licht van artikel 38(1)(c) van het IGH Statuut. Deze behelst de “door beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen”. In de literatuur omtrent CBDR wordt dit onderzoek evenwel zo goed als altijd overgeslagen.

192. Het belang van deze algemene rechtsbeginselen lijkt op het eerste gezicht beperkt om drie redenen.⁴⁹⁶ Ten eerste zijn internationale hoven en rechtbanken terughoudend in het gebruik en het verwijzen naar algemene rechtsbeginselen. De rechtspraak van het IGH is ter zake weinig duidelijk, hetgeen blijkt uit een wisselende terminologie en een vage methodologie.⁴⁹⁷ In tegenstelling tot internationaal gewoonterecht, zijn door het Hof geen voorwaarden ter erkenning van algemene rechtsbeginselen uiteengezet. Ten tweede lenen de algemene rechtsbeginselen zich moeilijk tot een basis waarop verplichtingen worden afgedwongen, in tegenstelling tot het internationaal gewoonterecht. Ten derde laat de doctrine zich vaak sceptisch uit over algemene rechtsbeginselen, die slechts een “ambigue bron van recht” zouden uitmaken. Deze redenen versterken elkaar uiteraard.

193. Zo is er onenigheid over de manier waarop algemene rechtsbeginselen in de zin van artikel 38(1)(c) van het IGH Statuut ontstaan. Een deel van de rechtsleer hangt de stelling aan dat de beginselen enkel *foro domestico* voortspuiten. In lijn met deze opvatting meent HAMROUNI dat CBDR geen algemeen rechtsbeginsel kan zijn, wegens afwezigheid van het principe in interne regelgeving en rechtspraak.⁴⁹⁸ Er zijn ook verschillende strekkingen te vinden over de *inhoud* van deze beginselen. Sommige auteurs geloven bijvoorbeeld dat ze enkel refereren aan jurisdictionele principes inzake

⁴⁹³ S. Bilderbeek (ed.), *Biodiversity and International Law: The Effectiveness of International Environmental Law*, IOS Press, 1992, 94.

⁴⁹⁴ Van Trien, 2010, 89.

⁴⁹⁵ “G20 fails to endorse financial transaction tax”, *Reuters*, 4 november 2011, www.reuters.com/article/g20-tax/g20-fails-to-endorse-financial-transaction-tax-idUSN1E7A302520111104 (geconsulteerd op 9 april 2018).

⁴⁹⁶ C. Voigt, “The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law”, *Retfaerd* 2008, nr. 21, 5.

⁴⁹⁷ Zo spreekt het Hof o.m. van “*principles*”, “*fundamental principles*”, “*generally recognized principles*”, “*well-recognized principles*” en “*basic principles*”. Het Hof gebruikt deze terminologie bovendien dikwijls om de algemeenheid van internationaal gewoonterecht aan te duiden: M. Biddulph en D. Newman, “A Contextualised Account of General Principles of International Law”, *Pace International Law Review* 2014, vol. 26, nr. 2, 295. Over de methodologie van het IGH zie J. Brunnée, “Sources of International Environmental Law: Interactional Law” in S. Besson en J. D’aspremont (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 2017, 974-975.

⁴⁹⁸ Hamrouni, 2018, 81.

procesvoering. Ook in dit geval kan CBDR niet onder artikel 38(1)(c) van het IGH Statuut geplaatst worden.⁴⁹⁹

Een andere discussie, die teruggaat tot het ontwerpen van dit Statuut, is of de beginselen al dan niet moeten steunen op de wil van staten, zoals ook het geval bij internationaal gewoonterecht. Hier kan de thesis verwijzen naar bovenstaande bespreking van (het gebrek aan) *opinio juris* in de context van CBDR: een voluntaristische kijk op algemene rechtsbeginselen belet CBDR wellicht ook als dusdanig erkend te worden.

194. Alternatieve invullingen van deze formele rechtsbron zijn vooralsnog slechts te vinden in enkele aparte opinies van rechters van het IGH.⁵⁰⁰ In wat volgt wordt de aparte opinie van rechter TRINDADE in de *Pulp Mills* zaak (2010) besproken. Het is tot op heden de meest omvangrijke uiteenzetting over algemene rechtsbeginselen in het kader van het IGH en betreft bovendien het internationaal milieurecht.

4.2.1.1 Een “common legal conscience”

195. Rechter TRINDADE beschreef de algemene rechtsbeginselen ex artikel 38(1)(c) IGH Statuut als volgt: “Such principles, as expression of an objective “idea of justice”, have a universal scope, requiring the observance of all States, and securing the unity of law, as from an objective “idea of justice”. It is evident that those principles of law do not depend on the “will”, nor on the “agreement”, nor on the consent, of the subjects of law; they touch on the foundations of the necessary law of nations. Above the will of subjects of law, stands their conscience, as the ultimate material source of all law”⁵⁰¹ Een jaar eerder schreef VOIGT al dat “If a normative statement can be shown to be part of the ‘common legal conscience’ it becomes a legal norm as a general principle.”⁵⁰² Deze *common legal conscience*, of *opinio juris communis*, moet begrepen worden als een gemeenschappelijk gevoel van wat rechtvaardig en wat niet rechtvaardig is.⁵⁰³

196. Hanteert men het standpunt dat enkel principes toegepast in de nationale rechtsstelsels relevant zijn, dan dient zich een rechtsvergelijkende analyse aan. De visie van TRINDADE meent evenwel dat algemene rechtsbeginselen ook hun oorsprong kunnen vinden in internationale relaties. Elk internationaalrechtelijk regime heeft zijn eigen algemene rechtsbeginselen en volgens rechter TRINDADE is een algemeen bewustzijn groeiende in het internationaal milieurecht: “[C]onsciousness has emerged of the pressing need to secure the protection of the environment, given its vulnerability, the risks surrounding everyone, and the harmful consequences of irreparable damages caused to it. The awakening of such consciousness has accounted for the assertion of those principles.”⁵⁰⁴

197. Wanneer is er sprake van dit bewustzijn en wiens bewustzijn is relevant? Het vaststellen van zo’n *opinio juris communis* in internationale relaties lijkt enigszins op het bewijzen van *opinio juris* in het kader van internationaal gewoonterecht – eveneens steunend op een juridisch bewustzijn – maar

⁴⁹⁹ French, 2006, 6.

⁵⁰⁰ Zie de aparte opinies van rechters Tanaka en Weeramantry in respectievelijk de *South West Africa* (1966) en *Gabcikovo-Nagymaros* (1997) zaken.

⁵⁰¹ IGH, 20 april 2010, Argentinië t. Uruguay (“*Pulp Mills on the River Uruguay*”), aparte opinie rechter Trindade, §192. De rechter schreef een gelijkaardige opinie bij de uitspraak van het IGH op 5 oktober 2016, in de zaak *Marshall Islands v. Verenigd Koninkrijk* (“*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*”).

⁵⁰² Voigt, 2009, 157.

⁵⁰³ B. Cheng en G. Schwarzenberger, *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Stevens, 1953, 9. De notie is niet nieuw en werd reeds bij de redactie van het Statuut van het PIGH voorgesteld, maar haalde het uiteindelijke artikel niet: Biddulph en Newman, 2014, 292.

⁵⁰⁴ IGH, 20 april 2010, Argentinië t. Uruguay, aparte opinie rechter Trindade, §52.

er zijn verschillen. Dit komt ook naar voren in de opinie van rechter TRINDADE: “*General principles of law may [...] be resorted to in the identification of opinio juris itself, taking this latter not strictly as a constitutive element of custom, but, more amply, as an indication of the status conscientiae of the members of the international community as a whole*”.⁵⁰⁵ Dit spreekt de opvatting van sommige auteurs tegen die de ‘klassieke’ *opinio juris*, zoals deze vereist is voor gewoonterecht, als voorwaarde van algemene rechtsbeginselen zien.⁵⁰⁶

Zo moet er gewezen worden op de verschillende woordkeuzes in artikel 38 van het IGH Statuut.⁵⁰⁷ Artikel 38(1)(b) vereist een “aanvaarding”⁵⁰⁸, terwijl artikel 38(1)(c) een “erkenning” vereist.⁵⁰⁹ Om in aanmerking te komen voor internationaal gewoonterecht, dienen staten overtuigd te zijn dat hun gedrag ingegeven is door een internationale verplichting. Bij algemene rechtsbeginselen zou het daarentegen slechts vereist zijn dat er binnen de internationale gemeenschap een gedeelde erkenning bestaat van het bestaan en de implicaties van de beginselen. Een brede waaier aan bronnen, waaronder multilaterale verdragen, verklaringen van internationale organisaties en werk van NGO’s, zouden bewijs kunnen leveren van het bestaan van een *opinio juris communis*.⁵¹⁰

198. Kenmerkend voor deze benadering is dus dat het bestaan van algemene rechtsbeginselen onafhankelijk is van statenpraktijk of van de wil of instemming van staten.⁵¹¹ Algemene rechtsbeginselen ‘zijn er gewoon’ en staten kunnen slechts hun bestaan erkennen. Het maakt hierbij niet uit of deze beginselen afgeleid zijn uit nationaal recht of enkel op interstatelijk niveau bestaan.⁵¹² Zonder hen zou zouden staten enkel gebonden zijn door hun eigen wil.⁵¹³ Ondanks deze ongetwijfeld naturalistische insteek⁵¹⁴, hechtte rechter TRINDADE veel belang aan deze erkenning vanwege staten door te verwijzen naar diverse verdragen waarin de principes aanwezig zijn.⁵¹⁵ Aldus werd dit naturalisme in zekere zin herleid tot concepten ingegeven door rechtvaardigheid die reeds frequent geëxpliciteerd werden in positief internationaal recht, een bewijs dat de internationale gemeenschap de concepten erkende op basis van haar *opinio juris communis*.⁵¹⁶

4.2.1.2 Een optie voor CDDR?

199. CDDR is wijdverspreid op internationaal niveau, gaande van toepassingen van het principe in MEA’s, tot vermeldingen in VN Verklaringen en pleidooien van NGO’s voor het principe. Bovendien is CDDR ingegeven door rechtvaardigheid. Ecologische rechtvaardigheid kan bijvoorbeeld gedefinieerd

⁵⁰⁵ IGH, 20 april 2010, Argentinië t. Uruguay, aparte opinie rechter Trindade, §216.

