

Zone de libre-échange continentale africaine et développement durable en Afrique

François Bokona*

<https://orcid.org/0000-0001-6232-7541>

RÉSUMÉ: La Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) est une grande opportunité pour l'Afrique. Toutefois, reconnaissant les interactions tant négatives que positives existant entre commerce et environnement, la ZLECAf devrait se réaliser dans le respect des normes et sciences environnementales par l'intégration des clauses de protection de l'environnement, l'institution des mécanismes institutionnels mais aussi le recours à certaines approches organisationnelles pour en assurer une mise en œuvre effective et compatible avec le développement durable. Les pistes d'amélioration face aux faiblesses de son verdissement sont calquées sur les modèles des accords de libre-échange dits de «nouvelle génération» comme l'Accord entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste, l'Accord économique et commercial global avec le Canada et dans quelques mesures les règles édictées dans le cadre de l'Organisation mondiale de commerce ou aux accords qui l'ont précédés. Les mesures préconisées dans cette contribution devraient aboutir nécessairement à la révision de l'Accord créant la ZLECAf ou l'adoption d'un protocole spécifique sur les questions environnementales en vue de l'avènement d'un «libre-échange vert» sur le continent.

TITLE AND ABSTRACT IN ENGLISH:

The African Continental Free Trade Area and sustainable development in Africa

ABSTRACT: The African Continental Free Trade Area (AfCFTA) is a great opportunity for Africa. However, in recognition of the positive and negative interactions between trade and the environment, the AfCFTA should be implemented in compliance with environmental standards and sciences, by incorporating environmental protection clauses, setting up institutional mechanisms and adopting certain organisational approaches to ensure effective implementation that is compatible with sustainable development. The avenues for improvement to address the weaknesses of its greening are modelled on the so-called 'new generation' of free trade agreements, such as the Agreement between Canada, the United States of America and Mexico, the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership Agreement, the Comprehensive Economic and Trade Agreement with Canada, and to some extent the

* Docteur en droit (PhD) de l'Université de Kinshasa (RD Congo), Professeur de droit des organisations internationales (Université de Kinshasa) et de droit communautaire économique africain (Université pédagogique nationale), Professeur de droit africain des eaux partagées à l'École régionale de l'eau (Kinshasa), Chercheur sénior au Centre de Recherches en sciences humaines (Kinshasa), Secrétaire général de la Société congolaise de droit international (Kinshasa), Secrétaire général adjoint à l'Académie africaine de théorie de droit (Paris), Membre de l'Institut Euro-africain de droit économique (Bruxelles), Co-fondateur et Directeur général de la Revue générale sur le Bassin du Congo (Kinshasa).

rules laid down in the World Trade Organisation or its predecessor agreements. The measures advocated in this contribution should necessarily lead to the revision of the Agreement creating the AfCFTA or the adoption of a specific protocol on environmental issues with a view to the advent of 'green free trade' on the continent.

MOTS-CLÉS: Zone de libre-échange, développement durable, protection de l'environnement, verdissement, judiciarisation, démocratisation

SOMMAIRE:

1	Introduction	261
2	Les accords de libre-échange et le processus d'écologisation du commerce international.....	265
2.1	Les éléments de détermination d'un accord de libre-échange écologique.....	265
2.2	Le déficit de verdissement du système conventionnel de la ZLECAf.....	266
3	Pour la redéfinition d'un cadre normatif «eco-protecteur» de la ZLECAf.....	268
3.1	Élargir le champ matériel des clauses environnementales directes.....	268
3.2	Affirmer les clauses étatiques de maintien du niveau de protection de l'environnement	269
3.3	Intégrer dans les accords de commerce la clause de renvoi aux conventions sur l'environnement	270
3.4	Instituer et appliquer le principe de précaution dans le libre-échange	273
4	Pour un reconditionnement 'éco-' efficient du dispositif institutionnel de la ZLECAf.....	274
4.1	Instituer un organe spécialisé de mise en œuvre des clauses environnementales.....	274
4.2	Démocratiser les mécanismes de mise en œuvre des clauses environnementales.....	276
4.3	Encourager les recours judiciaires contre toute forme de commerce «éco-défaillant».....	276
4.4	Assouplir les mécanismes de règlement pacifique des différends	277
5	Autres vecteurs du verdissement de la ZLECAf.....	278
5.1	Promouvoir et faciliter le commerce des biens et services environnementaux	279
5.2	Imposer une (re)industrialisation «éco-compatible» dans l'espace ZLECAf	280
5.3	Favoriser la création des partenariats public-privé verts	281
6	Conclusion.....	282

1 INTRODUCTION

A l'heure de la globalisation des économies où la compétitivité passe pour la divinité pour les entités économiques internationales, les 54 pays africains pris individuellement sont petits et faibles, et donc vulnérables pour générer leur développement et assurer le bien-être de leurs peuples respectifs. Ils sont donc tenus de s'unir¹ notamment dans le cadre d'un marché unique des marchandises et des services. Conscients de cette urgence, les Etats africains ont, par l'Accord adopté le 21 mars 2018 et entré en vigueur le 30 mai 2019, mis en place la zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)² avec pour conséquence principale la réduction ou l'élimination progressive des barrières tarifaires ainsi que l'élimination des barrières non tarifaires

1 Lire utilement K Nkrumah *L'Afrique doit s'unir* (2009); KW Kamanda *Le défi africain, une puissance économique qui s'ignore* (1976); A Wade *Un destin pour l'Afrique* (1989); AN Luaba 'Quel modèle d'intégration pour l'Afrique?' (1981) 158 *Zaire-Afrique* 471-472.

2 Opposé au protectionnisme, le libre-échange s'entend d'un système dans lequel les échanges commerciaux sont libres de toute entrave douanière ou d'autres réglementations commerciales restrictives. Voir J Salmon (dir) *Dictionnaire de droit international public* (2001) 662.

au commerce et à l'investissement.³ En effet, la ZLECAf constitue un marché de «près de deux milliards»⁴ de consommateurs potentiels pour un Produit intérieur brut (PIB) cumulé de près de «2 500 dollars américains».⁵ Territorialement, elle représente le plus grand espace de libre-échange au monde. Dans ce sens, elle représente une aubaine pour amener l'Afrique vers son développement, qui devrait, pour être durable, observer une équité intergénérationnelle, sinon transgénérationnelle, par la nécessité, pour chaque génération, de satisfaire des besoins sans compromettre le droit pour les générations futures à satisfaire les leurs.⁶ En effet, pris dans son pilier environnemental dans le cadre de cette étude, ce mode de développement représente un enjeu pour les marchés commerciaux libéralisés et vice versa. Dès lors, la libéralisation du commerce et la réponse aux défis environnementaux entretiennent des rapports interactifs, du point de vue de leurs effets tant factuels que juridiques.

Du point de vue factuel, c'est essentiellement le libre-échange qui impacte de manière positive ou négative sur l'environnement. Parmi les quelques effets positifs, le libéralisme peut, par exemple, permettre la commercialisation de biens et services environnementaux comme des produits de traitement de l'eau et des effluents, la diffusion de services écologiques à l'image des techniques de gestion de déchets et le contrôle de la qualité de l'air, autrement dénommées les technologies «vertes».⁷ Au rang des effets négatifs,⁸ l'on peut évoquer entre autres le fait que la libéralisation du commerce favorise les mouvements transfrontières des déchets dangereux, polluants ou toxiques. En effet, la prolifération de ces déchets dans ce contexte serait pour l'Afrique «l'arme fatale»⁹ qui compromettrait toute amorce et tout processus de «durabilisation de son développement».¹⁰ De plus, elle participe à l'épuisement des ressources naturelles ou des espèces protégées nécessaires à l'équilibre environnemental, de même qu'elle a une part importante dans le

3 Voir en particulier l'article 4(a) de l'Accord portant création de la ZLECAf (2018).

4 P Jacquemot *Les dix enjeux de la zone de libre-échange africaine* (2019) 2.

5 *Ibid.*

6 Voir CMED *Notre avenir à tous* (1988) 51. L'idée a été reprise au point 3 de la Déclaration de Rio de 1992. Point n'est besoin de rappeler que le développement durable se fonde sur trois piliers essentiels et qui devraient toujours restés en équilibre, à savoir le progrès économique, le bien-être social et la protection de l'environnement. Il s'agit d'un principe cardinal de notre temps doté d'une puissance d'attraction du futur vers le présent et de projection du présent vers le futur.

7 Voir A Couvreur *Le potentiel synergique de l'intégration économique et de la protection environnementale* (2016) 22; AY Gadjji *Libéralisation du commerce international et protection de l'environnement* (2007) 39-40.

