

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



UNE COUR DE JUSTICE POUR LE MERCOSUR ? VRAIES-FAUSSES AVANCÉES VERS UNE INSTITUTIONNALISATION RENFORCÉE

Mariana Peña-Pinon

Volume 25, Number 1, 2012

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1068643ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1068643ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Peña-Pinon, M. (2012). UNE COUR DE JUSTICE POUR LE MERCOSUR ? VRAIES-FAUSSES AVANCÉES VERS UNE INSTITUTIONNALISATION RENFORCÉE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 25(1), 119–154. <https://doi.org/10.7202/1068643ar>

Article abstract

Since the conclusion of the *Treaty of Asunción* in 1991, the member states of MERCOSUR made an agreement to create a common market. However, this integration regime did not create a jurisdictional institution like the Court of Justice of the European Union. The MERCOSUR parliament proposed in 2010 a protocol that would modify the institutional order established by creating a court of justice. This court will replace the current Permanent Review Court and will dispose of large competences to supervise the current legislation and to control its standard application. The rule that will set up the new court is inspired by the ones that govern the jurisdiction of the European Court of Justice and the Court of Justice of the Andean Community. However, some differences should be pointed out. Even if this project foresees the evolution of the current dispute settlement system, certain obstacles are difficult to overcome until the protocol comes into effect.

UNE COUR DE JUSTICE POUR LE MERCOSUR? VRAIES-FAUSSES AVANCÉES VERS UNE INSTITUTIONNALISATION RENFORCÉE

Mariana Peña-Pinon^{*}

Depuis la souscription du *Traité d'Asunción* en 1991, les États parties au MERCOSUR se sont engagés à construire un marché commun. Mais, contrairement au cas européen, ce modèle d'intégration n'a pas été doté d'un organe juridictionnel tel que la Cour de justice. Une proposition de protocole adoptée par le parlement du MERCOSUR en 2010 vient modifier la structure institutionnelle conçue en mettant en place une cour de justice qui remplacera l'actuel Tribunal permanent de révision. Celle-ci disposera de larges compétences pour assurer la légalité de l'ordre juridique du MERCOSUR ainsi que pour vérifier l'application uniforme de ce droit. L'inspiration des dispositions régissant le fonctionnement de la Cour de justice de l'Union européenne et du Tribunal de justice de la Communauté andine est évidente. Quelques distinctions méritent cependant d'être signalées. Bien que ce Projet suppose une évolution du système de règlement des différends actuel, plusieurs écueils s'opposent à son entrée en vigueur.

Since the conclusion of the *Treaty of Asunción* in 1991, the member states of MERCOSUR made an agreement to create a common market. However, this integration regime did not create a jurisdictional institution like the Court of Justice of the European Union. The MERCOSUR parliament proposed in 2010 a protocol that would modify the institutional order established by creating a court of justice. This court will replace the current Permanent Review Court and will dispose of large competences to supervise the current legislation and to control its standard application. The rule that will set up the new court is inspired by the ones that govern the jurisdiction of the European Court of Justice and the Court of Justice of the Andean Community. However, some differences should be pointed out. Even if this project foresees the evolution of the current dispute settlement system, certain obstacles are difficult to overcome until the protocol comes into effect.

^{*} Doctorante en droit à l'Université du Luxembourg, Mariana Peña-Pinon est titulaire d'un diplôme de Master en droit européen (Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne). Avocate au Barreau de Buenos Aires, elle a travaillé en tant que référendaire à la Cour nationale de cassation (Argentine). Elle a également intégré comme assistante diplômée la Chaire de droit de l'intégration à l'Université Austral (Argentine). Courriel : mariana.pena@uni.lu. L'auteur remercie le professeur Jörg Gerkrath pour l'encouragement à réaliser ce travail et le professeur Alejandro Perotti pour tous ses conseils.

Dans un certain sens l'importance de la Cour réside dans son existence, plutôt que dans son fonctionnement. Même dans l'absence de tout litige, elle constituerait un élément essentiel assurant le respect et l'observation des règles du jeu commun. Il n'y pas besoin d'expliquer la valeur considérable d'un accès libre et inconditionné de toutes les autorités intéressées au prétoire communautaire.¹

Le Marché Commun du Sud (MERCOSUR) a fêté un nouvel anniversaire le 26 mars dernier. Vingt et un ans de vie institutionnelle, de production normative, de célébration de sommets. Pendant ces années, cette zone d'intégration a connu des temps de progrès et de stagnation². Parmi les progrès, la doctrine n'hésite pas à inclure la conclusion du *Protocole d'Olivos*³, le 18 février 2002. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004, cet instrument a marqué un pas en avant dans l'évolution du système de règlement des différends. Il instaure un Tribunal permanent de révision (TPR) comme autorité suprême pour régler les conflits entre les États membres et prévoit la possibilité de solliciter des opinions consultatives.

Toutefois, ce système présente plusieurs failles et il a fait l'objet de nombreuses critiques. Celles-ci s'inscrivent dans la réprobation par une partie de la doctrine de la structure institutionnelle du MERCOSUR qui peut être qualifiée d'« intergouvernementale » par opposition à celle qu'en droit de l'intégration on appelle « supranationale ». Cela veut dire – entre autres caractéristiques et sans rentrer dans le débat sur la portée de cette notion qui dépasse l'objet de ce travail – que les États ne reconnaissent pas un transfert de compétences vers les institutions communes. Au sein du MERCOSUR, les institutions créées répondent aux gouvernements nationaux.

L'absence d'institution supranationale a été perçue comme la racine des difficultés que rencontre le MERCOSUR pour avancer vers une « union de plus en plus étroite »⁴. Le remplacement du mécanisme actuel de règlement des différends par un organe juridictionnel, doté des compétences pour contrôler la légalité des normes dérivées et garantissant l'application et l'interprétation uniforme du droit du MERCOSUR, contribuera-t-il au renforcement de l'espace d'intégration et à la réalisation de ses objectifs⁵?

¹ André Donner, *Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes et les tribunaux internes*, recueil de cours, Académie de droit international de La Haye, 1965 à la p 12.

² Pour un bref bilan des périodes par lesquelles est passé le Mercosur, voir Gian Luca Gardini, « MERCOSUR : What You See Is Not (Always) What You Get » (2011) 17:5 Eur LJ 683.

³ *Protocole d'Olivos pour la solution des controverses dans le MERCOSUR*, 18 février 2002, 2251 RTNU 304, chapitre VI (entrée en vigueur : 25 octobre 2005) [*Protocole d'Olivos*].

⁴ Le préambule du *Traité d'Asunción* proclame en effet que les États membres « [réaffirment] leur volonté politique d'établir les bases d'une union de plus en plus étroite entre leurs peuples ». *Traité d'Asunción pour la constitution d'un Marché commun entre la République Argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay*, 26 mars 1991, 2140 RTNU 339 préambule [*Traité d'Asunción*] [Traduit par nstrad, en ligne : nstrad <http://www.nstrad.com/traductions/traité_asucion_fr.pdf>].

⁵ Ce questionnement est plus prégnant encore aujourd'hui, à la lumière des événements inédits qui ont récemment bouleversé la région et ont conduit à la suspension des droits du Paraguay à participer aux organes du MERCOSUR. Un contrôle juridictionnel sur l'application du *Protocole d'Ushuaia* relatif à

L'idée de mettre en place une institution juridictionnelle n'est pas nouvelle. Parmi les promoteurs de la création de ce tribunal, les magistrats des juridictions suprêmes internes ont joué un rôle fondamental. Réunis dans les rencontres du Forum permanent des cours suprêmes⁶, ils ont souligné l'importance de disposer d'un tel organe. Faisant écho à ces recommandations, le Parlement du MERCOSUR (le Parlement) a pris les choses en main et adopté un projet de norme instaurant la Cour de Justice du MERCOSUR (CJM) (I). Il s'agit d'une initiative d'une large portée qui recouvre des dispositions sur le fonctionnement et l'organisation générale de cet organe, ses compétences et les effets de ses arrêts.

L'adoption du protocole dépend maintenant du Conseil du marché commun (le Conseil). Le responsable de la prochaine étape est alors l'organe suprême du système d'intégration. En attendant⁷ la mise en place de l'organe juridictionnel permanent, l'apathie semble le pire ennemi (II).