⁵⁰⁶ Petersen, 2007, 292; B. I. Bonafé en P. Palchetti, “Relying on general principles in international law” in C. Brölmann en Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, 167.

⁵⁰⁷ R. Yotova, “Challenges in the Identification of the “General Principles of Law Recognized by Civilized Nations”: The Approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 2017, vol. 3, nr. 1, 276.

⁵⁰⁸ “Internationale gewoonte, als blijk van een als recht aanvaarde algemene praktijk”.

⁵⁰⁹ “De door de beschaafde naties erkende algemene rechtsbeginselen”.

⁵¹⁰ Voigt, 2008, 8.

⁵¹¹ A. Clapham, *Brierly’s Law of Nations (seventh edition)*, Oxford University Press, 2012, 64.

⁵¹² IGH, 20 april 2010, Argentinië t. Uruguay, aparte opinie rechter Trindade, §48; Bonafé en Palchetti, 2016, 162-163; Lepard, 2010, 162.

⁵¹³ IGH, 18 juli 1966, Liberia t. Zuid-Afrika (“South West Africa Case”), aparte opinie rechter Tanaka, 298; IGH, 20 april 2010, Argentinië t. Uruguay, aparte opinie rechter Trindade, §197.

⁵¹⁴ IGH, 18 juli 1966, Liberia t. Zuid-Afrika, aparte opinie rechter Tanaka, 298: “*But it is undeniable that in Article 38, paragraph 1 (c), some natural law elements are inherent.*”

⁵¹⁵ IGH, 20 april 2010, Argentinië t. Uruguay, aparte opinie rechter Trindade, §75-89.

⁵¹⁶ S. Besson, “General Principles in International Law – Whose Principles?” in S. Besson en P. Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen - Principles in European Law*, Schulthess, 2011, 45-46.

worden als “*the principle that all citizens ought to share equally in both the benefits of the environment and environmental improvement and the burdens of the environmental health and safety hazards.*”⁵¹⁷ Teneinde deze gelijke voordeel- en lastenverdeling te bekomen, komt CBDR te pas.

200. Volgens VOIGT wordt CBDR voldoende erkend om te besluiten dat er een *opinio juris communis* rond dit beginsel bestaat. In functie van hun verhouding tot het verdragsrecht, onderscheidt de auteur verschillende categorieën algemene rechtsbeginselen. CBDR ressorteert volgens haar onder de “gidsende” of “dirigerende” principes, die multilaterale onderhandelingen in een bepaalde richting kanaliseren.⁵¹⁸

201. Echter, hoewel dit ongetwijfeld een interessante denkpiste vormt, is het te voorbarig om in deze thesis tot het besluit te komen dat CBDR onder artikel 38(1)(c) IGH Statuut valt. Vooralsnog bestaat er immers te weinig consensus over de wijze waarop men besluit tot de toepasselijkheid van deze rechtsbron. De *International Law Commission* (afgekort: ILC) heeft recent de kwestie op haar agenda geplaatst, zodanig dat er in de toekomst hopelijk meer duidelijkheid omtrent artikel 38(1)(c) IGH Statuut zal bestaan.⁵¹⁹

4.3 VOORALSNOG SOFT LAW

202. Uit de bovenstaande besprekingen volgt dat CBDR wel over de nodige normatieve waarde, maar niet over de nodige normatieve kracht beschikt om als een algemeen principe van internationaal milieurecht gekwalificeerd te worden. Ondertussen kan gezegd worden dat “de voluntaristische visie op het internationaal recht niet onder de indruk is” van de herhaalde verwijzingen naar CBDR en diens operationele uitdrukkingen in diverse MEA’s. Staten zouden net blijven refereren aan het principe omdat het nog niet als een rechtsbeginsel kan gekwalificeerd worden.⁵²⁰ Het principe behoort bijgevolg, althans voorlopig, nog tot de sfeer van *soft law*.⁵²¹ *Soft law* wijst een te volgen gedrag aan, maar verplicht de staten niet om er zich aan te conformeren.

203. Toch lijkt de kwalificatie als *soft law* niet honderd procent de lading te dekken. Verschillende auteurs menen dat CBDR sterker is, doch ook geen rechtsbeginsel vormt... En zich dus ergens tussen de twee bevindt.⁵²² RAJAMANI besluit dat “*even if the CBDR principle has not achieved the status of customary law, which it admittedly has not, it may still possess a ‘species of normativity’ implying a certain legal gravitas*”.⁵²³ Ook BARTENSTEIN meent dat “*it is far from being merely soft law, but can be regarded as a ‘framework principle’*”.⁵²⁴ Vrij gelijkaardig besloot de International Law Association (afgekort: ILA), ditmaal specifiek over CBDR in het klimaatregime, dat “*Even though this principle does not assume the character of a legal obligation in itself, it is a fundamental part of the conceptual apparatus of the climate change regime such that it forms the basis for the interpretation of existing obligations and the elaboration of future international legal obligations within the regime in question.*”

⁵¹⁷ J. HUANG, “Climate Justice: Climate Justice and the Paris Agreement”, *Journal of Animal and Environmental Law* 2017, vol. 9, nr. 1, 25.

⁵¹⁸ Voigt, 2008, 13.

⁵¹⁹ Report of the International Law Commission (68th session), UN Doc. A/71/10, 2016, 378. Zie ook Annex A “General Principles of Law” bij Report of the International Law Commission, 69e sessie, UN Doc. A/72/10, 2017, 224-241.

⁵²⁰ A. Gourgourinis, “CBDR in transnational climate change governance and the WTO” in P. Delimatsis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, 36.

⁵²¹ Hey, 2011, §18; Deleuil, 2012, 276. Er zijn ook auteurs die het zelfs niet als soft law beschouwen: Biniaz, 2002, 363.

⁵²² Matsui, 2002, 167.

⁵²³ Rajamani, 2006, 160.

⁵²⁴ Bartenstein, 2010, 199.

Indeed, it is arguable that any future legal regime must be consistent with the CDDR principle in order to meet the requirements of the Convention, as well as the duties to perform and interpret a treaty in good faith."⁵²⁵ Over de "grijze zone"⁵²⁶, "schemerzone"⁵²⁷ of "para-recht"⁵²⁸ waar CDDR momenteel in zou vertoeven, is al veel inkt gevloeid. Het zou er alleszins CDDR niet van beletten ooit alsnog te evolueren naar gewoonterecht.⁵²⁹

204. ARBOUR meent dat CDDR deel uitmaakt van een groeiende groep principes die verplichten tot een revaluatie van het internationaal wetgevend proces, gezien ze de moeilijkheid illustreren van het uitleggen van internationaal recht door simpelweg te verwijzen naar de klassieke bronnen van internationaal publiekrecht.⁵³⁰ Hoewel de idee van een "grijze zone" antwoord tracht te bieden op het rigide *hard law* – *soft law* denken in het internationaal recht, kampt het evenwel zelf met tekortkomingen. Het antwoord zal immers steeds approximatief zijn, niet in het minst omdat auteurs dikwijls hun eigen, uiteenlopende indelingen en terminologie hanteren. Zo staat niet vast welke juridische gevolgen de nieuwe indelingen teweegbrengen: is CDDR dan een *beetje* bindend? Hiermee wordt duidelijk dat deze alternatieve indelingen problematisch zijn in het licht van een voluntaristische visie op de formele rechtsbronnen van internationaal recht, waarin staten enkel gebonden zijn na instemming.⁵³¹ Meer bereidheid tot het verduidelijken van de rechtsbron in artikel 38(1)(c) van het IGH Statuut zou de toevlucht tot alternatieve indelingen mogelijk overbodig maken.

Andersom kan gesteld worden dat deze toevlucht een gevolg is van de onduidelijkheden eigen aan CDDR zelf.⁵³² Een abstractere kijk op het principe, d.i. ontdaan van de *bias* van het klimaatregime (zie *supra*), zouden mogelijk leiden tot een positievere beoordeling in het licht van de hierboven besproken *usus* en *opinio juris* voorwaarden. Dit is evenwel nog toekomstmuziek, gezien CDDR vooralsnog haar belangrijkste toepassing kent in het klimaatregime en de ervaringen hiermee van overheersende aanwezigheid zijn tijdens de toetsing van CDDR aan de voorwaarden van internationaal gewoonterecht. Pas wanneer bijvoorbeeld "*common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances*" in meerdere milieusectoren een expliciete toepassing krijgt en/of in een regime-overkoepelend verdrag wordt gedefinieerd, zal de af te leggen weg naar een algemeen principe van internationaal milieurecht inkorten.

⁵²⁵ ILA, Sofia Guiding Statements on the Judicial Elaboration of the 2002 New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2012, Sofia, 10.

⁵²⁶ S. Maljean-Dubois, "The Making of International Law Challenging Environmental Protection" in Y. Kerbrat en S. Maljean-Dubois (eds.), *The transformation of international environmental law*, A. Pedone & Hart, 2011, 50.

⁵²⁷ Beyerlin, 2007, 427.

⁵²⁸ Arbour, 2014, 55.

⁵²⁹ Rajamani, 2006, 160; Cullet, 2003, 88; Bartenstein, 2010, 199; Arbour, 2014, 55.

⁵³⁰ Arbour, 2014, 53; Voigt, 2009, 146.

⁵³¹ Arbour, 2014, 51.

⁵³² Hamrouni, 2018, 63.

5 VOORUITZICHTEN

205. In dit hoofdstuk worden enkele vooruitzichten in het kader van CBDR besproken die mogelijk kunnen bijdragen aan de verdere ontwikkeling van het principe. Ten eerste is er uiteraard de rechtspraak (5.1.): een uitspraak over CBDR door het Internationaal Gerechtshof zou (de juridische status van) het principe eensklaps kunnen verduidelijken (5.1.1.) maar momenteel blijkt het principe vooral een opmars te maken in nationale rechtspraak (5.1.2.). Ten tweede verdient een recent project, het zogenaamd Globaal Milieupact, een bespreking, daar dit specifiek tot doel heeft de juridische positie van verschillende principes in het internationaal milieurecht, waaronder CBDR, te versterken (5.2.).