8 Voir PNUE *Guide de l'environnement et du commerce* (2001) 39-46; LG Bastarrica 'La protection environnementale dans les accords régionaux de libre-échange: une étude comparée' (2021) *Duodecim Astra* 126-127; La Fabrique Ecologique *Commerce mondial et développement durable. Quelles nouvelles régulations au-delà des enjeux climatiques?* (2017) 12.

9 Voir F Bokona 'La réglementation des déchets dangereux en Afrique à l'aune du développement durable' (2022) 7 *Revue africaine de droit de l'environnement* 214.

10 Bokona (n 9).

dérèglement climatique à travers les techniques de production émettrices des gaz à effet de serre.¹¹

Du point de vue juridique, deux types d'interactions, favorables d'un côté et/ou défavorables de l'autre, peuvent caractériser les rapports entre les accords de libre-échange et l'objectif de protection de l'environnement. Dans le premier cas, «on considère les accords de libre-échange dans la mesure où ils permettent la mise en place de relations commerciales respectueuses de l'environnement».¹² Dès lors, de tels accords se conforment aux exigences environnementales édictées tant en droit international qu'en droit interne des Etats et qui, de ce fait, portent indirectement des restrictions aux principes qui gouvernent le libre-échange.¹³ Ceci peut se manifester notamment à travers l'interdiction de certains commerces et leur soumission aux régimes d'autorisation ou de déclaration par le droit de l'environnement. Dans le deuxième cas, on voit dans ces accords «le risque d'une course vers le bas entraînant les Etats signataires vers une libéralisation sans limite, les poussant à supprimer tout type d'entraves, y compris celles qui découlent de l'adoption de la réglementation environnementale».¹⁴ Ce phénomène de dérégulation ou de déréglementation dans le secteur de l'environnement peut être formel ou diffus par la non application des normes pourtant affirmées dans les textes.

Au regard de ces interactions, «insérer des clauses environnementales dans les accords commerciaux est une des façons de mettre la politique commerciale au service du développement durable».¹⁵ C'est pourquoi, de nos jours, la plupart des accords commerciaux de libre-échange, aux niveaux mondial, régional ou transrégional, se sont inscrits dans le processus de «verdissement»¹⁶ en contenant des règles sur la protection de l'environnement¹⁷ qui

- 11 Selon l'OMC les GES émis par la production et le transport des biens et services échangés représentent en moyenne 20 à 30 % des émissions mondiales de GES. Voir A Mold *ZLECAF: l'argument environnemental en faveur de la zone de libre-échange continentale* (octobre 2022) disponible sur <https://www.un.org/africarenewal/fr/magazine/octobre-2022/ZLECAF-l'argument-environnemental-en-faveur-de-la-zone-de-libre-%C3%A9change> (consulté le 10 novembre 2023).
- 12 A Pirlot 'La dimension environnementale des accords de libre-échange: une perspective européenne' (2020) 2 *Revue internationale de droit économique*, <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2020-2-page-183.htm> (consulté le 11 novembre 2023).
- 13 Voir Gadji (n 7) 42-48; PNUE (n 8) 47-74
- 14 Pirlot (n 12).
- 15 C Bellora et M Thie 'Quelles clauses environnementales dans les accords commerciaux?' (2022) *La Lettre du CEPII* 1.
- 16 Entendu dans cette étude comme l'action de rendre plus respectueux des principes environnementaux. Il sera également pris comme synonyme d'écologisation.
- 17 En effet, on identifie '268 accords de libre-échange en vigueur depuis 1990 et conclus jusqu'en 2010. Sur cet ensemble, 175 comportent, sous une forme ou sous une autre, des clauses environnementales, soit 65,3% du total'. Voir ATariq Rana et P Saucier 'Les clauses environnementales dans les accords de libre-échange entre pays développés et pays émergents – Analyse des déterminants' (2013) *Mondes en Développement* 55. Il est aussi rapporté que 'depuis 2013 plus aucun

participent à la régulation des aspects préjudiciables¹⁸ et à la promotion des aspects profitables de ces rapports. La présente étude aura donc pour intérêt de faire état du processus de verdissement ou d'écologisation de la ZLECAf eu égard aux impératifs des accords de libre-échange qualifiés de «nouvelle génération»¹⁹ dont elle devrait s'inspirer pour qualifier ses cadres normatif, institutionnel ainsi que certaines approches organisationnelles. Il s'agira des systèmes de l'Accord entre le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique (USMCA),²⁰ de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (CPTPP)²¹ ainsi que de l'Accord économique et commercial global avec le Canada (AECG ou CETA).²² Référence sera également faite au système de l'Organisation mondiale de commerce ou aux accords qui l'ont précédés (OMC/GATT).

Ainsi, s'inscrivant dans une triple démarche criticiste,²³ comparatiste²⁴ et dialectique,²⁵ les développements subséquents s'ordonnent autour de quatre grandes articulations. La première tente de donner un aperçu général sur le processus de verdissement de la ZLECAf sur base de quelques facteurs déterminants. S'intéressant aux

- accord de libre-échange [n'est] dépourvu [des clauses environnementales]. [E]n 2019 on en comptait en moyenne 111 par accord [de libre-échange]. Voir Bellora et Thie (n 15) 1.
- 18 Il faut signaler que la notion sur ces interdépendances s'est développée depuis plusieurs années déjà parallèlement aux efforts internationaux visant l'expansion du libre-échange. Lire dans ce sens V Lichtinger *Commerce international et environnement. Un équilibre difficile pourtant incontournable* on line <https://www.copa.qc.ca/fra/assemblee/1997/Forces/article.html> (consulté le 29 novembre 2023).
- 19 Les accords de libre-échange de 'nouvelle génération' sont entendus comme un outil de promotion d'un modèle commercial fondé sur les valeurs comme la sauvegarde des droits de l'homme et la protection de l'environnement. (Voir dans ce sens F Martinez *Verdir la politique commerciale commune: l'effectivité juridique des clauses environnementales dans les accords de libre-échange 'nouvelle génération'* (2020) 9; Commissariat général au développement durable *Commerce international et environnement. Vers des accords de 3e génération?* (2018) 5).
- 20 Cet accord a remplacé l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en vertu d'un protocole adopté par les Etats-Unis d'Amérique, le Canada et le Mexique le 30 novembre 2018. L'USMCA a quant à lui été adoptée le 1 octobre 2020. Il est entré en vigueur le 1er juillet 2020.
- 21 Signé le 8 mars 2018 par l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, le Royaume-Uni, Singapour et le Viêt Nam, cet Accord est entré en vigueur le 30 décembre 2018.
- 22 Signé le 30 octobre 2016 entre l'Union européenne et ses 27 et le Canada, il est provisoirement appliqué depuis le 21 septembre 2017.
- 23 Le criticisme juridique est entendu ici comme l'approche caractérisée par le souci de dépasser le formalisme juridique au profit d'une mise en relation du phénomène juridique avec la réalité sociale, en particulier avec les contradictions qui le caractérisent. Voir O Corten *Méthodologie du droit international public* (2009) 57-59.
- 24 Approche propice à la présente étude, le droit comparé, permet de passer en revue les cadres juridiques et institutionnels posés au sein des autres systèmes de libre-échange.
- 25 A sens de cette méthode, l'on tentera d'élaborer des synthèses à partir des propositions contradictoires qu'il faudrait rapprocher et dépasser en vue d'apporter des réponses appropriées au problème posé. C Chaumont 'Méthode d'analyse du droit international' (1975) *Revue belge de Droit international* 35.

questions d'ordre normatif, institutionnel et organisationnel, la deuxième, la troisième et la quatrième parties proposent quelques pistes d'amélioration et d'ajustement du système de la ZLECAf.

2 LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE ET LE PROCESSUS D'ÉCOLOGISATION DU COMMERCE INTERNATIONAL

L'objet principal du processus de verdissement des accords de libre-échange consiste à améliorer de façon univoque les performances climatiques et environnementales des pays signataires.²⁶ Dans ce sens, le commerce international peut jouer le rôle d'outil de la transition mondiale vers une économie verte.²⁷ Sur ce point, après avoir présenté comment se manifeste la prise en compte des préoccupations environnementales dans les accords de libre-échange dits de nouvelle génération (2.1), l'on relèvera que, malgré son adoption récente, la ZLECAf n'a répondu que faiblement à cette exigence (2.2).