I. Un projet ambitieux

La dernière session plénière de 2010 du Parlement du MERCOSUR a abouti à l'approbation du *Projet de Protocole Constitutif de la Cour de Justice pour le MERCOSUR* (le Projet) [notre traduction]⁸. Cette initiative – poussée particulièrement par la délégation paraguayenne – prévoit la création d'un organe juridictionnel, permanent et indépendant, qui transforme la structure institutionnelle du

l'engagement démocratique dans le MERCOSUR, la République de Bolivie et le République de Chili, 24 juillet 1998, 2177 RTNU 373 (entrée en vigueur : 17 janvier 2002) [*Protocole d'Ushuaia*] est-il convenable? L'annonce de l'incorporation imminente du Venezuela comme État partie du MERCOSUR, alors même que le parlement national du Paraguay n'a pas encore ratifié ladite adhésion, est-elle conforme au *Traité d'Asunción*? À ce sujet, voir la décision émise lors de la réunion du Conseil du marché commun du 29 juin 2012 : *Adhesión de la República de Colombia, la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela al "Acuerdo Modificatorio del Anexo del Acuerdo sobre documentos de viaje del MERCOSUR"*, 29 juin 2012, MERCOSUR/CMC/DEC n° 21/12, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/634/1/secretaria/decisiones_2012>.

⁶ Le Forum a été institué par la *Charte de Brasilia* lors de la deuxième rencontre des cours suprêmes du MERCOSUR. Les débats menés au sein de ces rencontres ont contribué au développement et au renforcement du système d'intégration. À titre d'exemple, on mentionnera le projet pour régler la procédure des opinions consultatives, finalement adopté par le Conseil du marché commun : *Reglamento del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes*, 18 janvier 2007, MERCOSUR/CMC/DEC n° 02/07, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/634/1/secretaria/decisiones_2007>. Pour plus d'information, voir : MERCOSUR, « *Foro de Cortes Supremas del MERCOSUR* », en ligne : MERCOSUR <www.cortesmercosul.jus.br>.

⁷ Espérant que cette attente ne se transforme pas en « drame absurde » comme l'invoquait l'avocat général de la Cour, Ruiz-Jarabo Colomer, en faisant référence à l'œuvre de Samuel Beckett, *En attendant Godot*, dans ses conclusions présentées le 18 mai 2006, dans l'affaire *Commission c France*, C-232/05, [2006] ECR I-10071 au para 100, sur la procédure française de récupération d'aides incompatibles.

⁸ *Proyecto de Norma : Protocolo constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR*, 2010 MERCOSUR/PM/PN n° 02/2010, en ligne : Parlamento del Mercosur <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/5353/1/proy_de_norma_02_1010_corte_de_justicia.pdf> [*Projet de norme*].

MERCOSUR de manière substantielle (A). Inspirés des modèles existants, notamment de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ainsi que du Tribunal de justice de la Communauté andine (TJCA) ou encore de la Cour centraméricaine de justice, les auteurs de ce Projet ont conçu un organe doté de vastes prérogatives (B).

A. Un modèle juridictionnel évolué

1. CARACTÉRISTIQUES DE LA JURIDICTION

Au préalable, une brève description du système actuel s'impose, afin de souligner les particularités de l'organe dont la création est proposée par le Parlement. Du contraste entre les deux modèles se dégage une évolution.

Depuis 2004, le MERCOSUR compte sur un TPR pour résoudre les conflits entre États. Le système, mis en place par le *Protocole d'Olivos*, permet aux États parties soit de saisir un tribunal arbitral *ad hoc* – comme le prévoyait le *Protocole de Brasilia*⁹ (abrogé par le *Protocole d'Olivos*) – dont la sentence est susceptible d'un pourvoi en cassation devant le TPR, soit d'introduire une action directement devant le TPR¹⁰, statuant en dernier ressort.

La phase de négociations directes n'ayant pas été supprimée de ce système¹¹, les États disposent encore de l'option de la voie diplomatique pour résoudre leurs différends. Une procédure devant le Groupe du marché commun¹² (le Groupe) est toujours possible en cas d'échec des négociations, mais à titre optionnel et non comme condition préalable à la saisine d'un tribunal arbitral comme le stipulait le *Protocole de Brasilia*.

Aucune légitimation pour saisir le TPR n'a été prévue en faveur des particuliers. Les personnes physiques ou morales dont les droits ont été affectés par l'adoption ou l'application de mesures étatiques contraires au droit du MERCOSUR peuvent présenter des requêtes devant la section nationale du Groupe de l'État partie dans lequel ils détiennent leur résidence habituelle ou le siège de leurs affaires¹³. De cela découle l'insuffisance de la protection due aux particuliers, qui dépendent en pratique de la bonne volonté des chancelleries; sans mentionner l'impossibilité de saisir les tribunaux régionaux dans les cas où c'est l'État partie dont le particulier dépend qui a méconnu le droit du MERCOSUR, car la chancellerie n'est pas légitimée à agir contre son propre État.

⁹ *Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias*, 17 décembre 1991, MERCOSUR/CMC/DEC. n° 01/1991, art 1 [*Protocole de Brasília*].

¹⁰ *Protocole d'Olivos*, *supra* note 3, art 23 para 1.

¹¹ *Ibid*, art 4.

¹² *Ibid*, art 6.

¹³ *Ibid*, art 40 para 1.

Une des plus grandes avancées introduite par le *Protocole d'Olivos* est celle de l'article 3¹⁴ qui prévoit que le Conseil peut établir des mécanismes relatifs à la demande des opinions consultatives au TPR. Malgré l'optimisme avec lequel cette initiative a été saluée, la pratique ne s'est pas avérée très active. Le Conseil a finalement organisé la procédure des opinions consultatives émanant des tribunaux suprêmes des États parties par la décision *CMC n° 02/07*¹⁵, renvoyant à ces derniers la tâche d'édicter les règles internes pour soulever les demandes au TPR.

La première demande, provenant d'un tribunal de première instance du Paraguay, est arrivée au TPR avant que la Cour suprême de justice de ce pays n'ait édicté ladite réglementation interne¹⁶. Depuis, deux autres opinions – venues des juridictions uruguayennes – ont été rendues par les arbitres du TPR, ce qui dresse un maigre bilan de trois opinions consultatives en huit ans de vie du TPR. Et ceci sans parler de la circonstance aggravante du caractère non contraignant des opinions, tel que le prévoit l'article 11 du *Règlement du Protocole d'Olivos* [notre traduction]¹⁷.

Ainsi décrit le système de règlement des différends actuellement en vigueur, il est facile de constater que la mise en place d'une cour de justice telle que prévue dans le projet des parlementaires suppose un bouleversement de la structure institutionnelle du MERCOSUR. Le nouvel organe est conçu avec des caractéristiques propres d'une juridiction supranationale remplaçant l'actuel TPR de nature « hybride »¹⁸. Il s'agit des caractères permanents et indépendants de l'institution ainsi que de sa juridiction obligatoire et exclusive.

¹⁴ *Ibid*, art 3. Le Chapitre II du *Règlement du Protocole d'Olivos* habilite les organes du MERCOSUR ayant capacité décisionnelle ainsi que les États parties agissant conjointement, à soulever des opinions consultatives auprès du TPR. *Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de controversias*, 15 décembre 2003, MERCOSUR/CMC/DEC n° 37/03, chapitre II [*Règlement du Protocole d'Olivos*].

¹⁵ *Reglamento del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal permanente de revisión por los tribunales superiores de justicia de los Estados partes del MERCOSUR*, MERCOSUR/CMC/DEC n° 02/07, 18 janvier 2007.

¹⁶ Le Brésil vient d'adopter lesdites normes internes pour soulever des opinions consultatives : *Emenda Regimental n° 48*, 3 avril 2012, DJE 72 à la p 1, en ligne : Supremo Tribunal Federal <<http://www.stf.jus.br/arquivo/norma/emendaregimental048-2012.pdf>>. L'Uruguay l'a fait à travers l'*Acordada n° 7604* de la Cour suprême de justice (24 août 2007), l'Argentine par l'*Acordada n° 13/2008* de la Cour suprême de justice de la nation (18 juin 2008) et le Paraguay par l'*Acordada n° 549* de la Cour suprême de justice (11 novembre 2008). Pour plus d'information sur ces accords, voir MERCOSUR, « Opiniones Consultivas », en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=377&site=1&channel=secretaria>.

¹⁷ Alejandro D. Perotti soutient la thèse contraire. Selon lui, les opinions consultatives lient les parties et sont obligatoires pour deux sortes de raisons : des raisons herméneutiques, selon lesquelles les finalités de toutes les dispositions concernées invitent à conclure à l'effet contraignant des opinions consultatives (notamment, le besoin d'une interprétation et application uniforme du droit du MERCOSUR) et des raisons normatives, en ce que ledit article 11 serait contraire à d'autres dispositions du *Protocole d'Ouro Preto* (*Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do MERCOSUL*), 17 décembre 1994, 2145 RTNU 298 [*Protocole d'Ouro Preto*], qui constitue une source de droit primaire du MERCOSUR, en particulier, les articles 9, 38 et 42. Voir Alejandro D. Perotti, « La obligatoriedad de las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR » dans Juan Patricio Cotter, dir, *Estudios de Derecho aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 453.