5.1 RECHTSPRAAK

5.1.1 Weinig sporen van CBDR in de internationale rechtspraak

5.1.1.1 Politiek glad ijs voor het IGH

206. Beslissingen of opinies van onafhankelijke beslissingsorganen kunnen een positieve rol spelen in de vraag naar het juridisch statuut van CBDR.⁵³³ Conflicten in het kader van milieuverdragen worden echter zelden voor een internationaal hof gebracht; de *Environmental Chamber* van het Internationaal Gerechtshof is dan ook opvallend inactief. Hoewel de meeste MEA's uitdrukkelijk deze mogelijkheid vermelden, doen staten liever beroep op de aan de MEA's verbonden inbreukprocedures. De aanwezigheid van CBDR werkt dit in feite in de hand. Ten eerste worden MEA's, in tegenstelling tot bijvoorbeeld handelsrelaties, gekenmerkt door een hogere niet-wederkerigheid. Ten tweede hanteren inbreukprocedures vaak een niet-confronterende aanpak waarbij onder meer financiële steun wordt geboden opdat de partij in kwestie alsnog haar plichten kan nakomen. De meeste nakomingsproblemen zijn immers te wijten aan capaciteitsproblemen eerder dan dat ze op te lossen vallen door het judicieel interpreteren van een verdragsbepaling.⁵³⁴

207. Ook wanneer een milieuzak eenmaal bij een internationaal hof aanhangig gemaakt is, krijgen principes geen prominente rol toebedeeld. Partijen blijken vooreerst spaarzaam in het inroepen van beginselen, dewelke slechts in beperkte mate tot de afdwinging van verdragsplichten kunnen leiden.⁵³⁵ Doen ze dit toch, dan nog zal het internationaal hof zich slechts in uitzonderlijke gevallen uitspreken over diens juridische status.⁵³⁶ BODANSKY meent dat kwesties zoals de betekenis of juridische status van CBDR te politiek geladen zijn om door een internationaal hof zoals het IGH te worden ingevuld. De gevolgen van dergelijke uitspraak zouden wellicht negatiever zijn dan het blijvend rechterlijk stilzwijgen: de reputatie van het hof en de niet afhoudende spanningen tussen de staten op dit punt zouden escaleren, met alle gevolgen van dien voor toekomstige onderhandelingen.⁵³⁷ Ook beknoptere vraagstukken in het licht van CBDR liggen mogelijk te gevoelig binnen de internationale gemeenschap.

⁵³³ D. Bodansky, "The Role of the International Court of Justice in Addressing Climate Change: Some Preliminary Reflections", *Arizona State Law Journal* 2017, nr. 49, 697.

⁵³⁴ Goeteyn en Maes, 2011, 823-825.

⁵³⁵ Zie ook: Yotova, 2017, 285.

⁵³⁶ Dupuy, 2007, 453; C. Redgewell, "Formality and Informality in the Dynamic Evolution of International Environmental Law Norms" in S. Besson en J. D'aspremont (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 2017, 955.

⁵³⁷ Bodansky, 2017, 708; Honkonen, 2009, 304.

Staten zullen tenslotte meer geneigd zijn normen te implementeren waartoe ze hebben onderhandeld, eerder dan deze die van buitenaf zijn opgelegd.⁵³⁸

208. Dit hoeft echter geen reden te zijn voor een complete afwezigheid van het IGH in het kader van CBDR. Het IGH zou bijvoorbeeld voorzichtig in een advies het belang van CBDR kunnen benadrukken.⁵³⁹ Dit zou al een impact hebben op de globale mentaliteit en derhalve toekomstige onderhandelingen beïnvloeden. Het blijft daarbij wel cruciaal dat de rechtspraak, althans in het licht van de huidige omstandigheden, slechts een complementaire en geen competitieve rol bij de onderhandelingen speelt.⁵⁴⁰

5.1.1.2 Een unicum: de garnalen/schildpadden zaak voor het WHO

209. De bekendste internationale milieuzak waarin CBDR figureerde, is de zogenaamde *Shrimp/Turtle case*. Op grond van haar Endangered Species Act onderwierpen de Verenigde Staten garnalenvangst, die dikwijls ten koste ging van beschermde zeeschildpadden, aan strengere voorwaarden, ongeacht of deze in eigen of in buitenlandse wateren plaatsvond. Enkele exportlanden, waaronder Maleisië, achtten deze voorwaarden strijdig met de GATT, op basis waarvan geen ongerechtvaardigde discriminatie mag plaatsvinden, en brachten de zaak rond de eeuwwisseling voor het geschillenbeslechtsmechanisme van de WHO.

De Panel maande de VS en Maleisië ten slotte aan *“to cooperate fully in order to conclude as soon as possible an agreement which will permit the protection and conservation of sea turtles to the satisfaction of all interests involved and taking into account the principle that States have common but differentiated responsibilities to conserve and protect the environment”*, hetgeen later herhaald werd door het beroepsorgaan.⁵⁴¹

Het is tot op heden de enige zaak waarin het geschillenbeslechtsmechanisme van de WHO verwijst naar CBDR.⁵⁴²

5.1.2 Opmars in de nationale rechtspraak: Urgenda

210. De dagvaarding van 20 november 2013, ten verzoeken van de Stichting Urgenda gericht aan de Staat der Nederlanden, leidde tot een van 's werelds bekendste klimaatzaken.⁵⁴³ Het is waarschijnlijk

⁵³⁸ Bodansky, 2017, 706-708.

⁵³⁹ Adviezen hebben verschillende voordelen: ze hebben een algemene draagwijdte zonder bindende kracht, alle staten kunnen hun stem laten horen en het kan kwesties algemeen adresseren en de specifieke uitwerking overlaten aan onderhandelingen. Bodansky, 2017, 711. Het tot op heden meest aangehaalde geval waarin het IGH het dichtst de idee van CBDR benaderde, was de aparte opinie van rechter Tanaka in de *South West Africa (second phase)* zaak van 1966 inzake Apartheid. Hierin zei hij over het gelijkheidsbeginsel, refererend aan Aristoteles, dat *“The principle is that what is equal is to be treated equally and what is different is to be treated differently, namely proportionately to the factual difference.”* Dit is *“not only permitted but required”*, al voegde hij er eveneens aan toe dat *“not every different treatment can be justified by the existence of differences, but only such as corresponds to the differences themselves, namely that which is called for by the idea of justice”*. IGH, 18 juli 1966, Ethiopië en Liberië/Zuid-Afrika, 305-306.

⁵⁴⁰ Bodansky, 2017, 708.

⁵⁴¹ WHO, Report of the Panel United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 by Malaysia, 6 november 1998, WT/DS58/RW, §7.2; WHO, Report of the Appellate Body United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, 22 oktober 2001, WT/DS58/AB/RW, §9.

⁵⁴² J. Gupta en N. Sanchez, “Elaborating the Common but Differentiated Responsibilities Principle in the WTO” in M-C. Cordonnier-Segger en C. G. Weeramantry (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals: 1992-2012*, Taylor & Francis, 2017, 435.

⁵⁴³ De Nederlandse Staat heeft evenwel beroep aangetekend tegen de beslissing.

de eerste keer dat een eisende partij duidelijk het principe van CBDR vermeldde als toepasselijk recht voor een nationale rechtbank.⁵⁴⁴ Urgenda verweet de Nederlandse Staat van slechts in beweging te willen komen wanneer ook de rest van de wereld dat doet en een internationale aanpak voor het probleem dus als prioritair te beschouwen. Het verwees naar de preambule en artikel 4(2) van het UNFCCC om aan te tonen dat emissiereducties daarentegen in eerste instantie een nationale verantwoordelijkheid zijn, waarbij Nederland als Annex I-land *nota bene* de leiding moet nemen.⁵⁴⁵ Ontwikkelde landen partij bij het UNFCCC, waaronder Nederland, hadden tenslotte destijds ingestemd het voortouw te nemen op vlak van mitigatie.⁵⁴⁶ Dat inspanningen vanwege Nederland slechts een peulenschil zijn op globaal niveau, zou geen excuus mogen zijn voor het stilzitten.

211. Het Tribunaal van Den Haag trad Urgenda hier in bij en zei dat *“De reductie van de emissie [...] daarmee zowel een gezamenlijke als een individuele verantwoordelijkheid van de partijen bij het VN Klimaatverdrag [betreft]”* en dat *“de enkele omstandigheid dat de Nederlandse uitstoot een gering aandeel betreft in de wereldwijde uitstoot, niet van invloed is op de door de Staat te betrachten zorgvuldigheid jegens derden. Ook hier neemt de rechtbank in aanmerking dat Nederland, met de andere Annex I-landen, juist met het oog op een billijke verdeling het voortouw heeft genomen bij het treffen van mitigatiemaatregelen en zich in dat opzicht tot een meer dan evenredige bijdrage aan de reductie heeft verplicht”*.⁵⁴⁷

212. Het Tribunaal in kwestie oordeelde bovendien dat de beleidsruimte van de Nederlandse Staat in het kader van haar grondwettelijke zorgplicht mede bepaald – of beter gezegd: beperkt – wordt door de doelstellingen en beginselen van het UNFCCC.⁵⁴⁸ Het Tribunaal verwees hierbij naar een eerdere paragraaf in de uitspraak die letterlijk artikel 3 UNFCCC, en dus ook CBDR, citeert.⁵⁴⁹ *“Het billijkheidsbeginsel brengt voorts tot uitdrukking dat ontwikkelde landen in de bestrijding van klimaatverandering en de nadelige gevolgen ervan het voortouw moeten nemen. De rechtvaardiging daarvan, zo wordt in de literatuur ook opgemerkt, ligt in de eerste plaats hierin dat de huidige ontwikkelde landen uit historisch perspectief de belangrijkste veroorzakers zijn van de huidige hoge broeikasgasconcentratie in de atmosfeer en dat zij daarvan, door het gebruik van fossiele brandstoffen, ook voordeel hebben gehad in de vorm van economische groei en welvaart. Hun welvaart brengt ook mee dat zij over de meeste middelen beschikken om maatregelen te nemen ter bestrijding van klimaatverandering”*.⁵⁵⁰ De rechtbank stoelde zich met andere woorden (onder meer) op CBDR om te concluderen dat het Nederlands klimaatbeleid voor 2020 niet voldeed aan de zorgplicht, in het licht van de verbintenis om als ontwikkeld land de leiding te nemen.⁵⁵¹

5.2 EEN GLOBAAL MILIEUPACT

5.2.1 De doelstellingen van het initiatief

213. Ten slotte dienen we stil te staan bij een belangrijke recente ontwikkeling. In juni 2017, 25 jaar na de Rio Verklaring, introduceerde de Franse overheid een ontwerp voor een Globaal Milieupact. Het Pact wil tegemoetkomen aan de toenemende fragmentatie in het internationaal milieurecht, en dit zowel op normatief als op institutioneel vlak. De MEA's die op heden bestaan – meer dan 500 –,

⁵⁴⁴ Ferreira, 2016, 335.