2.1 Les éléments de détermination d'un accord de libre-échange écologique

L'écologisation du commerce international participe de la définition des accords de «nouvelle génération» entendus comme des outils de promotion du modèle libre-échangiste fondé sur des valeurs comme la sauvegarde des droits de l'homme, la protection de l'environnement ou encore le développement durable.²⁸ On peut ajouter à cela les préoccupations de lutte contre les changements climatiques.

Dès lors, pour garantir la durabilité du développement de l'espace de libre-échange, l'accord devrait contenir quelques atouts normatifs essentiels. Parmi ceux-ci, il y a entre autres «la présence des chapitres consacrés au commerce et au développement durable, [et] les clauses de non-dérogation au droit national [et international] de l'environnement».²⁹

Il y a lieu de nuancer la compréhension du concept nouvelle génération qui paraît imprécis et ne prend pas en compte le caractère perpétuel de la notion même de génération dans la mesure où l'on ne sait jusqu'à quand l'une vient après l'autre. De ce fait, on peut considérer qu'une génération d'accord de libre-échange se rapporte à une préoccupation particulière ayant favorisé la revisitation des cadres normatifs y relatifs. Dès lors, on pourrait catégoriser quatre

26 Voir dans ce sens T Voituriez Y Laurans *Greening trade agreements: a roadmap to narrow the expectations gap* (2020) 1.

27 Voir J Purugganan 'Verdir le libre-échange pour mieux maintenir le statu quo' (2013) 20 *Alternatives Sud* 125.

28 Martinez (n 19) 9.

29 P Lamy G Pons et P Leturcq *Verdir la politique commerciale de l'UE - 4 Comment 'verdir' les accords commerciaux* (2020) 12.

génération d'accords de libre-échange selon que la première, dite aussi traditionnelle, se rapporterait aux accords dont les dispositions portent uniquement sur les aspects commerciaux, alors que la deuxième ajoute à cela les questions liées aux droits de l'homme. La troisième quant à elle représenterait les accords qui prennent également en compte les questions environnementales et la quatrième pour sa part inclurait aussi les questions liées au climat.

Toutefois, plusieurs accords de libre-échange semblent s'arrêter à la troisième génération. Ce qui peut laisser penser que «l'âge d'or» du libre-échangisme n'est peut-être pas pour demain. En effet, ces accords souffrent encore d'une absence des clauses climatiques ou encore d'un manque de rigueur en termes des mesures de lutte contre le dérèglement climatique.³⁰ S'agissant des questions liées aux rapports entre commerce et développement durable d'une part, et d'autre part commerce et environnement, elles sont par exemple prévues respectivement et spécifiquement aux articles 22 et 23 du CETA. Dans ce dernier chapitre, la règle de la non-dérogation y est affirmée en ce que «chaque Partie cherche à faire en sorte que cette législation et ces politiques assurent et encouragent des niveaux élevés de protection de l'environnement et elle s'efforce d'améliorer continuellement cette législation et ces politiques de même que les niveaux de protection sur lesquels elles reposent».³¹ Il en est de même dans les systèmes USMCA³² et CPTPP.³³

De plus, l'on devrait par ailleurs se rassurer que les chapitres ou dispositions consacrés aux questions environnementales ou de développement durable ne soient pas des simples déclarations de *soft law* qui souffriraient d'ineffectivité dans la mise en œuvre. Il devrait s'agir des dispositions contraignantes dont la violation impliquerait des sanctions. En dépit de cela, il faudrait saluer cette avancée considérable dans la voie qui mène vers un verdissement complet du fait que les clauses environnementales sont explicitement consacrées dans les accords précités. La ZLECAf qui devait s'inspirer de ces modèles quelque peu encourageants, du moins sur la forme, accuse encore des insuffisances notoires quant à ce.

2.2 Le déficit de verdissement du système conventionnel de la ZLECAf

Les préoccupations en rapport avec le développement durable en général et la protection de l'environnement en particulier, sont abordées dans l'Accord de la ZLECAf de façon assez éparse et timide

30 Voir dans ce sens, particulièrement pour le CETA, S Grosbon 'Le chapitre commerce et environnement de l'Accord Économique et Commercial Global (AECG/CETA) face à l'urgence climatique' (2017) 63 *Annuaire français de droit international* 577-600.

31 Article 23.3 du CETA.

32 Voir l'ensemble de son chapitre 24.

33 Voir les dispositions de son chapitre 20.

tant dans les préambules que dans les dispositions qui s'y rapportent.³⁴ En effet, l'idée de protection de l'environnement et de l'exigence du développement durable n'est reprise qu'une seule fois dans l'Accord de base. La protection de l'environnement n'est évoquée que pour réaffirmer «le droit des États parties de réglementer sur leur territoire les flexibilités dont ils disposent pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, y compris dans les domaines de de l'environnement».³⁵ Cette incise qui n'est reprise que dans le préambule pourrait être considérée comme un simple souhait ou vœu et non comme une disposition obligatoire. Le développement durable n'apparaît quant à lui qu'en tant qu'un des objectifs de la ZLECAf qui vise à «promouvoir et réaliser le développement socio-économique inclusif et durable ... des États parties».³⁶ Il est clair que de telles dispositions ne peuvent suffire pour que la ZLECAf soit considérée comme faisant partie des accords de libre-échange de nouvelle génération.

Si l'on se réfère par ailleurs au «bloc normatif»³⁷ de la ZLECAf, on est déçu de constater l'inexistence d'un dispositif suffisamment, explicitement et/ou directement consacré à la protection de l'environnement. En effet, de tous les protocoles, seul celui sur le commerce des services fait du développement durable l'un des objectifs dont il doit assurer la promotion.³⁸ Il en est de même de la clause de protection de l'environnement évoquée sans garantie d'application ni sanction de l'inapplication dans le même Protocole.³⁹

Dès lors, l'on se demande pourquoi d'autres protocoles ne poursuivent pas le même objectif. C'est comme si, pour les Etats de l'Union africaine, les autres formes de commerce, en particulier celui des marchandises, n'est pas susceptible de compromettre la durabilité du développement au sein des Etats. Ceci dénote une incohérence, ou mieux une imprudence dans la rédaction des instruments internationaux. Parmi les annexes, celle qui porte sur les mesures sanitaires et phytosanitaires se rapportant au Protocole sur le commerce des marchandises pourrait être considérée comme celle qui fournit de manière indirecte quelques clauses environnementales. Malheureusement, elle ne serait encore qu'à l'étape de projet. Tout ceci commande que des mesures nécessaires soient prises pour espérer un verdissement normatif à l'avenir.

34 Voir dans le même sens Voir F L Moussavou 'Protection de l'environnement dans l'Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine' (2020) 5 *Revue africaine de droit de l'environnement* 226-227.

35 Voir le paragraphe 8 du préambule de l'Accord.

36 Voir l'article 3 point e de l'Accord.

37 On entend par là, outre l'Accord de base, les Protocoles sur le commerce des marchandises, le commerce des services, les investissements, les droits de propriété intellectuelle, la politique de concurrence et les règles et procédures relatives au règlement des différends ainsi que les Annexes et Appendices y relatifs qui, en vertu de l'article 8 de l'Accord, font partie intégrante de ce dernier et forment un engagement unique.

38 Article 3(2) du Protocole sur le commerce des services.

39 Voir le paragraphe 6 du Préambule du Protocole sur le commerce des services.

3 POUR LA REDÉFINITION D'UN CADRE NORMATIF «ECO-PROTECTEUR» DE LA ZLECAF

Afin de parvenir à l'objectif du développement durable à travers la protection de l'environnement, la réforme de la ZLECAF devrait aboutir à la prise en compte des mesures suivantes: l'élargissement du champ d'intervention des clauses environnementales (3.1), l'affirmation des clauses de maintien des niveaux de protection de l'environnement au titre du droit interne (3.2) et du droit international (3.3) ayant une influence sur le fonctionnement du marché unique et enfin le besoin pressent de prévenir les risques environnementaux par le principe de précaution (3.4).

3.1 Elargir le champ matériel des clauses environnementales directes

Le verdissement normatif des accords de libre-échange favorise une attention particulière aux domaines de l'environnement susceptibles d'être affectés par les activités commerciales. Il peut s'agir du climat, de la forêt, des ressources naturelles, etc. C'est ainsi qu'en dehors de tout renvoi aux instruments juridiques de protection de l'environnement, les accords de libre-échange ont, de nos jours, tendance à réglementer directement ces différents domaines.