¹⁸ Nadine Susani, *Le règlement des différends dans le Mercosur : Un système de droit international pour une organisation d'intégration*, Paris, l'Harmattan, 2008 à la p 144. L'auteur se réfère à la nature arbitrale et juridictionnelle qui revêt le TPR.

À la différence du TPR, dont les arbitres ont une « disponibilité permanente »¹⁹, la CJM est appelée à siéger de manière permanente dans les locaux qui lui seront attribués à Asunción, Paraguay²⁰. Ceci est essentiel au déroulement normal et fluide d'une institution amenée à garantir la légalité du droit du système et à contrôler son application correcte et son interprétation uniforme. C'est cette continuité qui lui permettra d'établir une jurisprudence constante et solide, renforçant ainsi la sécurité juridique et la prévisibilité dans l'espace d'intégration. La désignation des juges hautement qualifiés pour un mandat de six ans renouvelable, consacrés entièrement à leur fonction²¹ s'avère ainsi indispensable au développement cohérent et uniforme de son œuvre jurisprudentielle.

L'indépendance constitue l'un des caractères intrinsèques de toute juridiction. Le projet du Parlement l'affirme à plusieurs reprises. Dès l'exposé des motifs, il est convenu la constitution d'un organe juridictionnel indépendant et l'article 3 le rappelle très clairement : « les juges jouissent de l'indépendance la plus absolue dans l'exercice de leurs fonctions » [notre traduction]²². Ceci entraîne une obligation pour les États parties de respecter ce principe ainsi qu'une obligation pour les juges d'abstention de tout comportement « incompatible avec le caractère et l'indépendance exigés par leur poste » [notre traduction]²³. En cas contraire, ils peuvent être relevés de leurs fonctions par décision unanime de la Cour de justice.

D'autres dispositions du Projet viennent confirmer ce caractère. Ainsi, l'article 5 au paragraphe 2, qui précise la procédure d'élection des juges, prévoit un rôle fondamental des tribunaux suprêmes nationaux dans la prise de cette décision. C'est exclusivement les pouvoirs judiciaires internes qui interviennent, empêchant ainsi toute ingérence des gouvernements des États parties²⁴.

La Section IV du Projet énonce les immunités dont jouissent la Cour et ses locaux, les juges, le greffier et les autres fonctionnaires, de manière à garantir également leur indépendance²⁵. Réaffirmée encore par le fait qu'il appartient à la CJM l'adoption et approbation de son règlement interne, ses règles de procédure ainsi que

¹⁹ *Protocole d'Olivos, supra* note 3. Selon l'article 19 du *Protocole d'Olivos*, les membres du TPR restent disponibles de manière permanente pour siéger lorsqu'ils sont convoqués. L'article 18 dudit instrument prévoit que les arbitres du TPR sont nommés pour une période de deux ans (renouvelable pour deux périodes consécutives maximum).

²⁰ *Projet de norme, supra* note 8, art 10.

²¹ *Ibid*, art 3 para 2. À l'exception de l'enseignement, l'article 3 paragraphe 2 du projet interdit aux juges de la CJM l'exercice de toute autre activité professionnelle.

²² *Ibid*, art 3 para 1.

²³ *Ibid*.

²⁴ Les juges de la Cour Centroaméricaine de Justice sont également élus par les cours suprêmes des États. Voir *Estatuto de la Corte Centroamericana de Justicia*, 11 décembre 1992, 1881 RTNU 280, art 10.

²⁵ Les décisions n° 04/96 et n° 01/05 approuvent les accords concernant l'immunité pour le Secrétariat du MERCOSUR et pour le TPR conclus avec l'Uruguay et le Paraguay, respectivement. Voir *Acuerdo Sede entre la República Oriental del Uruguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el Funcionamiento de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR*, 17 décembre 1996, MERCOSUR/CMC/DEC n° 04/96 et *Acuerdo de Sede entre la República del Paraguay y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) para el Funcionamiento del Tribunal Permanente de Revisión*, 19 juin 2006, MERCOSUR/CMC/DEC n° 01/05.

son budget annuel. L'intervention du Conseil ou du Parlement dans l'approbation de son statut ou la gestion de son budget²⁶ sont des mesures relevant du contrôle de « l'équilibre institutionnel » et non une atteinte à l'indépendance consacrée.

Le deuxième point fort du Projet en faveur d'une évolution du modèle juridictionnel est la consécration d'une juridiction exclusive²⁷. En revanche, la soumission obligatoire à cette juridiction n'a pas été prévue de manière expresse. Malgré cette omission, ce caractère peut être également dégagé des dispositions concernant les actions en manquement, notamment par la possibilité de saisir la CJM unilatéralement contre un État à la suite d'une violation des obligations découlant du traité²⁸. Cette caractéristique la distingue d'une juridiction internationale laquelle, par principe, possède une juridiction volontaire. Les États parties seront donc assujettis à cette CJM par sa création au sein de la zone d'intégration économique à laquelle ils appartiennent.

Toutefois, le Conseil du Collège des avocats et des Ordres du MERCOSUR (COADEM) [notre traduction]²⁹ a présenté un avis préliminaire sur le Projet dans lequel il propose l'incorporation d'un paragraphe dans l'article 47 exprimant la soumission obligatoire à la juridiction de la CJM. Aujourd'hui, l'article 33 du *Protocole d'Olivos*³⁰ – ainsi que le prévoyait l'article 8 du *Protocole de Brasilia* – contient une référence expresse à cette soumission obligatoire.

²⁶ *Projet de norme, supra* note 8, art 12 et 16.

²⁷ Cette disposition est l'équivalent de l'article 344 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*. Voir CE, *Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne*, [2010] JO, C 83/50 à la p 194 [TFUE].

²⁸ Guy Isaac et Marc Blanchet expliquent la juridiction obligatoire de la Cour de Justice en se référant aux articles 258 et 259 du *TFUE*. Voir Guy Isaac et Marc Blanchet, *Droit général de l'Union Européenne*, 10^e éd, Paris, Sirey, 2012 à la p 486.

²⁹ *Le Consejo de Colegios y Órdenes de abogados del MERCOSUR* [Conseil du Collège des avocats et des Ordres du Mercosur] est une organisation composée des Ordres de Barreaux des pays membres du MERCOSUR ainsi que de la Communauté andine (Argentine, Bolivie, Brésil, Colombie, Équateur, Paraguay, Pérou et Uruguay). Les Ordres du Chili et de la Guyane participent en tant qu'observateurs. Pour plus d'information, voir le site officiel du COADEM : COADEM, « Consejo de Colegios y Órdenes de abogados del MERCOSUR », en ligne : COADEM <<http://www.coademnet.org/index.php>>. Le COADEM a réalisé ce travail à la demande du Parlement et il lui a été présenté lors de la rencontre de Curitiba le 22 novembre 2011. Voir COADEM, « Predictamen del instituto paciello del COADEM sobre el Proyecto de Protocolo Constitutivo de la Corte del MERCOSUR oportunamente presentado al PARLASUR », en ligne : BC CONSULTORES <http://www.bc-consultores.com.ar/faca/coadem/PREDICTAMEN_DEL_INSTITUTO_PACIELLO_DEL_COADEM_sobre_el_Proyecto_de_Protocolo_Constitutocorte_del_mercosur.doc>.

³⁰ *Protocole d'Olivos, supra* note 3, art 33 : « Les États parties reconnaissent comme obligatoires, ipso facto et sans qu'il y ait un accord spécial, la juridiction des tribunaux ad hoc d'arbitrage formés dans chaque cas pour entendre et examiner les différends mentionnés dans le présent Protocole ainsi que la juridiction de la Cour permanente de révision pour entendre et examiner les différends conformément aux pouvoirs que lui reconnaît le Protocole ». Le TPR a précisé dans sa récente sentence arbitrale 1/2012 que son intervention directe nécessite le consentement de toutes les parties au procès. Voir *Laudo del Tribunal Permanente de Revisión en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del mercado común del sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*, 9 juillet 2012, laudo n° 01/2012, para 58, en ligne : TPR MERCOSUR <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

En ce qui concerne l'exclusivité de juridiction, le *Protocole d'Olivos* comprend une clause d'élection du for³¹ acceptant que les États parties puissent saisir les organes de règlement des différends de l'OMC ou toute instance d'un accord préférentiel de commerce³². Ce mécanisme permet donc aux États de choisir d'un commun accord le for auquel ils soumettront leur différend. À défaut, il appartient à l'État demandeur de prendre la décision unilatéralement. Cependant, une fois l'élection faite, « aucune des parties ne peut exiger que soit utilisé le mécanisme établi dans un autre forum »³³. Cette interdiction de saisir deux tribunaux qui s'impose de toute évidence afin d'éviter des jugements contradictoires, n'a pas toujours été respectée.