⁵⁴⁵ Dagvaarding Stichting Urgenda t. de Staat der Nederlanden, 20 november 2013, §§387 en 389.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, §§117, 181, 187, 190-191, 217, 329 en 347.

⁵⁴⁷ Arrest Stichting Urgenda v. de Staat der Nederlanden, 24 juni 2015, §4.79.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, §§4.55 en 4.76.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, §§2.38, 2.36, 2.39, 2.50 en 2.72.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, 24 juni 2015, §§2.38, 2.36, 2.39, 2.50, 2.72 en 4.57.

⁵⁵¹ Ferreira, 2016, 331.

getuigen van een *ad hoc* aanpak. Door een sectoroverkoepelende doelstelling te hebben, namelijk de bescherming van het *milieu sensu lato*, erkent het Pact dat in feite alle milieuproblemen met elkaar verweven zijn.

214. In het licht van de thesis zijn vooral de normatieve implicaties van het Pact belangrijk. Meer precies wil dit initiatief de “de grootste algemene principes van internationaal recht” in één bindende tekst clusteren. De Stockholm en Rio Verklaringen gingen het Globaal Milieupact vooraf, maar zijn slechts *soft law* – met alle gevolgen van dien voor de erin vervatte principes.⁵⁵² Door principes ditmaal een plaats te geven in een verdrag, beogen de initiatiefnemers diens normatieve kracht over te laten gaan op de principes.⁵⁵³ Het Pact zou zo, met een derde generatie rechten inzake milieubescherming, het rijtje vervoegen van twee eerdere raamwerken van fundamentele normen, namelijk het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.⁵⁵⁴

215. Het initiatief beoogt gevolgen teweeg te brengen op zowel nationaal als internationaal niveau. Het witboek verwijst naar het Franse *Charte de l’Environnement*, dat sinds diens inwerkingtreding in 2004 een merkbare impact heeft op de bereidheid van Franse rechters om ecologische principes te betrekken in rechtszaken.⁵⁵⁵ Met het Globaal Milieupact wil men ook op internationaal niveau de rechtspraak inspireren. Daarnaast zal het ook op nationaal vlak consequenties hebben, gezien burgers – afhankelijk van het monistisch dan wel dualistisch stelsel van hun land – zich op de principes van het Pact kunnen beroepen voor de nationale rechter.

Eenzelfde impact op beide niveaus wil het Pact ook bereiken op vlak van regelgeving. Het Pact zou de meest erkende principes in hun meest gebruikte formuleringen consacreran.⁵⁵⁶ Dit zou niet enkel een startpunt vormen bij het creëren van nationale wetgeving of het onderhandelen van nieuwe MEA’s. *De facto* zullen vanaf dan ook de manieren waarop deze principes reeds vervat waren in bestaande MEA’s, beschouwd worden als sector specifieke emanaties van de principes in het Pact. Het Pact wil hiermee de coherentie tussen, en per gevolg de versterking van, de sectorale bescherming stimuleren.⁵⁵⁷

5.2.2 Een hoofdrol voor CBDR

216. Het voorontwerp hecht veel belang aan CBDR. De opbouw van paragraaf 7 van de preambule doet denken aan principe 7 van de Rio Verklaring, maar bevat CBDR zoals deze door het Akkoord van Parijs werd geïntroduceerd:

“Acknowledging that the global nature of threats to the Earth’s community of life requires that all States cooperate as closely as possible and participate in an international, effective and appropriate action according to their common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in light of their different national circumstances”.

Het principe wordt vervolgens “verhard” in artikel 20, “Diversity of national situations”:

“The special situation and needs of developing countries, particularly the least developed and those most environmentally vulnerable, shall be given special attention.

⁵⁵² “Toward a Global Pact for the Environment”, White Paper, 9, <http://pactenvironment.emediaweb.fr/wp-content/uploads/2017/07/White-paper-Global-Pact-for-the-environment.pdf>.

⁵⁵³ *Ibid.*, 17.

⁵⁵⁴ <http://pactenvironment.org/aboutpactenvironment/les-raisons-du-pacte/>.

⁵⁵⁵ “Toward a Global Pact for the Environment”, White Paper, 35.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, 38.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, 26-27.

Account shall be taken, where appropriate, of the Parties' common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in light of different national circumstances."

217. Op 10 mei 2018 nam de Algemene Vergadering van de VN de resolutie *"Towards a Global Pact for the Environment"* aan, met 143 stemmen voor en slechts zes stemmen tegen en zes onthoudingen.⁵⁵⁸ De resolutie is voorzichtiger dan het ontwerp en *"Decides to establish an ad hoc open-ended working group (...) to (...) discuss possible options to address possible gaps in international environmental law and environment-related instruments, as appropriate, and, if deemed necessary, the scope, parameters and feasibility of an international instrument, with a view to making recommendations, which may include the convening of an intergovernmental conference to adopt an international instrument, to the Assembly during the first half of 2019."*⁵⁵⁹

Bovendien, hoewel de website van het initiatief expliciet spreekt van algemene beginselen van internationaal milieurecht, vermeldt het voorontwerp van het Pact enkel *"principles that will inspire and guide the efforts of all to protect and preserve the environment"*. De recent aangenomen resolutie spreekt zich hier zelfs niet over uit, al herbevestigt het in paragraaf 5 de principes van de Rio Verklaring – en dus uiteraard ook CBDR.

218. De zes landen die tegen stemden, deden dit om uiteenlopende redenen. Zo verklaarde M. Simonoff, vertegenwoordiger van de Verenigde Staten, dat *"Member States have not been able to consider how such a proposal would contribute to the existing environmental regime"*. M. A. A. Ponce, vertegenwoordigster van de Filippijnen, verklaarde dan weer dat *"New solutions must be based on common but differentiated responsibilities and not on the formulation of another consolidated environment-related agreement with the potential of renegotiating already agreed principles and solutions."* De Verenigde Staten vrezen dus voor een versterking van, onder meer, CBDR, terwijl de Filippijnen net een verzwakking van dit principe willen vermijden. De vertegenwoordigers van de landen die tegen stemden meenden dat er al genoeg akkoorden zijn en dat de focus moet liggen op een betere implementatie en verduidelijking daarvan.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ Stemden tegen: Iran, de Filippijnen, de Russische Federatie, Syrië, Turkije en de Verenigde Staten. Onthielden zich: Wit-Rusland, Maleisië, Nicaragua, Nigeria, Saudi-Arabië en Tadzjikistan

⁵⁵⁹ Resolutie *"Towards a Global Pact for the Environment"*, UN Doc. A/72/L.51, 2018, §17.

⁵⁶⁰ *"UNGA Resolution moves ahead France proposal for a Global Pact for the Environment"*, 15 mei 2018, *Earth Charter Initiative*, <http://earthcharter.org/news-post/france-introduces-draft-global-pact-environment/>.

6 CONCLUSIE

219. De doelstellingen van het initiatief om een Globaal Milieupact te sluiten, zoals uiteengezet in het Witboek, liggen op meerdere punten in lijn met wat deze thesis betoogt. Het Witboek stelde de opname van principes in hun meest gangbare formulering voorop, zodanig dat emanaties ervan in eerdere MEA's als regime-specifieke veruitwendigingen van de principes beschouwd zullen worden. De initiatiefnemers beseften dat CBDR niet altijd op dezelfde factoren steunt en opteeden dan ook om in het ontwerp van "*common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in light of different national circumstances*" te spreken. Het Witboek vermeldt erbij dat "*It thus implies a differentiation of States according to their historical or current contribution to a specific environmental harm, their technical and financial capacities or their specific needs or interests.*" Gezien het voorlopig enkel in een recent klimaatverdrag voorkomt, is dit misschien niet CBDR's meest gangbare formulering, maar het kan wel als een *passe-partout* beschouwd worden voor meerdere milieusectoren.

220. Vertrekkend vanuit de hypothese dat het Pact wordt aangenomen en dat het artikel 20, zoals vervat in het ontwerp, overneemt, worden bovendien belangrijke stappen gezet voor CBDR op juridisch vlak. Het principe zou voortaan in het internationaal milieurecht een stevige normatieve kracht onttrekken aan dit sector-overschrijdend verdrag. Voor ontwikkelingslanden biedt dit bijvoorbeeld ongelofelijke perspectieven in milieusectoren waar CBDR vooralsnog weinig ontwikkeld is. Waarschijnlijk is het Globaal Milieupact de snelste, en misschien zelfs de enige, manier voor CBDR om dit resultaat te bekomen. Zoals uit de besprekingen in deze thesis reeds bleek, is het immers weinig waarschijnlijk dat CBDR in de nabije toekomst als internationaal gewoonterecht of als een algemeen rechtsbeginsel in de zin van artikel 38(1)(c) IGH Statuut gekwalificeerd zal worden. Voor een rechtstak zoals het internationaal milieurecht, waar veel problemen zo snel mogelijk geadresseerd dienen te worden, is het wachten op een antwoord op deze vraag weinig efficiënt. Indien het Globaal Milieupact bovendien mag rekenen op een universele ratificatie, stelt zich de vraag of het onderzoek naar de status van CBDR onder de voormelde rechtsbronnen überhaupt nog nodig is.

221. Deze ambitieuze plannen even buiten beschouwing latend, moet evenwel vastgesteld worden dat CBDR op heden nog geen algemeen beginsel van internationaal milieurecht vormt. Het lijkt niet aan de criteria van internationaal gewoonterecht te voldoen en een kwalificatie in het licht van algemene rechtsbeginselen is, gezien de aanhoudende onduidelijkheden rond deze rechtsbron, voorbarig. Om het met een nuchtere blik te zeggen: "*Little is gained by giving a principle a normative value that it has not yet achieved; States are unlikely to obey it as they would rightly feel that it has been imposed upon them against their will – an anathema in an international community made up of sovereign States.*"⁵⁶¹

222. Uit de analyses van het principe in deze thesis blijkt anderzijds dat CBDR wel enige normatieve kracht bezit, in die mate dat het op de normatieve ladder tussen *soft law* en *hard law* wordt geplaatst. Dit draagt ertoe bij dat we kunnen besluiten dat CBDR momenteel kan gekwalificeerd worden als een *opkomend* principe van internationaal milieurecht.⁵⁶²

⁵⁶¹ French, 2006, 7.