Inspiré par l'article XX du GATT sur les exceptions générales, le champ matériel de protection de l'environnement dans le cadre de la ZLECAF se rapporte essentiellement à «la protection de la vie ou de la santé des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux»⁴⁰ ainsi qu'à «la conservation des ressources naturelles épuisables». ⁴¹ En comparaison avec les trois accords de la troisième génération étudiés, ce cadre matériel s'avère dépassé, imprécis et limité. C'est pourquoi, à la faveur d'une réforme sérieuse de la ZLECAF, l'on devrait parvenir à une réglementation directe des domaines plus étendus de l'environnement. Pour ce faire, l'on devrait s'inspirer de l'USMCA,⁴² du CPTPP⁴³ et du CETA⁴⁴ en posant les clauses environnementales relatives notamment à la protection et la lutte contre le commerce illicite des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, à la protection de l'environnement marin contre les pollutions

40 Voir l'article 26(b) du Protocole sur le commerce des marchandises; article 15 point b du Protocole sur le commerce des services. Lire aussi utilement le projet d'annexe 7 sur les mesures sanitaires et phytosanitaires se rapportant au Protocole sur le commerce des marchandises.

41 Voir article 26(g) du Protocole sur le commerce des marchandises.

42 Voir les articles 24.9 et suivants.

43 Voir les articles 20.5 et suivants.

44 Voir les articles 24.10, 24.11 et 24.12.

par les navires, par les déchets marins et sur l'atmosphère ainsi qu'aux autres aspects plus pertinents de protection de l'environnement.

De plus, l'on devrait interdire le transport des espèces exotiques envahissantes par des voies commerciales et faire la promotion de la gestion et commerce durables des pêches et des ressources forestières et hydrographiques. L'on ne devrait pas oublier l'indication des mesures d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques face au commerce climaticide. En l'absence de telles clauses directes dans l'Accord, l'on devrait miser sur des clauses de maintien des niveaux de protection de l'environnement qu'il faille affirmer.

3.2 Affirmer les clauses étatiques de maintien du niveau de protection de l'environnement

La plupart des accords de libre-échange de notre temps prévoient des clauses de maintien des niveaux de protection autrement appelées «clauses de *status quo*». ⁴⁵ Elles consistent à éviter que les parties au traité «ne stimulent le commerce ou l'investissement par l'affaiblissement ou la réduction des niveaux de protection prévus par leur droit de l'environnement». ⁴⁶ De cette manière, on peut prévenir toute forme de «conflits normatifs» entre les règles de libéralisation du commerce au niveau continental et celles de protection de l'environnement au niveau national. ⁴⁷

Fort malheureusement, il faut constater que le «bloc normatif» de la ZLECAf ne pose pas cette exigence de manière claire et ouvre même la brèche à des réglementations environnementales commercialement opportunistes. En effet, dans un contexte concurrentiel propre au libre-échange, en réaffirmant «le droit des États parties de réglementer sur leur territoire les flexibilités dont ils disposent pour poursuivre des objectifs légitimes de politique publique, y compris dans les domaines de la santé publique et de l'environnement», ⁴⁸ la ZLECAf court le risque de favoriser «chaque État qui voudra faciliter l'implantation des industries sur son territoire [d'abaisser] son niveau de réglementation environnementale». ⁴⁹ Le risque serait donc d'infléchir les règles protectrices de l'environnement pour privilégier une politique publique devant rendre l'Etat plus compétitif au libre-échange.

45 E Castellarin 'L'articulation entre le commerce et l'environnement dans les accords de libre-échange de l'Union européenne' in J Auvret-Finck (dir) *La dimension environnementale de l'action extérieure de l'Union européenne?* (2018) 110.

46 Castellarin (n 45) 110.

47 Il en est ainsi notamment des lois sur la protection de l'environnement, les ressources en eau ou forestières, mines, hydrocarbures, agricultures, industrie, transport, électricité, pêche, élevage, la conservation de la nature, le climat, etc.

48 Paragraphe 9 de l'Accord de la ZLECAf. Ces dispositions sont reprises en des termes quasi similaires dans le Protocole sur le commerce des services (paragraphe 6).

49 Voir Moussavou (n 34) 227.

L'institution de ladite clause devrait prévenir ce risque de sacrifier les exigences environnementales par les Etats. C'est ainsi que dans la perspective de réforme de son cadre normatif, la ZLECAf devrait suivre l'exemple de l'USMCA,⁵⁰ du CETA⁵¹ et du CPTPP⁵² en érigeant en principe le fait qu'il est inapproprié de réduire la protection que confèrent les lois environnementales de chaque Etat africain dans le simple but d'encourager le commerce ou l'investissement. Dans ce sens, chaque Etat devrait, à défaut de hausser ses niveaux de protection de l'environnement au moment de l'entrée dans la ZLECAf, les maintenir. Il faudrait aussi éviter que les normes environnementales plus strictes empêchent, de manière totale ou quasi telle, l'exercice libre du commerce. D'où, l'importance d'un équilibre normatif.

Mais, cet équilibre vertical devrait être parfait par un équilibre horizontal à observer entre les législations des Etats parties au libre-échange. Ce qui exige un effort d'harmonisation,⁵³ d'unification⁵⁴ ou d'uniformisation,⁵⁵ selon le cas, des textes législatifs ou réglementaires de ces Etats et éviter ainsi un désordre des ordres normatifs.⁵⁶ Cet effort devrait se poursuivre quant aux niveaux de protection posés en droit international.

3.3 Intégrer dans les accords de commerce la clause de renvoi aux conventions sur l'environnement

L'idée de concilier les accords portant sur la protection de l'environnement qui dégagent des normes commerciales spéciales⁵⁷ et ceux de libre-échange «s'expliqu[e] par le fait que les deux logiques

50 Voir les articles 24.3 et 24.4.

51 Voir l'article 24.5.

52 Voir l'article 20.3.

53 Elle vise la réalisation, dans le respect de la pluralité des droits étatiques, d'une équivalence des situations juridiques (équivalence des droits et des obligations, des facultés et des contraintes), résultant de leur application. Voir A Jeammaud, 'Unification, uniformisation, harmonisation: de quoi s'agit-il?' in F Osman (dir) *Vers un code européen de la consommation* (1998) 43-44.

54 Il s'agit entre autres d'une technique de remplacement des droits jusque-là distincts par un droit unique ou une réglementation identique en tous points pour tous les Etats membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes. Voir A Oprea 'L'intégration juridique européenne et les méthodes du droit international privé – quelques observations' (2010) 4 *Jurisprudentia* 2.

55 Elle suppose que les Etats impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées [contenues dans] un instrument unique. Voir IF Kamdem 'Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique' (2009) 43 *Revue juridique thémis* 619.

56 Voir dans ce sens F Bokona 'Désordre des ordres normatifs sur les eaux du bassin du Congo. Esquisse d'un mode d'intégration juridique' (2022) 101 *Revue de Droit africain* 3-31.

57 L'OMC en dénombre une vingtaine. (Voir M Grandbois 'Le droit de l'environnement et le commerce international: quelques enjeux déterminants' in *Les Cahiers de droit* (1999) 552; E Castellarin (n 45) 106.

entretiennent des rapports étroits». ⁵⁸ Dès lors, ils devraient se soutenir ou s'étayer mutuellement en vue de parvenir à un développement durable. ⁵⁹

Compte tenu de «leur généralisation et de leurs recouplements, l'harmonisation de ces régimes est devenue nécessaire». ⁶⁰ C'est pourquoi, de manière générale, les accords de libre-échange soucieux de la protection de l'environnement incluent des «clauses de renvoi à des accords internationaux environnementaux [contenant des] normes de coordination, et non des nouvelles obligations substantielles, [dès lors que] le contenu des obligations auxquelles elles se réfèrent a déjà été accepté par les parties dans d'autres accords». ⁶¹

Alors que les Etats africains ont ratifié plusieurs traités et accords internationaux de portée universelle et régionale ayant une influence environnementale sur le commerce, la ZLECAf, contrairement à l'USMCA, ⁶² au CETA ⁶³ et au CPTPP, ⁶⁴ n'a pas prévu cette clause de renvoi explicite. C'est le cas au niveau universel de la Convention de 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction; ⁶⁵ du Protocole de Montréal de 1987 relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone; ⁶⁶ de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination; ⁶⁷ la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), le Protocole de Kyoto la Convention-cadre des Nations Unies

58 Gadji (n 7) 347.

59 Voir dans ce sens Paragraphe 10 du préambule du Protocole de Cartagena de 2000 sur la prévention des risques biotechniques relatif à la convention sur la diversité biologique; F Combot-Madec N Hervé-Fournerau 'Commerce international et protection de l'environnement' (2002) 1 *Revue européenne de droit de l'environnement* 3.