Alors que le *Protocole de Brasilia* était en vigueur, le Brésil avait entamé une procédure contre l'Argentine dans une affaire de droits antidumping sur les exportations de poulets. Insatisfait de la solution donnée par le Tribunal arbitral *ad hoc*, le Brésil a soumis le différend à un groupe spécial de l'OMC qui s'est prononcé sur la portée des normes du MERCOSUR. Les faits de l'espèce ont été rappelés par Nadine Susani pour souligner le danger de laisser à des organes étrangers l'interprétation du droit du MERCOSUR³⁴. Et si cette crainte n'est pas banale, la tentative des États de faire appel à plusieurs instances internationales en parallèle n'est pas non plus à sous-estimer.

La clause d'élection du for a été interprétée comme un signe de méfiance des États parties vis-à-vis du MERCOSUR³⁵, la création d'un organe possédant un

³¹ *Protocole d'Olivos*, *supra* note 3, art 1, réglementé par *Règlement du Protocole d'Olivos*, *supra* note 14, art 1.

³² Le *Protocole de Brasilia* ne contenait pas de disposition similaire mais certains instruments de droit dérivé comme les décisions *Acuerdo antidumping de la Organización Mundial de Comercio*, 5 juillet 2012, MERCOSUR/CMC/DEC n° 13/02 et *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio*, 5 juillet 2012, MERCOSUR/CMC DEC n° 14/02, relatives aux domaines des subventions, des mesures compensatoires et du dumping, habilitaient la saisine de l'Organe de règlement des différends de l'OMC.

³³ *Protocole d'Olivos*, *supra* note 3, art 1 para 3. Clause dite « d'exclusion ».

³⁴ L'auteur signale que « L'interprétation du droit du Mercosur par des instances qui ne prennent pas en compte sa spécificité pourrait conduire à une fragmentation du droit du Mercosur néfaste à son développement ». Ajoutant, à juste titre, que « Le droit du Mercosur, dont les sentences font partie, doit s'analyser comme un ensemble ». Susani, *supra* note 18 à la p 43.

³⁵ *Ibid* à la p 44. La méfiance des États parties dans le système subsiste à nos jours comme l'attestent récemment plusieurs articles du journal uruguayen « El país » à propos des solutions institutionnalisées existant pour l'Uruguay contre les mesures à l'importation instaurées par l'Argentine. La presse paraguayenne reflète le même scepticisme devant les voies du MERCOSUR. Voir « Exportadores jaqueados : a trabas se suma racha bajista del dólar », *El país* (28 février 2012), en ligne : <http://www.elpais.com.uy/120228/pecono-627325/economia/exportadores-jaqueados-a-trabas-se-suma-racha-bajista-del-dolar/>, « Exportaciones hacia Argentina se desplomaron por efecto de trabas », *El país* (2 mars 2012), en ligne : <http://www.elpais.com.uy/120302/pecono628045/economia/exportaciones-hacia-argentina-se-desplomaron-por-efecto-de-trabas/> et « Gremios estiman 70% de caída de exportaciones a Argentina por trabas y reclama represalias », *Ultima Hora* (29 février 2012), en ligne : <http://www.ultimahora.com/notas/507582-Gremios-estiman-70%20-de-caida-de-exportaciones-a-Argentina-por-trabas-y-reclama-represalias>. D'autre part, la délégation paraguayenne du Parlement du MERCOSUR a publié un communiqué dans lequel elle critique fortement ces mesures et incite l'intervention de l'OMC : *Parlamente del Mercosur, delegacion de*

caractère exclusif suppose un repositionnement institutionnel du MERCOSUR qui devra entraîner le renforcement de son ordre juridique. L'insertion donc, d'une disposition prévoyant la juridiction exclusive de la CJM pour intervenir dans tous les différends qui peuvent surgir lors de l'application ou de l'interprétation des normes du MERCOSUR, constitue un choix judicieux afin d'instaurer une vraie instance juridictionnelle régionale.

2. LA PORTÉE DES ARRÊTS ET DES DÉCISIONS

Les progrès du système apparaissent également à travers l'analyse des dispositions concernant les décisions de la CJM. Leur portée, leur caractère contraignant et leur force exécutoire témoignent de l'amélioration des solutions données pour garantir l'exécution correcte des arrêts de la CJM.

Aujourd'hui, les sentences arbitrales émises dans le cadre du système de règlement des différends sont, selon l'article 26 du *Protocole d'Olivos*, obligatoires pour tous les États impliqués dans le différend³⁶. L'article suivant vient préciser les modalités de leur exécution : « Les décisions seront appliquées de la manière et avec la portée qu'elles déterminent. L'adoption de mesures compensatoires conformément aux termes du présent Protocole ne dispensent pas un État de son obligation d'appliquer la décision »³⁷.

Comme le reconnaît Nadine Susani³⁸, les sentences dans le cadre du MERCOSUR ont un caractère « déclaratoire » et leur exécution dépend de la bonne volonté de l'État condamné. En pratique, si les organes qui tranchent les litiges entre les États parties peuvent constater la violation du droit du MERCOSUR par un État et ainsi le déclarer, ils ne peuvent pas révoquer un acte de droit interne. Ainsi, il revient à l'État dont le comportement a été déclaré contraire au *Traité d'Asunción*, de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à la sentence.

La situation n'est pas tellement différente de celle qui se présente quand la CJUE prononce un arrêt en manquement contre un État. En effet, l'État condamné dispose d'un délai raisonnable pour se conformer aux prescriptions de la Cour de Luxembourg. À défaut, des sanctions pécuniaires peuvent être prononcées à l'encontre de l'État défaillant³⁹. Le recours à ce type de sanction différencie, par contre, radicalement les deux systèmes.

Paraguay : *pronunciamiento*, mars 2012, en ligne : Parlamento del Mercosur <<http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/6196/1/denuncia.pdf>>.

³⁶ *Protocole d'Olivos*, *supra* note 3, art 22. Les sentences rendues par le TPR prévalent sur celles des Tribunaux arbitraux *ad hoc*.

³⁷ *Ibid*, art 27.

³⁸ Susani, *supra* note 18 aux p 166-170.

³⁹ TFUE, *supra* note 27, art 260 (ancien art 228 para 2 du *Traité instituant la Communauté européenne*, paragraphe introduit par le *Traité de Maastricht*) selon lequel un État qui ne s'est pas conformé à un arrêt en manquement de la Cour peut se voir infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte, voire le cumul des deux selon la jurisprudence. Voir *Commission c France*, C-304/02, [2005] ECR I-6263.

En cas de non-conformité à la sentence du Tribunal arbitral *ad hoc* ou éventuellement du TPR, l'État ayant obtenu gain de cause peut prendre des mesures compensatoires, autorisées et réglementées au chapitre IX du *Protocole d'Olivos*. Une voie de recours est prévue pour le contrôle de ces mesures imposées unilatéralement⁴⁰. Dans la sentence arbitrale du 8 juin 2007 (excès dans l'application de mesures compensatoires), le TPR a eu l'occasion de se prononcer sur la gravité de la non-exécution d'une décision arbitrale⁴¹.

Le Projet prévoit les effets des arrêts de la Cour de Justice dans les droits internes des États parties. L'article 46 paragraphe 2 affirme ainsi le caractère obligatoire des arrêts, ordonnances et toute autre décision vis-à-vis des États parties, des organes du MERCOSUR et des personnes physiques ou morales, indépendamment de son *nomeniuris*. Le caractère définitif et sans appel de ces actes, soulignant leur caractère contraignant, est assuré au paragraphe 1 dudit article⁴². Ces considérations sont valables également lorsque la CJM intervient en tant que tribunal arbitral, compétence qui lui est attribuée à l'article 42 du Projet.