⁵⁶² Harris, 1999, 28; Weisslitz, 2002, 476; Winter, 2008, 34; Hey, 2011, §18. Lang beschouwt het daarentegen slechts als een potentieel principe van internationaal milieurecht: Lang, 1999, 171.

Sommige auteurs bestempelen CBDR als een opkomend algemeen principe van internationaal recht.⁵⁶³ Het principe zou zich inderdaad in theorie kunnen lenen tot toepassingen in andere takken van het internationaal recht, zoals studies naar CBDR in het migratierecht⁵⁶⁴ en het ruimterecht⁵⁶⁵ doen blijken, maar voorlopig moet besloten worden dat CBDR eigen is aan de rechtstak van het internationaal milieurecht.

223. Binnen deze rechtstak heeft CBDR, ondanks uitblijvende kwalificatie als rechtsbeginsel, een onmiskenbare impact.⁵⁶⁶ Doordat CBDR normatieve waarde bezit als principe, vervult het reeds verschillende functies waarvoor niet per se normatieve kracht vereist is.⁵⁶⁷ Zo heeft het een cruciale rol als gidsend en balancerend principe dat ernaar streeft te verzekeren dat internationale actie wordt ondernomen zonder dat sommige partijen een excessief zware last moeten dragen.⁵⁶⁸ Het flexibel karakter van CBDR laat ruimte voor regimespecifieke invullingen en kan omgebogen worden tot uiteenlopende toepassingen, maar het principe leent zich andersom ook tot interpretatiemiddel in de gevallen waar andere verdragsbepalingen onduidelijkheden vertonen.⁵⁶⁹ Het bevordert hierbij zowel substantieve gelijkheid en samenwerking als een betere implementatie van MEA's en duurzame ontwikkeling.⁵⁷⁰ CBDR verzoent de nood van ontwikkelingslanden om zich vandaag economisch te ontplooien met het uitwerken van antwoorden op de milieuproblemen van morgen.

CBDR heeft dus nog enige weg af te leggen naar een erkenning als algemeen principe van internationaal milieurecht, maar door de diverse tussenstops die het tot nu toe in verschillende MEA's heeft gemaakt, kan het principe niet meer weggedacht worden uit het internationaal milieurecht. Ongeacht diens juridische status, zou het terzijde laten van CBDR de effectiviteit en legitimiteit van elk multilateraal milieuregime verzwakken.⁵⁷¹ De obstakels die het pad van CBDR voorlopig kruisen, kunnen het principe alleen maar versterken naar de toekomst toe.

⁵⁶³ A. Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, nr. 4, 908; C. Joyner, "Common but Differentiated Responsibility: Remarks", *American Society International Law Proceedings* 2002, vol. 96, 358.

⁵⁶⁴ J. C. Hathaway, A Global Solution to a Global Refugee Crisis, *European Papers* 2016, vol. 1, nr. 1, 93-99.

⁵⁶⁵ P. De Man en W. Munters, "Reciprocal Limits to the Freedom to Use Outer Space by All States: Common but Differentiated Responsibilities?", *Air and Space Law* 2018, vol. 43, nr. 1, 21-51.

⁵⁶⁶ Lowe, 1999, 30; Lavallée, 2014, 150; Bodanksy, 1995, 107.

⁵⁶⁷ Beyerlin, 2007, 447.

⁵⁶⁸ Honkonen, 2009, 337.

⁵⁶⁹ Rajamani, 2000, 124.

⁵⁷⁰ P. Cullet, "Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm of Inter-state Relations", *EJIL* 1999, vol. 10, nr. 3, 552.

⁵⁷¹ Matsui, 2002, 167.

Bibliografie

Verdragen

Charter of the United Nations, 26 juni 1945.

General Agreement on Tariffs and Trade, 30 oktober 1947.

- Protocol amending the General Agreement of Tariffs and Trade to Introduce a Part IV on Trade and Development, 8 februari 1965.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 mei 1969, *UNTS vol.* 1155, 354.

The Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization, 15 april 1994, *UNTS vol.* 1867, 3.

- Protocol Amending The Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organization, 27 november 2014.

Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer, 22 maart 1985, *UNTS vol.* 1513, 293.

- Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 16 september 1987, *UNTS vol.* 1522, 3
 - London Amendment to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 29 juni 1990.
 - Kigali Amendment to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 14 oktober 2016.

United Nations Framework Convention on Climate Change, 9 mei 1992, *UNTS vol.* 1771, 107.

- Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 11 december 1997, *UNTS vol.* 2303, 162.
- Paris Agreement, 12 december 2015.

Convention on Biological Diversity, 5 juni 1992, *UNTS vol.* 1760, 79.

- Cartagena Protocol on Biosafety, 29 januari 2000, *UNTS vol.* 2226, 208.
- Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, 29 oktober 2010.

United Nations Convention to Combat Desertification in Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 17 juni 1994, *UNTS vol.* 1954, 3.

The Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants, 22 mei 2001, *UNTS vol.* 2256, 119.

Minamata Convention on Mercury, 10 oktober 2013.

Nationale wetgeving en resoluties

US Senate Resolution 98 (“Byrd-Hagel Act”), 105th Cong., 143 Cong. Rec., S8138-39, 1997.

Rechtspraak

Internationaal

Internationaal Gerechtshof

Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Eilanden t. Verenigd Koninkrijk), *ICJ Reports* 2016, 833.

Jurisdictional Immunities of the State (Duitsland t. Italië; Interventie van Griekenland), *ICJ Reports* 2012, 99.

Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentinië t. Uruguay), *ICJ Reports* 2010, 14.

Gabčíkovo-Nagymaros Project case (Hongarije t. Slowakije), *ICJ Reports* 1997, 7.

Continental Shelf case (Libië t. Malta), *ICJ Reports* 1985, 13.

Case concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua t. Verenigde Staten), *ICJ Reports* 1986, 14.

North Sea Continental Shelf case (Federale Republiek Duitsland t. Denemarken; Federale Republiek Duitsland t. Nederland), *ICJ Reports* 1969, 3.

South West Africa case, Second Phase (Ethiopië t. Zuid-Afrika; Liberia t. Zuid-Afrika), *ICJ Reports* 1966, 6.

Permanent Internationaal Gerechtshof

Minority Schools in Albania, 1935 *PCIJ series A/B*, nr. 64.

Wereldhandelsorganisatie

WHO, Report of the Appellate Body United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, 22 oktober 2001, WT/DS58/AB/RW.

WHO, Report of the Panel United States – Import Prohibition Of Certain Shrimp And Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 by Malaysia, 6 november 1998, WT/DS58/RW.

Nationaal

Arresten

Thomson v. Minister for Climate Change Issues, Wellington High Court (Nieuw Zeeland), 2 november 2017, NZHC 733.

Uitspraak Stichting Urgenda v. de Staat der Nederlanden, Rechtbank van Den Haag (Nederland), 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

Dagvaardingen

Dagvaarding Mataatua District Maori Council v. New Zealand, 4 juli 2017, WAI 2607, http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2017/20170704_WAI-2607_application-1.pdf.

Dagvaarding Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Bundesrat, 25 oktober 2016, https://klimaseniorinnen.ch/wp-content/uploads/2017/05/request_KlimaSeniorinnen.pdf.

Dagvaarding VZW Klimaatzaak v. de Federale Overheid het Koninkrijk België, het Waals Gewest, het Vlaams Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, 1 juni 2015, www.klimaatzaak.eu/documents/dagvaarding_nl.pdf.

Dagvaarding Stichting Urgenda v. de Staat der Nederlanden, 20 november 2013, www.urgenda.nl/documents/DagvaardingKlimaatzaak19-11-13.pdf.

Soft law documenten

Vorbereidende documenten en COP/MOP Beslissingen

Weens Ozoneverdrag en Montreal Protocol

Report of the Combined Eleventh Meeting of the Conference of the Parties to the Vienna Convention for the Protection of the Ozone Layer and the Twenty-Ninth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2017, Montreal, UN Doc. UNEP/OzL.Conv.11/7-UNEP/OzL.Pro.29/8.

Report of the Twenty-Eighth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2016, Kigali, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.28/CRP/10.

Report of the Third Extraordinary Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer: high-level meeting, 2016, Vienna, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.ExMOP.3/7.

Report of the Nineteenth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 2007, Montreal, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.19/7.

Report of the Tenth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1998, Cairo, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.10/9.

Report of the Fourth Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1992, Copenhagen, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.4/15.

Report of the Second Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1990, London, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.2/3.

Report of the First Meeting of the Parties to the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1989, Helsinki, UN Doc. UNEP/OzL.Pro.1/5.

UNFCCC, Kyoto Protocol en Akkoord van Parijs

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Twenty-first session, 2015, Paris, UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

Report of the Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action on the twelfth part of its second session, 2015, Paris, UN Doc. FCCC/ADP/2015/L.6.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Twentieth session, 2014, Lima, UN Doc. FCCC/CP/2014/10/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Eighteenth Session, 2012, Doha, UN Doc. FCCC/CP/2012/8/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Seventeenth Session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Seventeenth Session, 2011, Durban, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Sixteenth Session, 2010, Cancun, UN Doc. FCCC/CP/2010/7/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Fifteenth Session, 2009, Copenhagen, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Thirteenth Session, 2007, Bali, UN Doc. FCCC/CP/2007/6/Add.1.

Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its third session, 2007, Bali, UN Doc. FCCC/KP/CMP/2007/9/Add.1.

Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto Protocol on its First Session, 2005, Montreal, UN Doc. FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Third Session, 1997, Kyoto, UN Doc. FCCC/CP/1997/7/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its Second Session, 1996, Geneva, UN Doc. FCCC/CP/1996/15/Add.1.

Report of the Conference of the Parties to the United Nations Framework on Climate Change on its First Session, 1995, Berlin, UN Doc. FCCC/CP/1995/7/Add.1.

Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Framework Convention on Climate change on the Work of its First Session, 1991, Washington, UN Doc. A/AC.237/6.

CBD, Cartagena Protocol en Nagoya Protocol

Report of the Sixth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 2002, The Hague, UN Doc. UNEP/CBD/COP/6/20.

Report of the Third Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 1996, Buenos Aires, UN Doc. UNEP/CBD/COP/3/38.

Report of the First Meeting of the Open-Ended Ad Hoc Working Group on Biosafety, 1996, Aarhus, UN Doc. UNEP/CBD/BSWG/1/4.

Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, 1994, Nassau, UN Doc. UNEP/CBD/COP/1/1.

Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Convention on Biological Diversity on the Work of its Fifth Session, 1991, Geneva, UN Doc. UNEP/Bio.Div/N5-INC.3/4.

Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for a Convention on Biological Diversity on the Work of its Second Session, 1991, Nairobi, UN Doc. UNEP/Bio.Div/N4-INC.2/5.

UNCCD

Dec. 6/COP.7, Report of the Conference of the Parties on its Seventh Session, 2005, Nairobi, UN Doc. ICCD/COP7/16/Add.1.

Report of the Intergovernmental Negotiating Committee to elaborate a Convention to Combat Desertification in those Countries experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa on the work of its Second Session, 1993, Nairobi, UN Doc. A/AC.241/12.

POP Conventie

Dec. SC-8/1, Report of the Conference of the Parties to the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants on the Work of its Eighth Meeting, 2017, Genève, UN Doc. UNEP/POPS/COP.8/32.

Report of the Intergovernmental Negotiating Committee for an International Legally Binding Instrument for Implementing International Action on Certain Persistent Organic Pollutants on the Work of its Second Session, 1999, Nairobi, UN Doc. UNEP/POPS/INC.2/6.

Documenten gerelateerd aan de GEF en het MPMF

Report on the Seventh Replenishment of the GEF Trust Fund, 2018, GEF/A.6/05/Rev.01.

Report of the Eighteenth Meeting of the Executive Committee of the Multilateral Fund for the Implementation of the Montreal Protocol, 2017, Montreal, UNEP/OzL.Pro/ExCom/80/59.

Outstanding Issues Related To The Nagoya Protocol Implementation Fund, 2011, GEF/C.40/11/Rev.1.

Operational Guidelines For The Application Of The Incremental Cost Principle, 2007, GEF/C.31/12

Resoluties, verklaringen en rapporten

UNGA Resolution Towards a Global Pact for the Environment, 10 mei 2018, UN Doc. A/72/L.51.

ILC, Report of the International Law Commission of its Sixty-ninth Session, 2017, UN Doc. A/72/10.

UNGA Resolution Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 september 2015, UN Doc. A/RES/70/1.

ILA, Declaration of Legal Principles relating to Climate Change, 2014, Washington, Res. 2/2014.

UNGA Resolution The Future We Want, 27 juli 2012, UN Doc. A/RES/66/288.

ILA, Sofia Guiding Statements on the Judicial Elaboration of the 2002 New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2012, Sofia.

ILA, New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 2002, New Delhi, Res. 3/2002.

Declaration on Environment and Development, 14 juni 1992, Rio de Janeiro, UN Doc. A/CONF.151/5/Rev.1 (Vol. I).

Report Of The United Nations Conference On Environment And Development, 1992, Rio de Janeiro, UN Doc. A/CONF.151/26 (Vol. IV).

Beijing Ministerial Declaration on Environment and Development, 19 juni 1991.

UNGA Resolution UN Conference on Environment and Development, 22 december 1989, UN Doc. A/RES/44/228.

The Noordwijk Declaration on Climate Change, 7 november 1989.

The Hague Declaration on the Environment, 11 maart 1989.

UNGA Resolution Development of International Economic Cooperation, 16 september 1975, UN Doc. A/RES/S-7/3362.

UNGA Resolution Charter of Economic Rights and Duties of States, 12 december 1974, UN Doc. A/RES/29/3281.

Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, 16 juni 1972, Stockholm, UN Doc. A/CONF/48/14/Rev.1.

Rechtsleer

Boeken

Barral, V., "Sustainable development and equity in biodiversity conservation" in Morgera, E. en Razzaque, J. (eds.), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, 59-69.

Besson, S. en Pichonnaz, P. (eds.), *Les principes en droit européen - Principles in European Law*, Schulthess, 2011, 391 p.

Beyerlin, U. en Marauhn, T., *International Environmental Law*, Bloomsbury Publishing, 2011, 484 p.

Beyerlin, U., "Different Types Of Norms In International Environmental Law Policies, Principles, And Rules" in Bodansky, D., Brunnée, J. en Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 425-448.

Bilderbeek, S., *Biodiversity and International Law: The Effectiveness of International Environmental Law*, IOS Press, 1992, v + 213 p.

Birnie, P., Boyle, A. en Redgwell, C., *International Law & the Environment (third edition)*, Oxford University Press, 2009, xxxvi + 851 p.

Boer, B., "Land Degradation as a Common Concern of Human Kind", in Lenzerini, F. en Vrdoljak, A. F. (eds.), *International Law for Common Goods: Normative Perspectives on Human Rights, Culture and Nature*, Bloomsbury Publishing, 2014, 289-307.

Bonafé, B. I. en Palchetti, P., "Relying on general principles in international law" in Brölmann, C. en Radi, Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, 160-178.

Bossuyt, M. en Wouters, J., *Grondlijnen van Internationaal Recht*, Intersentia, 2005, xxv + 1086 p.

Boyle, A., "The Rio Convention on Biological Diversity" in Bowman, M. en Redgwell, C. (eds.), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, Kluwer Law International, 1996, 33-50.

Brölmann, C. en Radi, Y. (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Edward Elgar Publishing Limited, 2016, xvii + 484 p.

Brown Weiss, E., "Intergenerational Equity" in Wolrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (V)*, 2011, 287-294 (geconsulteerd via <http://opil.ouplaw.com>).

Brunnée, J., "Sources of International Environmental Law: Interactional Law" in Besson, S. en D'Aspremont, J. (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 2017, 960-986.

Brunnée, J. en Toop, S. J., *Legitimacy and Legality in International Law. An Interactional Account*, Cambridge University Press, 2010, xviii + 415 p.

Buck, M., Morgera, E. en Tsioumani, E. (eds.), *Unraveling the Nagoya Protocol : a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing*, Brill, 2014, xxvi + 411 p.

Cameron, J. en O'riordan, T. (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, 1994, 315 p.

- Carazo, M. P., en Klein, D., "Implications for Public International Law: Initial Considerations" in D. Klein, M. P. Carazo, M. Doelle, J. Bulmer en A. Higham (eds.), *The Paris Climate Agreement: Analysis and Commentary*, Oxford University Press, 2017, 389-412.
- Cheng, B. en Schwarzenberger, G., *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Stevens, 1953, li + 490 p.
- Clapham, A., *Brierly's Law of Nations: an introduction to the role of international law in international relations (seventh edition)*, Oxford University Press, 2012, li + 518 p.
- Cliquet, A., *Internationaal en Europees recht inzake biodiversiteit*, Academia Press, 2013, xii + 233 p.
- Cordonnier-Segger, M-C., "Sustainable development in international law" in H. C. Bugge en C. Voigt (eds.), *Sustainable Development in International and National Law*, Europa Law Publishing, 2008, 78-202.
- Cullet, P., "Common but Differentiated Responsibilities", in Fitzmaurice, M., Ong, D. M. en Merkouris, P. (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, 2010, Cheltenham, Edward Elgar, 161-181.
- Cullet, P., *Differential Treatment in International Environmental Law*, Ashgate, 2003, x + 213 p.
- De Sadeleer, N., *Environmental Principles. From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2002, xlviii + 433 p.
- Dinah, S., "Equity" in Bodansky, D., Brunnée, J. en Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 639-662.
- Dupuy, P-M., "Customary Law and General Principles" in Bodansky, D., Brunnée, J. en Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 449-466.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, xv + 371 p.
- Falloux, F., Tressler S., en Mayrand, K., "The Global Mechanism and UNCD Financing: Constraints and Opportunities", in Johnson, P-M., Mayrand, K. en Paquin, M. (eds.), *Governing Global Desertification: Linking Environmental Degradation, Poverty and Participation*, Ashgate Publishing, 2006, 131-144.
- Faure, M. en Lefevere, J., "Compliance with Global Environmental Policy: Climate Change and Ozone Layer Cases", in Axelrod, S. R. en Vandever, S. D. (eds.), *The Global Environment: Institutions, Law and Policy*, CQ Press, 2015, 138-156.
- Freestone, D. en Hey, E. (eds.), *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, Kluwer Law International, 1996, xv + 274 p.
- Goeteyn, N. en Maes, F., "De Global Environment Facility (GEF)" in Ryngaert, C. (ed.), *De fondsen en programma's van de Verenigde Naties*, Acco, 2012, 119-125.
- Gourgourinis, A., "CBDR in transnational climate change governance and the WTO" in P. Delimatsis (ed.), *Research Handbook on Climate Change and Trade Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, 31-48.
- Gupta, J. en Sanchez, N., "Elaborating the Common but Differentiated Responsibilities Principle in the WTO" in Cordonnier-Segger, M-C. en Weeramantry C. G. (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals: 1992-2012*, Taylor & Francis, 2017, 425-440.
- Halvorssen, A., *Equality Among Unequals in International Environmental Law. Differential Treatment for Developing Countries*, Westview Press, 1999, 200 p.

- Hamrouni, M., *Les Responsabilités Communes mais Différenciées: Contribution à l'Étude de la Structuration d'un Principe Général du Droit International de l'Environnement*, Pedone, 2018, viii + 422 p (binnenkort te verschijnen).
- Hey, E., "Common but Differentiated Responsibilities" in Wolfrum, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (II)*, 2012, 444-448 (geconsulteerd via <http://opil.ouplaw.com>).
- Hollo, E. J., Kulovesi, K. en Mehling, M. (eds.), *Climate Change and the Law*, Springer, 2012, xxi + 693 p.
- Honkonen, T., *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements: Regulatory and Policy Aspects*, Kluwer Law International, 2009, xv + 410 p.
- Kellersmann, B., *Die Gemeinsame, aber Differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der Globalen Umwelt*, Springer, 2000, xii + 380 p.
- Lang, W., "UN-Principles and International Environmental Law" in Frowein, J. A. en Wolfrum, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law (Volume 3)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 157-172.
- Lepard, B., *Customary International Law. A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, 2010, xx + 419 p.
- Lowe, V., "Sustainable Development and Unsustainable Arguments" in Boyle, A. and Freestone, D. (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford University Press, 1999, 19-38.
- Maljean-Dubois, S., "The Making of International Law Challenging Environmental Protection" in Kerbrat, Y. en Maljean-Dubois, S. (eds.), *The transformation of international environmental law*, A. Pedone & Hart, 2011, 25-54.
- Matz, N., "Environmental Financing: Function and Coherence of Financial Mechanisms in International Environmental Agreements" in Frowein, J. A. en Wolfrum, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law: volume 6*, Kluwer Law International, 2002, 473-534.
- Pavoni, R. en Piselli, D., "Access to Genetic Resources and and Benefit Sharing" in Morgera, E. en Razzaque, J. (eds.), *Biodiversity and Nature Protection Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, 237-250.
- Perron-Welch, F., "Socioeconomics, Biosafety and Sustainable Development" in Cordonnier-Segger, M-C., Perron-Welch, F. en Frison, C. (eds.), *Legal Aspects of Implementing the Cartagena Protocol on Biosafety*, Cambridge University Press, 2013, 147-162.
- Rajamani, L., *Differential treatment in international environmental law*, Oxford University Press, 2006, xx + 281 p.
- Redgewell, C., "Formality and Informality in the Dynamic Evolution of International Environmental Law Norms" in Besson, S. en d'Aspremont, J. (eds.), *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, 2017, 939-959.
- Rowlands, I., "Atmosphere and Outer space" in Bodansky, D., Brunnée, J. en Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 315-336.
- Sands, P. en Peel, J., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2018, lxxv + 941 p.