60 Grandbois (n 57) 551.

61 Castellarin (n 45) 110.

62 L'article 24.8 de cet accord reconnaît le rôle important que peuvent jouer 'les accords multilatéraux sur l'environnement dans la protection de l'environnement et en tant que réponse de la communauté internationale aux problèmes environnementaux mondiaux ou régionaux'.

63 L'article 24.4 de cet accord porte les dispositions similaires.

64 Il en est de même de l'article 20.4 de cet accord.

65 Cette convention soumet le commerce de ces espèces à des régimes de déclaration, de contrôle, d'interdiction, d'autorisation, de permis et certificats conformément aux articles III; IV, V et VI. Tous les Etats africains l'ont ratifié.

66 L'article 4 de ce protocole interdit l'importation des produits contenant substances qui appauvrissent l'environnement en provenance des Etats non parties. L'article 4B quant à lui soumet l'importation de ces produits entre Etats parties au régime d'autorisation. Sont considérés, en vertu de l'Annexe D dudit protocole, comme produits contenant les substances qui appauvrissent la couche d'ozone les appareils de climatisation des voitures automobiles et des camions, les appareils de réfrigération et climatiseurs/pompes à vapeurs à usage domestique et commercial, les extincteurs portatifs, etc. Tous les Etats africains ont ratifié ce protocole.

67 Les articles 4 et 6 de cette Convention soumettent le commerce des déchets dangereux aux régimes d'interdiction et de contrôle selon le cas. Parmi les déchets dangereux soumis à ces régimes il y a ceux médicaux et pharmaceutiques, les produits contenant des biphenyles polychlorés et bien d'autres (Annexe I à la Convention). Tous les Etats de la ZLECAf ont ratifié cette Convention.

sur les changements climatiques (1997) et l'Accord de Paris sur le climat (2015),⁶⁸ etc.

Au niveau régional africain, on cite la Convention de Bamako de 1991 sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique;⁶⁹ la Convention de Maputo de 2003 sur la conservation de la nature et des ressources naturelles⁷⁰ ainsi que différents traités des communautés économiques régionales.⁷¹

La mise en œuvre de l'ensemble de ces engagements dans le cadre de la ZLECAf devrait favoriser le développement durable, encore faut-il que l'Accord, suivant les modèles comparés, en fasse une obligation supranationale à l'égard de ses signataires en posant expressément ladite clause de renvoi pour que les deux régimes juridiques n'apparaissent pas comme très éloignés quant au fond. Toutefois, pour éviter toute forme d'obligation à géométrie variable, il est souhaitable que l'ensemble des Etats parties ratifient tous les différents instruments sur l'environnement.

A travers ces différentes clauses directes et de renvoi, la prise en considération des effets négatifs du commerce sur l'environnement sera bien assurée, de même qu'il faille favoriser la réduction des risques environnementaux liés au libre-échange à travers, non seulement l'institution du principe de précaution, mais aussi son application par chaque Etat.

68 Ces instruments de lutte contre les changements climatiques ont pour objectif principal de contenir la température moyenne de la planète à 1,5 C sans toutefois dépasser le 2° C comparativement aux niveaux préindustriels. Ceci est de nature à impacter la production des marchandises.

69 Les articles 4, 6 et 9 de cette Convention proscrivent et contrôlent, selon le cas, le trafic des déchets dangereux sur le continent africain. Sont dangereuses, les mêmes catégories de déchets prévus dans l'annexe I de la Convention de Bâle. La majorité d'Etats parties à la ZLECAf ont ratifié cette convention (Voir Ecolex, Convention sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique, in <https://www.ecolex.org/fr/details/bamako-convention-on-the-ban-of-the-import-africa-and-the-control> (consulté le 10 juillet 2023).

70 L'article XI de cette Convention régleme le commerce de spécimens et produits des espèces protégées. Il vise la réduction ou l'élimination du commerce illicite de faune et de flore, et de leurs spécimens ou produits. Malheureusement moins de 20 Etats parties à la ZLECAf ont ratifié cette convention.

71 Quelques dispositions relatives à la protection de l'environnement dans ces différents traités émettent des règles restrictives aux pratiques commerciales entre Etats membres. C'est le cas de l'article 112(1, e) du Traité de la Communauté des Etats d'Afrique de l'Est qui impose à ses membres d'intégrer la gestion environnementale et les mesures de conservation dans toutes les activités de développement telles que le commerce. L'article 113 du même Traité favorise la lutte contre le commerce illégal et les mouvements transfrontières des déchets chimiques, toxiques et dangereux. Dans le même sens, l'article 30 du Traité de la Communauté des Etats d'Afrique de l'Ouest postule pour l'interdiction et le contrôle des importations des déchets toxiques et nocifs.

3.4 Instituer et appliquer le principe de précaution dans le libre-échange

Le continent africain est au premier rang des parties du globe les plus touchées par les catastrophes environnementales dues notamment aux effets des changements climatiques au point qu'on dise qu'elle est plongée dans une «climato-vulnérabilité aigue».⁷² Face à ces risques et aux «besoins contradictoires nés, d'une part, de la nécessité de protéger le [libre-échange] et partant [le] développement économique, et, d'autre part, la nécessité de réduire le risque d'effets négatifs sérieux et irréversibles sur l'environnement»,⁷³ l'institution et l'application du principe de précaution dans le cadre de la ZLECAf devient une option à privilégier. En effet, il est désormais admis qu'«en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement».⁷⁴ Depuis lors, plusieurs traités et accords internationaux l'ont affirmé, et parmi eux les accords commerciaux de libre-échange.

D'abord, au niveau universel, l'OMC prévoit que «dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles».⁷⁵ Ce principe a connu une pratique jurisprudentielle devant le Tribunal de l'Organisation.⁷⁶ Il en ressort quatre critères de validité pour tout recours à ce principe. Il s'agit de l'information scientifique insuffisante; la mesure prise doit être adoptée sur base d'informations pertinentes disponibles; l'Etat qui y recourt doit chercher à obtenir les informations supplémentaires nécessaires en vue d'une évaluation objective; enfin, il doit revoir la mesure dans une période de temps raisonnable.⁷⁷

C'est aussi le cas au niveau régional avec le CETA qui, à travers ses Etats parties, reconnaît qu'en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures

72 MA Mekouar 'L'Afrique à l'épreuve de l'accord de Paris: ambitions et défis' (2017) *Revue juridique de l'environnement* 60.

73 M Arbour 'Le principe de précaution dans le contexte du commerce international: une intégration difficile' (2002) 43 *Les Cahiers de droit* 6.

74 Principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992).

75 Article 5(7) de l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS).

76 Voir notamment les affaires *du bœuf aux hormones?* [WT/DS/48/R (18 août 1997)]; *Japon – Mesures visant les produits agricoles* [Voir WT/DS76/R (27 octobre 1998). La décision a été confirmée en appel en 1999 (WT /DS76/AB/R)].

77 Voir dans ce sens G Canivet, L Lavrysen et D Guihal *Manuel judiciaire de droit de l'environnement* (2006) 55.

économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement».⁷⁸

Il serait souhaitable que ces clauses environnementales soient intégrées dans le système conventionnel de la ZLECAf pour permettre aux Etats de prendre les mesures propices visant à protéger la population contre les effets néfastes de certains produits sur la santé et/ou sur l'environnement en général. Toutefois, l'on devrait veiller à ce que le recours à ce principe soit justifié par des conclusions acceptables et non pas celles fondées sur «des craintes ou des perceptions irrationnelles [qui laissent transparaître] une forme déguisée de protectionnisme».⁷⁹ C'est pourquoi, des garde-fous institutionnels devraient être pensés dans le but de garantir l'équilibre entre le développement économique du continent et la nécessité de sa durabilité.

4 POUR UN RECONDITIONNEMENT 'ÉCO-' EFFICIENT DU DISPOSITIF INSTITUTIONNEL DE LA ZLECAf

Une fois remanié au gré des exigences du développement durable, le nouveau dispositif juridique de la ZLECAf ne peut prétendre à l'effectivité que si, d'abord, il est institué un organe spécialisé pour assurer le contrôle de l'application au sein des États des règles pertinentes (4.1), puis, si le système est suffisamment démocratisé (4.2) et que si ce processus est judiciairisé (4.3), mais aussi si les mécanismes de règlement des différends sont bien souples (4.4).