L'effet contraignant des décisions de la Cour de justice est garanti par leur force exécutoire. En effet, elles s'exécutent sur tout le territoire des États parties comme si elles avaient été prononcées par des tribunaux internes, sans besoin d'homologation préalable ou de demander un exequatur. Ces dispositions constituent une grande avancée par rapport au système actuel dans lequel les sentences

⁴⁰ Le régime s'écarte ici de celui prévu par le *Mémorandum d'Accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends dans l'OMC*, annexe 2 de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 3, art 22, qui prévoit que les compensations et les suspensions de concessions que peut prendre toute partie ayant invoqué la procédure de règlement des différends, doivent être demandées à l'ORD qui autorise ou refuse la demande.

⁴¹ *Laudo del Tribunal Permanente de Revisión constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – Controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay*, 8 juin 2007, laudo n° 1/2007, au para 10.1, prononcée à la suite des mesures compensatoires imposées par l'Uruguay contre l'Argentine dans l'affaire de pneus remoulés. L'Uruguay soutenait la non-exécution de la sentence arbitrale (révision) de *Laudo del Tribunal Permanente de Revision constituido para entender en el recurso de revision presentado por la Republica oriental del Uruguay contra el laudo arbitral del tribunal arbitral ad hoc de fecha 25 de octubre de 2005 en la controversia "prohibicion de importacion de neumaticos remoldeados procedentes del Uruguay"*, 20 décembre 2005, laudo n° 1/2005, constatant l'incompatibilité d'une loi argentine interdisant l'importation de pneus remoulés. Le TPR a précisé dans la sentence commentée qu'outre les dommages économiques – qui dépassent les dommages provoqués aux flux commerciaux – l'État réticent provoque un dommage institutionnel difficile à mesurer.

⁴² Toutefois, il est possible que la Cour de justice se prononce une dernière fois – d'office ou à la demande d'une partie dans les trente jours suivant la première sentence – dans deux cas : lorsqu'il y a besoin de clarifier une partie de la sentence ou lorsqu'il y a lieu d'élargir un certain point. Voir *Projet de norme*, *supra* note 8, art 46 para 1. D'autre part, l'article 30 du Projet inclut la possibilité de faire un recours en révision contre les arrêts en manquement, en cas de découverte de nouveaux faits susceptibles d'influencer de manière décisive le résultat du procès. Les conditions exigeantes pour avoir accès à un tel recours confirment son caractère d'exception.

prononcées à l'occasion d'une opinion consultative ne lient pas le juge national qui a soulevé la question, ni les parties intervenantes⁴³.

En ce qui concerne les manquements étatiques, l'exécution de l'arrêt dépend toujours de la bonne volonté de l'État condamné. Cependant, la CJM pourra – à l'instar de la CJUE ou du TJCA – lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte si elle constate que l'État ne s'est pas conformé à son arrêt⁴⁴. La possibilité de restreindre ou suspendre des avantages découlant du droit du MERCOSUR est maintenue pour des cas exceptionnels, solution largement critiquée par la doctrine pour son objet et son effet contraires aux finalités poursuivies dans tout système d'intégration économique.

Les arrêts prononcés dans le cadre d'un recours en annulation ou en carence sont également obligatoires pour les organes ayant édicté la norme annulée, ou dont le comportement a été condamné par omission⁴⁵. La CJM dispose d'un large pouvoir pour contrôler la légalité du droit dérivé et l'accomplissement par les institutions de leurs obligations.

Ces prescriptions semblent donc aptes à garantir un caractère constitutif – et pas seulement déclaratif – des arrêts de la CJM. Confirmant cette qualité, l'article 31 du Projet prévoit que « l'arrêt en manquement [...] constituera titre légal et suffisant pour que les personnes physiques et morales puissent demander au juge national l'indemnisation due sous forme de dommages et intérêts » [notre traduction]⁴⁶; ce qui soulève la question cruciale de l'effet direct des arrêts de la CJM.

À cet égard et contrairement à la règle générale qui s'applique en droit international public, en vertu de laquelle les sentences sont obligatoires, mais n'ont pas d'effet exécutoire dans les ordres internes, la reconnaissance du caractère invocable des décisions de cette cour par les particuliers devant leurs juridictions nationales est le corollaire qui couronne l'évolution préconisée par ce Projet.

Enfin, il convient d'examiner les règles concernant la prise de décisions, dans la mesure où elles ont une influence directe dans la consolidation de la doctrine mercosurienne. En effet, rendre un arrêt qui adopte une seule solution ou

⁴³ *Ibid*, art 36. L'article 36 prévoit de manière expresse l'obligation pour le juge requérant une question préjudicielle d'adopter la réponse de la CJM. Disposition redondante au regard de l'article 39 qui stipule également le caractère obligatoire des réponses de la Cour aux questions préjudicielles soulevées conformément à la section concernée, c'est-à-dire, soulevées aussi par les États ou les institutions légitimées à le faire. Cette dernière disposition suffisait donc pour affirmer leur caractère obligatoire.

⁴⁴ *Ibid*, art 28 para 2. Le recours en manquement sur manquement est prévu à l'article 28 paragraphe 2 du projet. À la différence de la procédure suivie en Europe, c'est la CJM qui contrôle l'exécution de l'arrêt. Le TJCA a une attribution de contrôle identique, voir *Tratado de creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, 25 mai 1979, 18 ILM 1203 (tel qu'amendé le 28 mai 1996 par le *Protocole de Cochabamba*), art 27, en ligne : TJCA <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/TCREACION.pdf>> [*Traité TJCA*].

⁴⁵ *Projet de norme, supra* note 8, art 20 para 2 et 23, respectivement.

⁴⁶ *Ibid*, art 31.

interprétation possible renforce l'autorité du jugement et facilite la compréhension et l'application de la doctrine y établie⁴⁷.

Selon les règles de procédure du TPR⁴⁸ les sentences arbitrales s'adoptent à la majorité et les opinions dissidentes sont interdites. Le vote reste confidentiel⁴⁹. En pratique, quand le TPR rend un jugement dans le cadre d'un différend, il indique s'il est pris à l'unanimité ou à la majorité, contrairement à la pratique de la CJUE qui ne mentionne jamais s'il y a eu des opinions divergentes. Mais cette règle ne s'applique pas aux cas des opinions consultatives, chaque arbitre pouvant exposer son point de vue, la réponse est adoptée à la majorité.

Ce constat dressé, il est souhaitable que la future CJM adopte la même méthode que celle de la CJUE, qui est également celle du TJCA, dans ses règles de procédures internes, lesquelles devront être approuvées au plus tard trente jours après son installation⁵⁰.

B. Des compétences élargies

1. LES COMPÉTENCES FONDAMENTALES

La CJM a comme mission principale d'assurer la légalité du droit du MERCOSUR ainsi que son application correcte et son interprétation uniforme. Pour accomplir cette tâche, le projet conçoit un organe doté de vastes compétences. Inspirées de celles exercées par la CJUE, quelques variations ont été cependant prévues suivant, en général, les dispositions du traité portant création d'un Tribunal de justice de la Communauté andine (TJCA), modifié par le *Protocole de Cochabamba*⁵¹.

⁴⁷ C'est la pratique suivie par la CJUE laquelle rend un arrêt après délibération en chambre du conseil à la majorité de voix. Dans Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, 3^e éd, Paris, Lexis Nexis, 2007 à la p 513, les auteurs expliquent : « Il n'y a pas de publication d'opinions individuelles ou dissidentes, contrairement à la pratique de la Cour internationale de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, afin de ne pas risquer d'affaiblir l'autorité de l'arrêt ». Selon l'ancien avocat général Maurice Lagrange, l'institution de l'avocat général a été instituée – entre autres raisons – en contrepartie de l'interdiction de publier des opinions dissidentes. Voir son discours prononcé devant la Cour de Justice le 8 mai 1964, publié dans Ricardo Alonso García, *Clásicos de la Justicia Europea en el 50 aniversario de los Tratados de Roma*, Pamplona, Thompson-Civitas, 2007 à la p 22.

⁴⁸ *Reglas de procedimiento del Tribunal Permanente de Revisión*, 8 décembre 2012, MERCOSUR/CMC/DEC n° 30/05, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1066/1/secretaria/decisiones_2005> [Règles de procédures du TPR].

⁴⁹ *Ibid*, à l'annexe, art 27.

⁵⁰ *Projet de norme*, *supra* note 8, troisième disposition transitoire.

⁵¹ *Protocolo de Cochabamba Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, 28 mai 1996, art 18, en ligne : World Intellectual Property Organization <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12634>> [*Protocole de Cochabamba*].