Sands, P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, 2003, cxxx + 1116 p.

Sands, P., *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards and Implementation*, Manchester University Press, 1994, lxx + 733 p.

Sand, P. H., "Carrots Without Sticks? New Financial Mechanisms for Global Environmental Agreements" in Frowein, J. A. en Wolfrum, R. (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law (Volume 3)*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, 363-389.

Van Hoof, G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer, 1983, xiv + 323 p.

Verschuuren, J., *Principles of Environmental Law. The Ideal of Sustainable Development and the Role of Principles of International, European, and National Environmental Law*, Nomos, 2003, 165 p.

Villiger, M., *Customary International Law and Treaties: a Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, 1997, xxiv + 346 p.

Voigt, C., *Sustainable Development as a Principle of International Law. Resolving Conflicts between Climate Measures and WTO Law*, Martinus Nijhoff, 2009, xxiv + 428 p.

Winter, G., "A Fundament and Two Pillars; the Concept of Sustainable Development 20 Years after the Brundtland Report" in Bugge, H. C., en Voigt, C. (eds.), *Sustainable Development in International and National Law*, Europa Law Publishing, 2008, 25-48.

Wirth, D. A., "Hazardous Substances and Activities" in Bodansky, D., Brunnee, J. en Hey, E. (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, 394-424.

Wolfke, K., *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff, 1993, xxi + 192 p.

World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford University Press, 1987, 383 p.

Yamineva, Y. en Kulovesi, K., "The New Frame for Climate Finance under the United Nations Framework on Climate Change" in Hollo, E. J., Kulovesi, K. en Mehling, M. (eds.), *Climate Change and the Law*, Springer, 2012, 191-224.

Yoshida, O., *The International Legal Regime of the Stratospheric Ozone Layer*, Kluwer Law International, 2001, xxv + 403 p.

Young, O. R., "Environmental Ethics in International Society" in Coicaud, J-M. en Warner, D. (eds.), *Ethics and International Affairs: Extent and Limits*, United Nations University Press, 2001, 161-193.

Tijdschriften

Arbour, J-M., "Normativité du Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées", *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 33-82.

Bartenstein, K., "L'Opérationnalisation du Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées Repensée : Plaidoyer pour une Démarche Ancrée dans l'Équité", *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 113-137.

Bartenstein, K., "De Stockholm à Copenhague: Genèse et Évolution des Responsabilités Communes mais Différenciées dans le Droit International de l'Environnement", *McGill Law Journal* 2010, vol. 56, nr. 1, 177-228.

Batruch, C., "Hot Air as Precedent for Developing Countries? Equity Considerations.", *UCLA Journal of Environmental Law and Policy* 1999, vol. 17, nr. 1, 45-66.

Beyerlin, U., "Bridging the North-South Divide in International Environmental Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2006, vol. 66, 259-296.

Biddulph, M. en Newman, D., "A Contextualised Account of General Principles of International Law", *Pace International Law Review* 2014, vol. 26, nr. 2, 286-344.

Biniat, S., "Common but Differentiated Responsibilities: Remarks", *American Society International Law Proceedings* 2002, vol. 96, 359-362.

Bodansky, D., "The Role of the International Court of Justice in Addressing Climate Change: Some Preliminary Reflections", *Arizona State Law Journal* 2017, vol. 49, 689-712.

Bodansky, D., "The Paris Climate Change Agreement: A New Hope?", *American Journal of International Law* 2016, vol. 110, nr. 2, 288-319.

Bodansky, D., "The Copenhagen Climate Change Conference : A Post-mortem", *American Journal of International Law* 2010, vol. 104, nr. 2, 230-240.

Bodansky, D., "Customary (and not so Customary) International Environmental Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1995, vol. 3, nr. 1, 105-119.

Bodansky, "The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary", *Yale Journal of International Law* 1993, vol. 18, nr. 2, 453-454.

Boisson De Chazournes, L. en Mbengue, M. M., "Mécanismes financiers internationaux - Fonds pour l'environnement mondial (FEM)", *Jurisclasseur Environnement* 2013, 1-25.

Boyle, A., "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", *International and Comparative Law Quarterly* 1999, vol. 48, nr. 4, 901-913.

Bufundo, N. E., "Compliance with the Ozone Treaty: Weak States and the Principle of Common but Differentiated Responsibility", *American University International Law Review* 2006, vol. 21, nr. 3, 461-496.

Cullet, P., "Differential Treatment in Environmental Law : Addressing Critiques and Conceptualizing the Next Steps", *Transnational Environmental Law* 2016, vol. 5, nr. 2, 305-328.

Cullet, P., "Equity and Flexibility in the Climate Change Regime: Conceptual and Practical Issues", *Review of European Community and International Environmental Law* 1999, vol. 8, nr. 2, 168-179.

Cullet, P., "Differential Treatment in International Law: Towards a New Paradigm of Inter-state Relations", *EJIL* 1999, vol. 10, nr. 3, 549-582.

Deleuil, T., "Le principe des responsabilités communes mais différenciées dans la Convention «POP»", *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 265-287.

Deleuil, T., "The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties", *RECIEL* 2012, vol. 21, nr. 3, 271-281.

Desombre, E., "The Experience of the Montreal Protocol: Particularly Remarkable, and Remarkably Particular", *UCLA Journal of Environmental Law and Policy* 2000, vol. 19, nr. 1, 49-82.

Doelle, M., "The Paris Agreement: Historic Breakthrough or High Stakes Experiment", *Climate Law* 2016, vol. 6, nrs. 1-2, 1-10.

Drumbl, M., "Poverty, Wealth, and Obligation in International Environmental Law", *Tulane Law Review* 2002, vol. 76, nr. 4, 843-960.

Ferreira, P. G., 'Common But Differentiated Responsibilities' in the National Courts: Lessons from *Urgenda v. The Netherlands*, *Transnational Environmental Law* 2016, vol. 5, nr. 2, 329-251.

French, D., "Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities", *International and Comparative Law Quarterly* 2000, vol. 49, nr. 1, 35-60.

Getu, M., "Accommodating the Interests of Developing Countries in the Climate Change Regime: Lessons from the Ozone Layer Regime", *Mizan Law Review* 2012, vol. 6, nr. 1, 1-44.

Goeteyn, N. en Maes, F., "Compliance Mechanisms in Multilateral Environmental Agreements: An Effective Way to Improve Compliance", *Chinese Journal of International Law* 2011, vol. 10, nr. 4, 791-826.

Green, B. A., "Lessons from the Montreal Protocol: Guidance for the next International Climate Change Agreement", *Environmental Law* 2009, vol. 39, nr. 1, 253-284.

Gündling, L., "Compliance Assistance in International Environmental Law: Capacity-Building through Financial and Technology Transfer", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1996, vol. 56, 796-809.

Harris, P. G., "Common But Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy", *N.Y.U. Environmental Law Journal* 1999, vol. 7, nr. 1, 27-48.

Hellio, H., "Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées et le Contrôle du Non-Respect : une Rencontre Fantasmée », *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 193-220.

Hermitte, M-A. (ed.), "La Convention sur la Diversité Biologique a Quinze Ans », *Annuaire Français de Droit International* 2006, vol. 52, 351-390.

Huang, J., "Climate Justice: Climate Justice and the Paris Agreement", *Journal of Animal and Environmental Law* 2017, vol. 9, nr. 1, 23-59.

Huggins, A. en Karim, M. S., "Shifting Traction: Differential Treatment and Substantive and Procedural Regard in the International Climate Change Regime", *Transnational Environmental Law* 2016, vol. 5, nr. 2, 427-448.

Jolly, S., "Access and Benefit Sharing under Nagoya Protocol and Sustainable Development: A Critical Analysis", *AGORA International Journal of Juridical Sciences* 2015, nr. 3, 38-45.

Joyner, C., "Common but Differentiated Responsibility: Remarks", *American Society International Law Proceedings* 2002, vol. 96, 358-359.

Khan, M. R., "Polluter-Pays-Principle: The Cardinal Instrument for Addressing Climate Change", *Laws* 2014, nr. 4, 638-653.

Kjellen, B., "The Saga of the Convention to Combat Desertification: the Rio/Johannesburg Process and the Global Responsibility for the Drylands", *Review of European Community & International Environmental Law* 2013, vol. 12, nr. 2, 127-132.

Lavallée, S., “Responsabilités Communes mais Différenciées et Protection Internationale de l’Environnement: Une Assistance Financière en Quête de Solidarité”, *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 139-192.

Lavallée, S., “Le Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées à Rio, Kyoto et Copenhague: Essai sur la Responsabilité de Protéger le Climat”, *Études Internationales* 2010, vol. 41, nr. 1, 51-78.

Le Bouthillier, Y., “Des Constats et des Questions sur le Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées », *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 315-324.

Lee, J., “Rooting the Concept of Common but Differentiated Responsibilities in Established Principles of International Environmental Law”, *Vermont Journal of Environmental Law* 2015, vol. 17, 27-50.

Ling, B., “Developing Countries and Ozone Layer Protection: Issues, Principles and Implications”, *Tulane Environmental Law Journal* 1992, vol. 6, nr. 1, 91-126.

Magraw, D., “Existing Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual, and Absolute Norms”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 1990, vol. 1, nr. 1, 69-99.