4.1 Instituer un organe spécialisé de mise en œuvre des clauses environnementales

En incluant les dispositions qui garantissent le verdissement des activités commerciales, les accords de libre-échange ont tendance à mettre en place un cadre institutionnel ou un mécanisme de suivi⁸⁰ dont les missions essentielles concourent à la conciliation de la promotion du développement économique avec la satisfaction du développement durable. On peut observer avec regret que parmi les organes de gouvernance prévus tant dans l'Accord de la ZLECAf⁸¹ que dans ses différents protocoles,⁸² aucun d'eux n'a de compétence

78 Article 24.8(2).

79 Arbour (n 73) 24.

80 Pirlot (n 12).

81 L'article 9 de l'Accord a institué les organes suivants: le Conférence, le Conseil des ministres, le Comité des hauts fonctionnaires du commerce, le Secrétariat.

82 L'article 31 du Protocole sur le commerce des marchandises institue pour sa mise en œuvre un comité pour le commerce des marchandises. L'article 26 du Protocole sur le commerce des services crée pour sa part un comité pour le commerce des services.

expresse pour assurer le rapprochement dialectique des finalités, libre-échange et protection de l'environnement, par principe discordants. S'agissant particulièrement des mesures sanitaires et phytosanitaires, on peut relever le fait que la ZLECAf s'inspire de l'OMC en prévoyant la mise sur pied du Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires qui, en vertu de l'Accord SPS, a reçu mandat, entre autres, de faciliter des consultations et négociations entre les Etats parties.⁸³ Pour l'heure, cette ambition est encore à l'étape de projet dans le cadre de la ZLECAf.⁸⁴

Toutefois, cela ne devrait pas suffire au regard de l'ouverture ou l'élargissement à d'autres questions environnementales. C'est pourquoi, il serait indiqué d'instituer au titre d'organe principal et permanent un Comité chargé des questions environnementales, sociales, climatiques et des droits de l'homme. Un tel organe de mise en œuvre devrait avoir entre autres missions d'examiner les interactions entre les mesures commerciales et les mesures environnementales et de faire des recommandations vis-à-vis de la pertinence de modifier les dispositions du système commercial multilatéral comme c'est le cas dans l'OMC.⁸⁵ De plus, il devrait lui être reconnu le pouvoir d'examiner chaque cas de dénonciation lui soumis par les particuliers avant de, soit classer le dossier sans suite avec motivation, soit sanctionner l'Etat reconnu défaillant.

De manière concrète, ce comité évalue rigoureusement et continuellement l'impact environnemental des activités menées par les Etats en vertu de l'Accord.⁸⁶ Il devrait aussi permettre une coopération régulière entre la ZLECAf d'un côté et les secrétariats des différents traités environnementaux qui régissent les Etats africains d'un autre, en vue d'une meilleure coordination. Ceci pourrait se faire notamment par l'échange régulier des informations.⁸⁷

Il devrait être un organe supranational et devrait comprendre les personnes provenant de chaque Etat parties choisis parmi les experts en matière du commerce et de l'environnement au regard de leur compétence, expérience et expertise avérées. Pour plus d'efficacité et de proximité avec les populations, ledit comité devrait se doter des antennes locales au sein de chaque Etat.

83 Voir OMC Accord SPS article 12. Il est aussi reconnu la possibilité de recourir aux entités non gouvernementales (article 14).

84 En effet, il est renseigné que l'Annexe 7 au Protocole sur le commerce des marchandises est encore à l'étape de projet. A voir sur <https://www.africa-tradeagreements.tn/fer/zlecaf> (consulté le 11 novembre 2023).

85 Voir OMC *Décision sur le commerce et l'environnement* LT/UR/D-6/2 (15 avril 1994).

86 Voir dans ce sens Martinez (n 19) 81.

87 Voir dans ce sens Castellarin (n 45) 106.

4.2 Démocratiser les mécanismes de mise en œuvre des clauses environnementales

Il faut relever que l'absence d'un véritable contrôle démocratique dans la mise en œuvre d'un accord commercial de libre échange peut alimenter la méfiance de l'opinion publique.⁸⁸ C'est pourquoi aux côtés des mécanismes purement interétatiques devraient s'ajouter d'autres qui sont de nature intra étatiques consistant en ce que «chaque partie institue ... un point de contact et un ou plusieurs groupes consultatifs internes, qui se composent d'organisations indépendantes représentatives de la société civile».⁸⁹ Par ces cadres participatifs, l'on garantit l'établissement des normes légales et réglementaires environnementales assurant une protection durable du milieu naturel et de la santé pour l'ensemble de la population.⁹⁰

La ZLECAf qui n'est pas encore ouverte à cette donne devrait y satisfaire dans l'objectif de son «verdissement institutionnel». Elle devrait alors s'inspirer du CETA⁹¹ ainsi que de l'USMCA⁹² en reconnaissant d'abord le droit à l'information et à la participation du public⁹³ notamment dans la mise en œuvre des clauses environnementales directes ou indirectes tant en amont qu'en aval et le rejet de toute initiative normative ou opérationnelle en marge des exigences environnementales.

Dans ce sens, l'on devrait prévoir un mécanisme de contrôle citoyen en vertu duquel l'ensemble de la société civile ou plus particulièrement toute personne physique ou morale habitant ou exerçant dans l'un des Etats parties peut présenter auprès du Comité spécial à instituer ou devant ses antennes locales des observations ou des requêtes par lesquelles elle soutient les omissions d'appliquer ou les violations dans l'application de ces clauses environnementales. Par ailleurs, les recours judiciaires visant la mise en œuvre ou la violation des clauses environnementales devraient aussi être garantis.

4.3 Encourager les recours judiciaires contre toute forme de commerce «éco-défaillant»

Dans un contexte de globalisation du commerce international qui menace les équilibres climato-environnementaux, le rôle du juge pour la consolidation du développement durable est plus que jamais

88 Voir dans ce sens M Dupré S Leré *Mettre le commerce au service de la transition écologique et sociale 37 propositions pour reformer la politique commerciale commune* (2019) 31.

89 Castellarin (n 45) 14.

90 Voir Lichtinger (n 18).

91 Voir les articles 24.13 à 24.15.

92 Voir les articles 24.26 à 24.31.

93 Ces droits ont une portée générale en droit international à travers la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière de l'environnement.

important.⁹⁴ Plusieurs traités internationaux de libre-échange ou d'investissement ont instauré des tribunaux *ad hoc*, ce qui a occasionné le développement d'une industrie judiciaire⁹⁵ visant la sanction contre toute violation ou tout défaut d'observation des clauses environnementales. A ce sujet, on est d'avis qu'il faudrait dépasser le stade primaire de prévision des dispositions vertes des accords pour organiser dans le système un dispositif de sanction aux fins d'en «garantir l'effectivité».⁹⁶ Ce mécanisme de sanction serait la caution pour un libre-échange continental qui participe effectivement à la réalisation des objectifs de développement durable.

Malheureusement, la ZLECAf est aux abonnés absents face à cette pratique en vogue. Dans ces conditions, il semble difficile d'espérer un régime de sanction tant punitif qu'incitatif. L'institution d'une juridiction appelée à garantir l'effectivité de la sanction comme c'est le cas dans d'autres accords de libre-échange, est très indiquée. Par ailleurs, pour des raisons pratiques liées notamment à l'effectivité de la sanction et au rapprochement du justiciable de l'administration de la justice, elle peut faire jouer aux juridictions étatiques le rôle revenant normalement à une juridiction régionale, comme c'est le cas dans les systèmes USMCA,⁹⁷ CPTPP⁹⁸ et CETA.⁹⁹

Les juridictions nationales devraient intervenir pour contrôler l'application des clauses environnementales et sanctionner toute violation éventuelle. Les accords devraient veiller à ce que ces procédures soient souples et justes avec des garanties suffisantes d'équité, de transparence et de gratuité, et s'étendre sur des délais raisonnables. De même, elles devraient être menées en toute indépendance et impartialité avec possibilité de voies de recours, tout en évitant la corruption des acteurs judiciaires. Dans le même souci de justice, l'assouplissement des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends devrait être encouragé.

4.4 Assouplir les mécanismes de règlement pacifique des différends

Malgré leur caractère rudimentaire, les clauses environnementales contenues dans le cadre juridique de la ZLECAf peuvent faire l'objet de violation dans leur mise en œuvre. Dès lors, les mécanismes de règlement des différends posés dans le Protocole y relatif peuvent être enclenchés.