La légalité de l'ordre juridique du MERCOSUR est assurée, en premier lieu, par la possibilité d'introduire une action en annulation, selon la procédure des articles 17 à 21 du Projet, contre les décisions du Conseil, les résolutions du Groupe, les directives de la Commission de commerce du MERCOSUR (Commission de commerce) et contre les autres normes du MERCOSUR édictées par les organes régionaux. *A priori*, donc, tous les actes qui ne ressortent pas du droit primaire peuvent être mis en cause à travers cette action.

En revanche, les traités européens imposent, en ce qui concerne ce recours, une condition qui n'a pas été reprise dans le Projet : la production d'effets juridiques à l'égard de tiers. Ceci implique que, en outre des recommandations et des avis écartés par l'article 263 du TFUE, les actes dits préparatoires ou encore ceux confirmatoires des actes antérieurs ne sont pas susceptibles d'être attaqués par le biais de cette voie juridictionnelle⁵².

Le TJCA, dont la compétence pour résoudre des actions en annulation a été prévue dans des termes analogues à ceux utilisés dans le Projet, a précisé contre quels types d'actes peut être initiée ladite action. Dans l'affaire 24-AN-99⁵³, le TJCA a décidé l'irrecevabilité de l'action intentée contre les résolutions du Secrétariat général de la Communauté andine. Le TJCA a reconnu que malgré l'inexistence d'une disposition comme celle de l'article 173 du *Traité instituant la Communauté économique européenne* (TCEE) (ancien article 230 du *Traité instituant la Communauté Européenne*, aujourd'hui article 263 du TFUE), la nature juridique des résolutions du Secrétariat et le rôle de ces actes permettent de déduire qu'elles ne sont pas contestables. Dans ce cas – précise cette juridiction – les parties pourront attaquer les contenus de ces résolutions dans le cadre d'une ultérieure procédure en manquement devant le TJCA. Dans le MERCOSUR, la CJM pourrait ainsi être amenée à établir des restrictions similaires.

La légitimation active pour introduire cette action est aussi plus large dans le Projet que dans le système européen. Comme dans la Communauté andine (CAN), ledit Projet autorise les États parties, certaines institutions et les personnes physiques ou morales, lorsque leurs droits subjectifs ou leurs intérêts juridiquement protégés sont affectés, à saisir la CJM; ce qui garantit un accès plus large à la juridiction.

En effet, en ce qui concerne l'accès des particuliers à la justice, la Cour de justice et le Tribunal, restent très stricts vis-à-vis des conditions prévues dans le traité.

⁵² Dans Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007 aux p 112 et suivantes, l'auteur propose une interprétation des termes « recommandations et avis » de l'article 263 du TFUE détachée de l'énonciation de sources de droit dérivé de l'UE prévue à l'article 288 du même traité dans la mesure où les recommandations et les avis qui ne sont pas susceptibles d'être soumis au contrôle de la CJUE sont ceux qui ne produisent pas des effets juridiques. Il se fonde sur la jurisprudence qui examine les actes des institutions au regard de leur contenu et non de leur appellation : voir *Commission c Conseil (AETR)*, C-22/70, [1971] ECR I-263.

⁵³ TJCA, *New Yorker c Secrétariat général*, 24/ANN/99, [2000] Gaceta Oficial n° 542 à la p 1. Les requérants demandaient la nullité des Résolutions n° 171 et 210 du Secrétariat général de la Communauté Andine qui concluaient au manquement de la République de l'Équateur. [*New Yorker c Secrétariat*].

La disposition concernée prévoit que toute personne physique ou morale peut former un recours en annulation « contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement »⁵⁴. L'affectation d'un droit subjectif ou – alternativement – d'un intérêt juridiquement protégé⁵⁵ constitue une condition beaucoup plus souple permettant l'intervention de la juridiction communautaire quand l'action en annulation est introduite par un particulier⁵⁶ et consacre un contrôle plutôt objectif fondé sur l'intérêt général de la légalité des actes.

Le *Protocole de Cochabamba* fixe également une limite en ce qui concerne la saisine par les pays membres qui n'a pas été reprise dans le Projet : seuls les pays n'ayant pas exprimé un vote favorable à l'adoption de la décision ou convention dont l'annulation est demandée peuvent introduire cette action⁵⁷. Le futur statut de la CJM pourrait contenir une condition similaire si la procédure pour l'adoption des actes de droit dérivé, qu'aujourd'hui exige le consensus, est remplacée par la règle de la majorité.

Le délai dans lequel ladite action peut être entamée témoigne également d'une flexibilité de cette voie de recours afin de permettre à la CJM une plus large intervention. En effet, contrairement à l'exemple européen, où le délai pour initier une action tendant à annuler un acte de droit dérivé est de deux mois à compter de sa publication ou de sa notification, le Projet établit un délai de six mois à partir de la date prévue pour la mise en vigueur de la norme contestée⁵⁸.

⁵⁴ *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, 13 décembre 2007 JO, C 306/1, art 214 para C. Le traité de Lisbonne a élargi les actes susceptibles d'être attaqués par toute personne physique ou morale incorporant « les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Dans le célèbre arrêt *Unión de Pequeños Agricultores c Conseil*, C-50/00, [2002] ECR I-6719, la Cour de justice confirme cette interprétation restrictive, en s'écartant de la vision de l'avocat général, dans le cas des actes de portée générale, tout en réaffirmant la valeur de l'exception d'illégalité et de la question préjudicielle de validité, afin d'assurer le contrôle de légalité des actes communautaires. Ce refus aux particuliers a été critiqué par la doctrine comme attentatoire à la protection juridictionnelle effective.

⁵⁵ TJCA, *Acción de nulidad ejercida por César Moyano Bonilla contra los artículos 1, 2 y 279 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, providencia complementaria sobre la solicitud de enmienda y aclaración de sentencia*, 14/AN/2001 [2003] Gaceta Oficial n° 991 à la p 16. Le TJCA n'a pas retenu qu'il s'agit de deux conditions cumulatives, l'intérêt juridiquement protégé suffisant pour permettre au particulier d'accéder à cette voie de recours.

⁵⁶ Contrairement au cas des particuliers, la Cour de justice s'est montré favorable à une ouverture de la légitimation active dans les cas des institutions communautaires. En effet, le manque de mention du Parlement européen dans l'ancien article 173 du TCEE n'a pas empêché auparavant la Cour de justice de reconnaître à cette institution la légitimité d'intenter un recours en annulation contre un acte du Conseil quand il tend à sauvegarder ses prérogatives. Voir *Parlement c Conseil*, C-70/88, [1990] ECR I-2041. Aujourd'hui le Parlement européen est expressément visé par la normative concernant le recours en annulation.

⁵⁷ *Protocole de Cochabamba*, *supra* note 51, art 18 et *Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, 2001, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina 680, art 102 para 2, en ligne : Tribunal Andino <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/T_Estatuto%20del%20Tribunal%20de%20Justicia%20de%20la%20Comunidad%20Andina.pdf>.

⁵⁸ Sans préjudice de la possibilité d'initier une action dite d'exception d'illégalité en cas d'expiration du délai indiqué, tel que l'autorise l'article 21 du *Projet de norme*, *supra* note 8. Cette action vise à faire

De surcroît, le Projet précise qu'une telle action peut être entamée en cas d'approbation ou conclusion de normes en violation du droit du MERCOSUR, y compris par détournement de pouvoir. Les termes de rédaction montrent l'objectif d'aborder toute situation contraire à la légalité, à la différence du cas européen qui dresse une énumération de moyens d'invalidité des normes de droit dérivé : incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application et détournement de pouvoir. En pratique, les deux juridictions seront probablement amenées à sanctionner les mêmes types de violations⁵⁹.

D'autre part, la CJM peut aussi être appelée à contrôler l'activité des institutions de manière à couvrir les situations irrégulières non seulement pour la mise en vigueur d'une norme contraire au droit communautaire, mais également en cas d'inactions contraires au droit communautaire. Le Projet consacre deux articles à cette voie de recours dite action en carence : les articles 22 et 23, rédigés dans des termes analogues à ceux utilisés à l'article 37 du *Protocole de Cochabamba*.

L'action est recevable contre les abstentions du Parlement, du Conseil, du Groupe, de la Commission de commerce ou du Secrétariat, quand elles comportent la violation d'une obligation imposée par le droit du MERCOSUR. Une phase précontentieuse a été conçue pour permettre à l'institution en cause de se conformer à l'obligation omise. Cette phase dure trente jours – en Europe elle dure deux mois⁶⁰ –, à l'expiration de ce délai, si la demande n'a pas été consentie, le requérant peut saisir la CJM.