Maguire, R., “The Role of Common but Differentiated Responsibility in the 2020 Climate Regime”, *Carbon & Climate Law Review* 2013, vol. 7, nr. 4, 260-269.

Maljean-Dubois, S., “The Paris Agreement: A New Step in the Gradual Evolution of Differential Treatment in the Climate Regime?”, *RECIEL* 2016, vol. 25, nr. 2, 151-160.

Maljean-Dubois, S. en Sariego, P. M., “Principe des Responsabilités Communes mais Différenciées dans le Régime International du Climat”, *Les Cahiers de Droit* 2014, vol. 55, nr. 1, 83-112.

Matsui, Y., “Some Aspects of the Principle of “Common but Differentiated Responsibilities”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2002, vol. 2, nr. 2, 151–171.

McGraw, D. M., “The CBD – Key Characteristics and Implications for Implementation”, *RECIEL* 2002, vol. 11, nr. 1, 20-22.

McIntyre, O., “The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources”, *Natural Resources Journal* 2006, vol. 46, nr. 1, 157-210.

Maguire, R., “Incorporating International Environmental Legal Principles into Future Climate”, *Carbon & Climate Law Review* 2012, vol. 6, nr. 2, 101-113.

Morgera, E., “The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing”, *European Journal of International Law* 2016, volume 27, nr. 2, 353-383.

Morgera, E., “Justice, Equity and Benefit-Sharing under the Nagoya Protocol to the Convention on Biological Diversity”, *The Italian Yearbook of International Law Online* 2015, vol. 24, nr. 1, 113-141.

Mossos, E., “The Montreal Protocol and the Difficulty with International Change”, *Albany Law Environmental Outlook Journal* 2005, vol. 10, nr. 1, 1-32.

Najam, A., “Developing Countries and Global Environmental Governance: From Contestation to Participation to Engagement”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics* 2005, vol. 5, nr. 3, 303–321.

Najam, A., "Dynamics of the Southern Collective: Developing Countries in Desertification Negotiations", *Global Environmental Politics* 2004, vol. 4, nr. 3, 128-154.

Nanda, A. D., "India's Environmental Trump Card : How Reducing Black Carbon Through Common But Differentiated Responsibilities Can Curb Climate Change", *Denver Journal of International Law & Policy* 2011, vol. 39, nr. 3, 523-552.

Parikh, J. en Baruah, L., "A New Framework for the UNFCCC: Common but Differentiated Responsibilities among Non-Annex I Countries", *Economic & Political Weekly* 2012, vol. 46, nr. 45, 67-72.

Patlis, M., "The Multilateral Fund of the Montreal Protocol: A Prototype for Financial Mechanisms in Protecting the Global Environment", *Cornell International Law Journal* 1992, vol. 25, nr. 1, 181-230.

Pauwelyn, J., "The End of Differential Treatment for Developing Countries? Lessons from the Trade and Climate Change Regimes", *RECIEL* 2013, vol. 22, nr. 1, 29-41.

Petersen, N., "Customary Law without Custom? Rules, Principles and the Role of State Practice in International Norm Creation", *American University International Law Review* 2007, vol. 23, nr. 2, 275-310.

Rahman, M., "A Critical Examination of the Financial Mechanism as adopted in the Convention on Biological Diversity (CBD) from a Developing Country's Perspective", *The Northern University Journal of Law* 2010, vol. 1, 70-81.

Rajamani, L., "Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics", *International and Comparative Law Quarterly* 2016, vol. 65, nr. 2, 493-514.

Rajamani, L., "Differentiation in the Emerging Climate Regime", *Theoretical Inquiries in Law* 2013, vol. 14, nr. 1, 151-172.

Sand, P. H., "International Economic Instruments for Sustainable Development: Sticks, Carrots and Games", *Indian Journal of International Law* 1996, vol. 36, 1-16.

Scharf, M. P., "Accelerated Formation of Customary International Law", *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2014, vol. 20, nr. 2, 305-341.

Scott, G. en Carr, C., "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of International Law and Policy* 1996, vol. 25, nr. 1, 71-94.

Stone, C. D., "Common but Differentiated Responsibilities in International Law", *American Journal of International Law* 2004, vol. 98, nr. 2, 276-301.

Sunstein, C. R., "Of Montreal and Kyoto: A Tale of Two Protocols", *Harvard Environmental Law Review* 2007, vol. 31, nr. 1, 1-65.

Van Beckhoven, J. "Public Participation as a General Principle in International Environmental Law: Its Current Status and Real Impact", *National Taiwan University Law Review* 2016, vol. 11, nr. 2, 219-270.

Vanderheiden, S., "Justice and Climate Finance: Differentiating Responsibility in the Green Climate Fund", *International Spectator* 2015, vol. 50, nr. 1, 31-45.

Van Trien, L., "Les enjeux juridiques de l'intégration des pays en développement dans le régime climatique post-Kyoto", *Revue québécoise de droit international* 2010, vol. 23, nr. 1, 31-90.

Voigt, C. en Ferreira, F., "Differentiation in the Paris Agreement", *Climate Law* 2016, vol. 6, nrs. 1-2, 58-74.

Voigt, C., "The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law", *Retfaerd* 2008, vol. 31, nr. 3, 3-25.

Weisslitz, M., "Rethinking the Equitable Principle of Common but Differentiated Responsibility: Differential versus Absolute Norms of Compliance and Contribution in the Global Climate Change Context", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* 2002, vol. 13, nr. 2, 473-510.

Yamineva, Y., "Climate Finance in the Paris Outcome: Why Do Today What You Can Put Off Till Tomorrow?", *RECIEL* 2016, vol. 25, nr. 2, 174-185.

Yotova, R., "Challenges in the Identification of the "General Principles of Law Recognized by Civilized Nations": The Approach of the International Court", *CJCL* 2017, vol. 3, nr. 1, 269-325.

Zhang, H., Dai, H., Lai H., en Wang, W., "U.S. withdrawal from the Paris Agreement: Reasons, impacts, and China's response", *Advances in Climate Change Research* 2017, vol. 13, nr. 5, 439-447.

Papers en online artikels

Biniat, S., "I Beg to Differ: Taking Account of National Circumstances under the Paris Agreement, the ICAO Market-Based Measure, and the Montreal Protocol's HFC Amendment", *Columbia University - Sabin Center for Climate Change Law*, 2017, 18 p., <http://columbiaclimatelaw.com>.

Bodle, R., Donat, L. en Duwe, M., "The Paris Agreement: Analysis, Assessment and Outlook", *Background paper for the workshop "Beyond COP21: what does Paris mean for future climate policy?"* 2016, 30 p., www.ecologic.eu.

French, D., "International Guidelines and Principles" in *Encyclopedia of Life Support Systems: Conventions, Treaties and Other Responses to Global Issues (Volume 1)* 2006, 9 p., www.eolss.net.

Greiber, T. en Moreno, S. P. (eds.), "An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing", *IUCN Environmental Policy and Law Paper* 2012, nr. 83, xviii + 372 p., www.iucn.org.

Joffe, P., Waskow, D., Deangelis, K., Bevins, W. en Dagnet, Y., Equity Lessons from Multilateral Regimes for the New Climate Agreement, *World Resources Institute Working Paper* 2013, 32 p., www.wri.org.

Kallbekken, S., Saelen H. en Underdal, A., "Equity and Spectrum of Mitigation Commitments in the 2015 Agreement", *Nordic Council of Ministers* 2014, 76 p., www.norden.org.

Kanam, A. "United Nations Convention to Combat Desertification: Issues and Challenges", 2014, *E-International Relations*, www.e-ir.info.

Khalfan, A., "A CISDL Legal Brief. The Principle of Common But Differentiated Responsibilities: Origins and Scope", *Centre for International Sustainable Development Law (CISDL)*, 2002, http://cisdl.org/public/docs/news/brief_common.pdf.

Mbeva, K. L., en Pauw, P., "Self-Differentiation of Countries' Responsibilities. Addressing Climate Change through Intended Nationally Determined Contributions", *German Development Institute Discussion Paper* 2016, nr. 4, 36 p., www.die-gdi.de.

Nakhooda, S., "The effectiveness of climate finance: a review of the Global Environment Facility", *Overseas Development Institute Working Paper* 2013, 40 p., www.odi.org.

Pauw, P., Bauer, S., Richerzhagen, C., Brandi, C. en Schmole, H., "Different Perspectives on Differentiated Responsibilities", *German Development Institute Discussion Paper* 2014, nr. 6, 65 p., www.die-gdi.de.

Pisupati, B., Boumal C., Mrema, E. en Kambu, A., "Issues of Compliance: Considerations for the International Regime on Access and Benefit Sharing", *United Nations Environment Programme Publication* 2010, 42 p., www.unenvironment.org.

Ranii, S., "Do Common but Differentiated Responsibilities Belong in the Post-2015 SDGs?", 21 maart 2014, *Center on International Cooperation New York University*, <https://cic.nyu.edu>.

Persartikels

"Heatwave made more than twice as likely by climate change, scientists find", *The Guardian*, 27 juli 2018, www.theguardian.com/environment/2018/jul/27/heatwave-made-more-than-twice-as-likely-by-climate-change-scientists-find.

"Klimaatexpert: 'Doelstellingen klimaatakkoord Parijs realiseren om nog grotere kosten te vermijden'", *VRT nieuws*, 27 juli 2018, <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2018/07/27/klimaatexpert-doelstellingen-klimaatakkoord-parijs-realiseren/>.

"Let the Paris climate deal die. It was never good for anything, anyway", *The Financial Post*, 18 mei 2018, <http://business.financialpost.com/opinion/let-the-paris-climate-deal-die-it-was-never-good-for-anything-anyway>.

"G20 fails to endorse financial transaction tax", *Reuters*, 4 november 2011, www.reuters.com/article/g20-tax/g20-fails-to-endorse-financial-transaction-tax-idUSN1E7A302520111104.

"No 'Pass' for Developing Countries in Next Climate Treaty, Says U.S. Envoy", *The New York Times*, 9 december 2009, <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/gwire/2009/12/09/09greenwire-no-pass-for-developing-countries-in-next-clima-98557.html>.

Websites

www.adaptation-fund.org

<http://chm.pops.int>

www.greenclimate.fund

www.health.belgium.be

www.multilateralfund.org

www.thegef.org

<https://treaties.un.org>

www.unenvironment.org

<https://unfccc.int>

www.imf.org

www.pactenvironment.org