94 Voir E-D Kemfouet 'Avant-propos' (2022) 7 *Revue africaine de droit de l'environnement* 9.

95 Voir dans ce sens Martinez (n 19) 108.

96 N Dorbane *Politiques publiques environnementales et mondialisation: la possibilité d'une articulation?* (2012) 11.

97 Article 24.6.

98 Article 20.7.

99 Voir l'article 24.6.

Toutefois, la procédure édictée quant à ce s'avère affaiblie à cause notamment de la politisation à outrance de l'organe de règlement des différends censé l'appliquer. En effet, cette faiblesse réside sur le fait que cet organe est composé des représentants de chaque Etat membre¹⁰⁰ et que ses décisions sont prises par consensus¹⁰¹ dans un rapport. Il en est de même de toutes les autres voies de dénouement¹⁰² dont l'arbitrage qui, foncièrement, dépend de ce même organe. Dès lors, la possibilité d'aboutir à une résolution pacifique du litige devient minime et laissée à la bonne volonté, mieux la bonne foi des Etats.

Pour assouplir le processus et s'assurer du bon fonctionnement des mécanismes mis en place, surtout en ce qui est des différends ayant trait à la violation des clauses environnementales, il serait mieux indiqué de dépolitiser les instances compétentes en en faisant des organes restreints dont les membres ne s'auraient naturellement être soumis à tout mandat impératif.¹⁰³ Dans ces conditions, les décisions devraient être adoptées à la majorité des membres.

En outre, les procédés de règlement des différends institués par la ZLECAF pèchent par leur caractère statocentrique en ce qu'ils excluent de la procédure tout différent de portée privée.¹⁰⁴ Ceci ignore le fait que la libéralisation du marché continental africain, à l'instar des autres espaces de libre-échange au monde, fait intervenir des particuliers, personnes physiques ou morales.¹⁰⁵ La ZLECAF devrait emboîter le pas du CETA¹⁰⁶ qui institue de manière générale, en plus des mécanismes politiques, un tribunal spécial pour connaître de tels litiges.

5 AUTRES VECTEURS DU VERDISSEMENT DE LA ZLECAF

Au-delà des aspects purement juridiques liés aux cadres normatifs et institutionnels, d'autres aspects devraient également être pris en compte dans le système de la ZLECAF. Il en est ainsi de la promotion et la facilitation du commerce des biens et services environnementaux (5.1), la lutte contre le dumping environnemental (5.2) ainsi que la promotion des partenariats public-privé verts (5.3).

100 Article 5(2) du Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends le règlement des différends.

101 Article 5(6). Ici le consensus est entendu comme 'le fait qu'aucun État partie présent à la réunion de [l'organe de règlement de différends] au cours de laquelle une décision est prise ne s'oppose formellement à la décision proposée' (voir l'article 1er(a) du même protocole).

102 Voir les articles 10, 20 et 27 du même protocole.

103 PM Ozigré *Les organes restreints des organisations internationales* (2013) 67.

104 Voir dans ce sens l'article 3 du Protocole.

105 Tel est le cas d'un différend opposant une personne privée à un Etat, notamment sur l'application des clauses environnementales jugées discriminatoires et abusives par le particulier.

106 Voir l'article 8.18 et suivants.

5.1 Promouvoir et faciliter le commerce des biens et services environnementaux

A l'heure où l'humanité connaît de graves catastrophes environnementales, le commerce des biens et services environnementaux devrait remplir une fonction primordiale par la facilitation du déploiement des technologies vertes¹⁰⁷ présentant un intérêt particulier pour l'atténuation des effets des changements climatiques. C'est même en ceci que la libéralisation du commerce a des effets positifs sur l'environnement, comme cela a été relevé ci-haut. Ayant pris conscience de cette réalité, différents accords de libre-échange, soucieux que le commerce serve la cause du développement durable, posent des «mesures en faveur du commerce au service de la transition écologique».¹⁰⁸

La ZLECAf, pour sa part, n'a encore pas eu égard à cette nécessité. C'est pourquoi, l'on devrait, à la manière de l'USMCA,¹⁰⁹ du CETA¹¹⁰ et du CPTPP,¹¹¹ introduire dans l'Accord du 21 mars 2018 des dispositions reconnaissant l'importance d'éliminer ou de réduire au maximum les obstacles au commerce et à l'investissement se rapportant à ce type de commerce en le facilitant et en le promouvant. Ceci devrait participer à l'amélioration de la performance environnementale et économique, créer une croissance et des emplois verts et contribuer à la durabilisation du développement des Etats de l'espace ZLECAf.

Toutefois, l'on devrait reconnaître aux Etats le pouvoir de prévenir les risques environnementaux de certaines marchandises ou services, même lorsqu'ils sont présumés respectueux de l'environnement ou qu'ils permettent la protection de celui-ci. Ceci devrait éviter aux Etats africains de devenir de «havres de pollution» et hypothéquer définitivement leur développement global.

107 Point de vue défendu aussi par OMC *Expérience en matière de promotion et de facilitation des biens et services environnementaux* (2022) 2. Parmi les biens et services environnementaux il y a les produits chimiques pour le traitement de l'eau, instruments anti émission, les fruits comestibles, gestion des déchets, l'écotourisme, prévention contre l'érosion, traitement des eaux usées, etc. Le marché qui s'y rapporte est estimé à 200 milliards de dollars américains et son rythme de croissance annuelle est de 5.5%. Voir dans ce sens M Kennett et R Steenblik *Biens et services environnementaux: synthèse d'études de cas par pays* OCDE (2006) 22; J-P Boyer *Evaluation économique de biens et services environnementaux par la méthode du transfert de bénéfices* (2013) 2-8; OCDE *Les effets environnementaux des échanges* (1994) 14.

108 Castellarin (n 45) 10.

109 Voir l'article 24.24.

110 Voir l'article 24.9.

111 Voir l'article 20.18.

5.2 Imposer une (re)industrialisation «éco-compatible» dans l'espace ZLECAF

Dans leurs interactions, libre-échange et protection de l'environnement ont vocation à amplifier la (dé)localisation des entreprises polluantes des pays industrialisés ayant des législations très contraignantes en matière environnementale vers des pays aux législations environnementales laxistes et permissives, des havres de pollution,¹¹² comme en Afrique.

Malgré que ce transfert peut représenter un intérêt économique considérable pour l'Afrique en l'occurrence,¹¹³ il faut reconnaître que ce phénomène est source de plusieurs décès sur le continent.¹¹⁴

Pour la ZLECAF, ce «dumping environnemental»¹¹⁵ peut s'observer dans deux cas de figure: interne au système africain ou externe à celui-ci. Dans la première hypothèse, sachant que les Etats de la ZLECAF n'ont pas fixé les mêmes niveaux de protection de l'environnement et n'ont pas le même niveau de développement économique ou industriel, les plus faibles économiquement et généralement plus laxistes dans leurs législations pourraient devenir des destinations de prédilection pour le marché polluant des pays les plus exigeants et/ou en évolution industrielle comme l'Afrique du sud, l'Egypte et le Nigéria.

Dans la deuxième hypothèse, les Etats africains pris ensemble sont susceptibles d'être les havres de pollution pour les entreprises polluantes en provenance des pays les plus industrialisés dans le monde comme les États-Unis d'Amérique, la Chine et plusieurs pays européens. Déjà, il a été révélé, et c'est encore le cas, que «les marchés nationaux africains, si tant est qu'ils existent, sont dominés par les

112 Voir F Lessard *Commerce international et havres de pollution* (2013) 5. Le 'havre de pollution' s'entend d'une 'région ou un pays qui se spécialise dans les activités polluantes, en raison d'une différence dans les réglementations environnementales'. Voir N Zugravu-Solita *Croissance, commerce, IDE et leur impact sur l'environnement: cas de l'Europe Centrale et Orientale et de la Communauté des Etats Indépendants* (2009) 21.

113 Il est indiqué en effet que les économies les plus exigeantes en matière de protection de l'environnement, comme celles des pays de l'Union européenne, doivent faire face à un choc de compétitivité négatif qui incite les entreprises de ces pays à délocaliser leurs activités vers des 'havres de pollution'. Voir Martinez (n 19) 119. Ceci constitue pour eux un manque à gagner mais un profit économique pour les pays à économies moins exigeantes.

114 Voir AJ Drigba *Impact des mesures environnementales sur la relation commerciale entre les pays de l'Union européenne et le groupe APE de la Communauté pour le Développement de l'Afrique Australe* (CDAA) (2019) 9.