À l'instar d'une action en annulation, l'action en carence peut être initiée par les États parties, les institutions et les particuliers dont les droits subjectifs ou les intérêts juridiquement protégés sont affectés. Les éléments précisés dans le cadre du recours précédent sont identiques à ceux qui peuvent être évoqués pour le recours en annulation.

Le TFUE prévoit un délai maximal pour saisir la CJUE : deux mois à partir de l'expiration de la phase précontentieuse, qui dure à son tour deux mois. Dans la CAN, où cette action s'est ajoutée tardivement aux compétences du TJCA⁶¹, la saisine de la Cour n'est liée à aucune condition d'ordre temporel. Cette juridiction ne s'est jamais prononcée à ce sujet signalant l'existence d'un délai péremptoire pour introduire l'action⁶².

déclarer un acte inapplicable en l'espèce – et pas à l'annuler – et elle existe aussi dans le système européen à l'article 277 du TFUE, *supra* note 27.

⁵⁹ Le TJCA a ainsi précisé les raisons d'annulation d'un acte dérivé : l'incompétence, les vices de formes, le détournement du pouvoir, le faux présumé de droit ou de fait (concernant la cause de l'acte) et l'impossibilité, l'illégitimité ou l'indétermination du contenu de l'acte (concernant l'objet de l'acte). Voir TJCA, *Sociedades Contrachapados de Esmeraldas c Junta del Acuerdo de Cartagena*, 4/AN/97 [1998] Gaceta Oficial n° 373 à la p 1.

⁶⁰ TFUE, *supra* note 27, art 265.

⁶¹ En effet, cette voie de recours a été incorporée en 1999 par le *Protocole de Cochabamba*, *supra* note 51.

⁶² La première a été celle prononcée dans l'arrêt TJCA, *Recurso por Omisión interpuesto por la República del Perú contra la Secretaría General de la Comunidad Andina por no haber emitido*

Dans l'affaire 70-RO-03⁶³, le TJCA a constaté la carence du Secrétariat même si, entretemps, cet organe avait émis l'acte demandé par le requérant. Au contraire, la Cour de justice européenne a précisé que le recours est possible si la carence subsiste au moment où elle est saisie et encore lorsqu'elle doit prononcer l'arrêt⁶⁴. Le TJCA n'a pas maintenu ce critère par la suite, déclarant irrecevable l'action en carence si le Secrétariat dicte une résolution au cours de la procédure devant l'organe juridictionnel⁶⁵.

De même que la CJM pourra contrôler le comportement des institutions, elle pourra déclarer que les États ont manqué à leurs obligations découlant du droit du MERCOSUR. Il s'agit de l'action en manquement dont le régime est prévu aux articles 24 à 32 du Projet et qui constitue une des plus importantes prérogatives pour permettre la construction d'un marché commun. En effet, toute atteinte aux règles régissant le fonctionnement de cet espace d'intégration pourra être sanctionnée par la CJM de manière à obliger l'État réticent à respecter les traités et le droit dérivé.

Comme il a été souligné, le mécanisme actuel de règlement des différends permet de constater le manquement d'un État à l'initiative d'un autre État partie; la plainte d'un particulier pouvant également en être l'origine. Le *Traité d'Asunción*⁶⁶ n'a pas prévu d'institution chargée de contrôler la bonne exécution du droit du MERCOSUR par les États parties. Ceci comporte certaines difficultés, notamment pour la transposition du droit dérivé, ou pour le respect des principes de libre circulation. En effet, le manque de transposition ou la transposition erronée d'une norme de droit dérivé, ainsi que la mise en place unilatérale des entraves à la libre circulation, n'entraîne pas de sanction dans l'état actuel du droit du MERCOSUR, si ce n'est la soumission à un Tribunal *ad hoc* ou au TPR par un autre État partie.

D'autre part, aucun de ces tribunaux n'a un véritable pouvoir de sanction. Face à la constatation d'un manquement, l'État ayant obtenu gain de cause peut instaurer des mesures compensatoires s'il estime que l'État perdant n'a pas exécuté correctement la sentence arbitrale. Ces éléments permettent de qualifier le système de

pronunciamiento sobre la Resolución N° 145 del Consejo de Comercio Exterior e Inversiones de la República del Ecuador, 76/RO/2003 [2003] Gaceta Oficial n° 1013 à la p 1.

⁶³ TJCA, *Recurso por Omisión interpuesto por la República del Perú contra la Secretaría General de la Comunidad Andina por no haber emitido pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración de la Resolución 576 solicitado por el Gobierno peruano*, 70/RO/2003 [2004] Gaceta Oficial n° 1033 à la p 1. Affaire dans laquelle le Pérou réclamait au Secrétariat de la CAN de résoudre un recours administratif interjeté contre sa résolution n° 576 qui écartait l'existence d'une restriction au commerce dans le Décret 549 de la Colombie.

⁶⁴ Voir *SNUPAT c Haute Autorité*, C-42, C-49/59 [1961] ECR I-55 et *Parlement c Conseil*, C-377/87 [1988] ECR I-4045. En outre, la Cour de justice européenne ne reconnaît pas de légitimité active aux particuliers pour intenter un recours en carence, en cas de refus de la Commission de prendre un avis motivé à l'encontre d'un État membre, ou si elle décide de ne pas saisir la Cour de Justice à la suite de la phase précontentieuse. Dans la Communauté européenne du charbon et de l'acier, la possibilité était admise, voir par ex *Association des charbonnages du Limbourg c Haute Autorité*, C-30/59 [1961] ECR I-7 à la p 36.

⁶⁵ TJCA, *Sociedad Gravelal c. Secrétariat général*, 1/RO/2006 [2006] Gaceta Oficial n° 1458 à la p 15.

⁶⁶ Ni le *Protocole d'Ouro Preto*, sur la structure institutionnelle du MERCOSUR, ni aucune norme postérieure ne l'ont envisagé.

règlement des différends d'intergouvernemental et ont été critiqués en tant que faiblesses⁶⁷.

Il suffit de regarder la pratique européenne pour confirmer la fragilité du modèle du *Protocole d'Olivos*. Malgré la possibilité pour les États membres de l'Union européenne (UE) d'introduire un recours en manquement contre un autre État membre, l'utilisation de cette voie de recours est restée très marginale. À cet égard, depuis l'entrée en vigueur du premier traité communautaire, seuls six recours ont été introduits devant la CJUE⁶⁸, témoignant d'une certaine appréhension des États à ester en justice contre un autre État et mettant en évidence le rôle primordial de la Commission à ce sujet.

Le Projet vient mitiger les difficultés mentionnées grâce à l'instauration d'une action en manquement qui peut être initiée par un autre État partie, mais également par le Parlement, le Secrétariat du MERCOSUR, ou les personnes physiques ou morales. Si la CJM ne peut pas annuler un acte interne, son arrêt reste obligatoire pour l'État condamné qui doit adopter les mesures nécessaires pour s'y conformer.

La procédure commence par l'envoi des observations écrites du Secrétariat à l'État partie concerné, qui a trente jours pour répondre. Suite à la réponse, ou à l'expiration du délai, le Secrétariat dispose de quinze jours pour émettre un avis motivé sur la mise en œuvre des normes du MERCOSUR. S'il conclut qu'il existe un manquement et l'État persiste dans son comportement, le Secrétariat est obligé – ce n'est pas un acte facultatif comme en Europe – de saisir la CJM.

Les États peuvent introduire directement une action dans trois situations : si le Secrétariat n'a pas émis un avis motivé dans les soixante-cinq jours suivant la réclamation, s'il n'intente pas l'action dans les soixante jours de l'émission de l'avis motivé constatant le manquement, ou si l'avis ne conclut pas au manquement de l'État. Cette procédure est également appliquée dans le cas d'une réclamation introduite devant le Secrétariat par le Parlement ou par un particulier.

Si la possibilité pour un particulier de saisir directement la CJM en cas de manquement étatique est révolutionnaire par rapport au système européen, qui n'admet pas une telle légitimation, le Projet est encore allé plus loin. Par son article 32 il prévoit la possibilité par ces derniers de demander le manquement aux

⁶⁷ Paula Wojcikiewicz Almeida, « L'influence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans le projet constitutif d'une Cour de Justice pour le Mercosud » (2011) 9:1 Universitas : Relações Internacionais 135.