115 Compris comme un facteur du phénomène de 'havre de pollution', le dumping environnemental ou écologique découle de la régulation environnementale moins stricte dans un pays au point qu'elle attire considérablement les industries polluantes. Il s'agirait donc d'une politique voulue par un Etat qui veut se montrer attractif sur le marché mondial. Les pays du sud, africains en l'occurrence sont pointés du doigt dans l'application de telles politiques. Voir dans ce sens A Rieber et T Anh-Dao 'Dumping environnemental et délocalisation des activités industrielles: le sud face à la mondialisation' (2008) 2 *Revue d'économie du développement* 5-35; L Rolland 'Commerce international et environnement sont-ils (in)conciliables?' (2017) 2 *Regards croisés sur l'économie* 81.

filiales des firmes [industrielles] multinationales [d'origine non africaine]»¹¹⁶ qui sont généralement polluées de l'environnement. Dans ces conditions, fuyant les coûts exorbitants par l'application de la règle pollueur-payeur dans leurs pays d'origine, ces entreprises tendent à se délocaliser vers l'Afrique, profitant ainsi de la légèreté des clauses environnementales.

Pour mettre fin à cette tendance dangereuse, s'inspirant de l'USMCA,¹¹⁷ du CETA¹¹⁸ et du CPTPP,¹¹⁹ les objectifs de la ZLECAf devraient relever clairement la nécessité de renforcer la gouvernance environnementale dans chaque Etat partie. Il y a lieu de réitérer encore ici l'appel à une intégration normative de toutes les législations environnementales étatiques. De plus, les Etats africains, s'ils ne peuvent avoir les mêmes exigences environnementales que les pays développés et industrialisés, devraient toutefois appliquer sans complaisance le principe de pollueur-payeur contre les multinationales détenant les industries polluantes.

Par ailleurs, la création d'un partenariat entre chaque Etat partie à la ZLECAf et ses entreprises commerciales, tout en y associant la société civile, s'il y échoue, ce en vue d'un commerce durable, devrait être pensée partant du verdissement des partenariats public-privé.

5.3 Favoriser la création des partenariats public-privé verts

Depuis plusieurs années, «[l]a gestion de l'environnement est peu à peu devenue le domaine exclusif de deux partenaires: l'Etat et l'industrie».¹²⁰ Il se fait sentir dès lors le besoin de recourir aux mécanismes de partenariats public-privé plus écologiques et plus écologisant, c'est-à-dire soucieux des objectifs de protection de l'environnement et plus globalement ceux de développement durable. Des tels partenariats seraient de deux formes, contractuelle¹²¹ et consensuelle.¹²²

116 Luaba (n 1) 478.

117 Voir l'article 24.2.

118 Voir l'article 24.2.

119 Voir l'article 20.2.

120 M Grandbois 'Les déchets dangereux au Québec: la participation publique et la gestion des risques' in JP Colson (dir) *Environnement et déchets* (1993) 32.

121 Surtout utilisés pour des projets de construction et de gestion d'infrastructures publiques, les partenariats public-privé contractuels sont généralement initiés par le partenaire public (Gouvernement ou ses démembrements) et conclus avec un ou des particuliers (entreprises privées). Le contrat qui les lie détaille précisément les mandats, tâches, risques et bénéfices ainsi que les délais de construction et d'opération ainsi que la durée de celui-ci. Voir dans ce sens CK Cornelissen *Pertinence des partenariats public-privé en développement durable entre la ville et la grande industrie: le cas de biogasvast, en suède* (2008) 21.

122 La structure des partenariats public-privé consensuels intègre à la fois des partenaires publics et privés mais pouvant inclure également la société civile sur un pied d'égalité. Ils sont réalisés selon des ententes plus souples et sont utilisés lorsqu'une expertise et des réseaux de plusieurs types différents sont nécessaires.

Ainsi, pour mieux équilibrer les interrelations entre les questions environnementales et économiques ou commerciales, la ZLECAf devrait se doter de l'objectif visant à «favoriser [l']émergence [des partenariats public-privé] comme approche de solutions durables ... afin de s'assurer que les initiatives responsables des entreprises constituent un atout et non un frein à leur compétitivité».¹²³

Il ne fait aucun doute que «tels partenariats peuvent souligner les bonnes pratiques et mettre sur le devant de la scène les entreprises exemplaires en matière de développement durable, y compris les petites et moyennes entreprises».¹²⁴ A travers une telle pratique, chaque Etat pourra s'assurer que ses entreprises qui entrent dans la compétition au sein du marché continental africain libéralisé n'exportent pas les industries ou produits polluants. Des subventions et autres facilités administratives devraient être les mesures appropriées pour parvenir aux résultats escomptés dans ce type de partenariats. En faisant ainsi, la ZLECAf pourra inspirer d'autres accords de libre-échange qui devraient suivre l'exemple.

6 CONCLUSION

Alors qu'en cette année 2023 l'Union africaine a choisi pour thème «L'année de la ZLECAf: accélération de la mise en œuvre de la ZLECAf», il y a lieu de considérer que ce processus a encore du chemin à faire surtout en ce qui est de la poursuite du développement durable. En effet, quand bien même la ZLECAf est un moteur du développement économique du continent, ce dernier ne devrait pas devenir «naïf du libre-échange»¹²⁵ au point de sacrifier ses ambitions pour le développement durable par la protection de l'environnement. C'est en ceci que, cherchant la conciliation et la réconciliation des deux paradigmes sous analyse, l'étude a proposé des cadres de gouvernance propices pour un libre-échange plutôt soucieux du sort des générations présentes et futures dans une Afrique en proie à des défis sociaux, environnementaux et climatiques sans précédent.

Il faut préciser que «la manière dont les compromis [sur l'environnement ou le développement durable] sont placés dans le texte [de l'accord de libre-échange] conditionne leur efficacité finale».¹²⁶ Une simple prise de conscience des questions environnementales dans le préambule ou dans une disposition particulière ne peut garantir leur prise en compte effective. Plusieurs accords de libre-échange

Utilisés dans les pays en voie de développement entre autres pour la desserte de services sociaux tels que la santé, ce type de partenariats public-privé peut être utilisé aussi dans des projets visant à modifier des comportements sociétaux ou des méthodes de production, [surtout la production présentant plus de risque de pollution de l'environnement. Voir dans ce sens Cornelissen (n 121) 22.

123 Cornelissen (n 121) xviii.

124 OMC/PNUE *Mettre le commerce au service de l'environnement, de la prospérité et de la résilience* (2018) 96.

125 Voir J-C Juncker *Discours sur l'état de l'Union* (13 septembre 2017).

126 Bastarrica (n 8) 128.

comportent un chapitre entier sur la protection de l'environnement ou sur le développement durable. La doctrine reconnaît que ces questions peuvent également être reprises dans «un accord parallèle, dans un accord de coopération ou dans une annexe». ¹²⁷ La ZLECAf pourrait, à défaut d'adapter son cadre juridique actuel aux réalités soulevées dans cette contribution, s'inscrire dans cette dernière hypothèse en se dotant d'un protocole particulier qui témoigne de l'intérêt ou de la place que les Etats africains accordent aux liens conflictuels entre environnement et commerce, ainsi que la manière de les harmoniser sans que l'un ne puisse empêcher la réalisation de l'autre en s'inspirant notamment des différentes propositions formulées dans les précédents développements.

Toutefois, peu importe le choix de la modalité d'insertion opérée, l'objectif à poursuivre devrait être celui de «confirmer [le] caractère de droit positif» ¹²⁸ à la question de développement durable dans l'exercice du commerce sur le continent et de sortir de la perspective décliniste actuelle avec des règles libre-échangistes vectrices d'un mal développement. En ceci, à la suite de Katia Opalka, «le libre-échange et le développement durable [sont] censés accomplir, pour nous tous, ce que le capitalisme et le communisme n'avaient pas réussi à faire: améliorer la condition humaine ... conditionnée par les contraintes écologiques». ¹²⁹ Les Etats membres de la ZLECAf devraient avoir pleine conscience de cette nécessité et agir en connaissance des causes en sortant de leur carcan souverainiste traditionnel car, il faut le dire, sans supranationalité l'effectivité du libre-échange ou la progressivité de l'intégration vers les autres étapes selon la théorie de Bela Balassa ¹³⁰ ne sera qu'un leurre.

127 J-F Morin et M Rochette 'Les dispositions environnementales des accords commerciaux: entre innovation et diffusion' in Sandrine Maljean-Dubois (dir) *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement* (2017) 30 et 55. Voir aussi dans ce sens NH Nguyen, TU Dao et HN Doan 'Les règles sanitaires et environnementales dans les accords de libre-échange du Vietnam: vers une meilleure protection de la santé et de l'environnement?' (2020) *Les Cahiers de droit* 197.

128 Voir E-D Kemfouet 'La prise en compte du développement durable dans les expériences d'intégration économique en Afrique' (2022) 7 *Revue africaine de droit de l'environnement* 63.

129 Cité par P Halley A et E Ingelson (dir) *L'environnement au tribunal* (2021) 764.

130 Voir B Balassa *The theory of economic integration* (1969).