⁶⁸ Au moment de la rédaction de cet article, le dernier recours (*Hongrie c Slovaquie*, C-364/10) est toujours pendant de résolution devant la Cour de justice, l'avocat général Bot ayant prononcé ses conclusions le 6 mars 2012. Selon le communiqué de presse sur lesdites conclusions : « sur les cinq affaires antérieures, seules trois ont été clôturées par arrêt (141/78 France contre Royaume-Uni, C-388/95 Belgique contre Espagne, voir aussi CP n°36/2000, et C-145/04 Espagne contre Royaume-Uni, voir aussi CP n° 70/06) ». Voir CJUE, communiqué 131/12, « La Slovaquie n'a pas enfreint le droit de l'Union en refusant l'entrée sur son territoire du président de la Hongrie », (16 octobre 2012) à la p 1, en ligne : CJUE <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/cp120131fr.pdf>>.

juges nationaux⁶⁹. Cette disposition est ainsi rédigée : « les personnes physique et morales ont pareil droit à saisir les juges nationaux compétents, conformément au droit interne, lorsqu'un État partie manque aux obligations du MERCOSUR, dans le cas où leurs droits seraient atteints en raison dudit manquement » [notre traduction]⁷⁰.

La première remarque à faire est que la seule affectation d'un intérêt juridiquement protégé ne suffit pas pour introduire cette action dans le droit interne. Il faut bien démontrer une atteinte à un droit subjectif. Les standards européens de légitimation active seront peut être suivis en ce qui concerne un manquement étatique des obligations du MERCOSUR par un acte de portée générale.

Ensuite, il faut attirer l'attention vers l'expression « conformément au droit interne » [notre traduction] qui n'est ni plus ni moins que la consécration du principe d'équivalence, énoncé depuis longtemps par la Cour de justice européenne pour assurer la sauvegarde des droits reconnus par l'ordre communautaire en raison de l'absence d'harmonisation du droit procédural⁷¹. La reconnaissance de cette règle permettra de combler d'autres lacunes d'ordre procédural que le droit du MERCOSUR n'a pas envisagées.

Enfin, il est clair que ledit article doit se lire comme le complément de la disposition précédente, comme l'indiquent les termes « ont pareil droit ». À cet égard, l'article 31 cristallise un autre principe d'origine jurisprudentiel⁷² : la responsabilité de l'État fondée sur la violation du droit du MERCOSUR. Il a été fait référence à cet article lors de la description de la portée des arrêts de la CJM et, notamment, à propos de leur effet direct et de leur caractère invocable par des particuliers devant les juges internes.

Mais cette voie de recours n'est ouverte aux particuliers que s'ils n'ont pas fait appel à la procédure de l'article 27, de manière à empêcher des prononcés simultanés, et éventuellement contradictoires, sur la même affaire⁷³.

La Cour aura d'autres prérogatives de contrôle du droit du MERCOSUR. Le projet prévoit qu'elle est compétente pour statuer à titre préjudiciel. Connu pour être un outil de coopération entre les juridictions nationales et régionales et partant plaçant les juges sur un pied d'égalité, c'est grâce à ce mécanisme que la CJM peut assurer une interprétation uniforme du droit du MERCOSUR et répondre aux questions de validité du droit dérivé. C'est pourquoi on peut également affirmer sa mission de

⁶⁹ La CAN dispose d'une norme analogue, voir *Traité TJCA*, *supra* note 44, art 31. En Europe, les victimes d'une violation du droit communautaire peuvent également intenter une action devant le juge national, mais cela n'a pas été prévu dans les traités européens. Toutefois, une forme indirecte d'obtenir ce contrôle par le juge communautaire est le renvoi préjudiciel.

⁷⁰ *Projet de norme*, *supra* note 8, art 32.

⁷¹ La Cour de justice a énoncé ce principe pour la première fois dans son arrêt du 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz*, C-33/76, [1976] ECR I-1989 à la p 1998. Aujourd'hui il est considéré comme jurisprudence constante. Voir entre autres *Levez c Jennings*, C-326/96, [1998] ECR I-7835, para 18.

⁷² Le *leading case* européen est le célèbre arrêt *Francovich et Bonifaci c Italie*, C-6/90 et C-9/90, [1991] ECR I-5357. La disposition du MERCOSUR reproduit les termes de l'article 30 *Protocole de Cochabamba*. Voir *Protocole de Cochabamba*, *supra* note 51, art 30.

⁷³ *Projet de norme*, *supra* note 8, art 27 para 2.

supervision du droit du MERCOSUR quand elle répond à une question préjudicielle.

Les attributs et mérites du renvoi préjudiciel ont été constatés très tôt en Europe et la doctrine l'a signalé à plusieurs reprises. Il est donc inutile de revenir ici sur l'importance de cette compétence, largement connue par les juristes travaillant dans le domaine de l'intégration.

La nouveauté que cette voie introduit, par rapport au mécanisme européen et même andin, est la légitimation à agir reconnue à certaines institutions. L'article 38 du Projet autorise le Parlement, le Conseil, le Groupe, la Commission de commerce et le Secrétariat à soulever une question préjudicielle d'interprétation ou de validité. Le *Règlement du Protocole d'Olivos* admet déjà la possibilité de demander des opinions consultatives aux institutions dotées d'un pouvoir de décision ainsi qu'aux États parties au MERCOSUR agissant conjointement. Toutefois, si le TPR n'a jamais été saisi par ceux-ci, il reste à espérer que les institutions utilisent cette voie quand la CJM sera en fonction, ce qui permettra de développer une jurisprudence plus riche.

Le Projet distingue également les situations où une juridiction a l'obligation de poser une question préjudicielle et celles où elle peut le faire. Dans tous les cas où une question de validité est en cause, la juridiction doit soumettre l'affaire à la CJM. Le projet consacre ainsi la solution donnée par la Cour de justice européenne après un long débat dans l'affaire *Foto-frost*⁷⁴. Pour les questions préjudicielles interprétatives, seul le juge dont la décision n'est pas susceptible d'un recours « ordinaire »⁷⁵ au niveau national est tenu de saisir la CJM.

En ce qui concerne la responsabilité des juges en cas d'omission de saisir la CJM il est intéressant de signaler que le TJCA a condamné la Colombie pour le comportement du Conseil d'État qui n'a pas soulevé une question préjudicielle alors qu'une des parties dans le litige interne l'avait demandé et qu'il était « obligé » à le faire⁷⁶. La CJUE a reconnu la possibilité d'engager la responsabilité de l'État par le

⁷⁴ *Foto-Frost c Hauptzollamt Lübeck-Ost*, C-314/85, [1987] ECR I-4199.

⁷⁵ Dans le système andin, le *Protocole de Cochabamba* dispose que seuls les juges dont « l'arrêt n'est pas susceptible d'un recours en droit interne » [notre traduction] sont obligés à saisir le TJCA. Le Secrétariat s'est prononcé sur quel type de recours doit être disponible aux parties pour faire naître une obligation à l'égard du juge interne. En l'espèce, il a conclu qu'un recours en cassation comme celui prévu par l'ordre juridique équatorien n'est pas un recours ordinaire mais exceptionnel. La juridiction qui dicte une sentence contre laquelle seul un recours en cassation peut être formé, est obligée à soulever la question préjudicielle. En l'occurrence, la Cour supérieure de Guayaquil était donc obligée de renvoyer l'affaire au TJCA; omettant de le faire, l'Équateur a manqué à ses obligations (voir *Dictamen 51-98 de Incumplimiento por parte del Ecuador, a través de la Quinta Sala de la Corte Superior de Guayaquil, de los artículos 40 y 41 del Acuerdo de Cartagena, y de los artículos 5°, 28, 29 y 31 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*, Rés 171 [1998] *Gaceta Oficial* n° 399; *Por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración presentado por el Gobierno del Ecuador contra la Resolución 171 de la Secretaría General de la Comunidad Andina*, Rés 210 [1999] *Gaceta oficial* n° 424 à la p 1 et *New Yorker c Secrétariat*, *supra* note 53. Le projet de la CJM tente ainsi d'éviter la discussion entamée dans la CAN.

⁷⁶ TJCA, *ETB SA ESP c Colombie*, 3/AI/2010 [2011] *Gaceta oficial* n° 1985 à la p 1. L'arrêt dispose également que les arbitres, quand ils tranchent un litige en droit, sont obligés à saisir le TJCA s'ils doivent appliquer le droit andin. Il a ainsi élargi la portée de la notion de juge national.

comportement du juge national⁷⁷, mais n'a jamais sanctionné un État par ce fait.

2. LES COMPÉTENCES ACCESSOIRES

Au-delà de ces compétences, essentielles à la mission principale de la CJM, le projet prévoit d'autres attributions. Certaines sont complémentaires, comme la faculté de prononcer des mesures provisoires ou de contrôler l'exécution des arrêts. D'autres l'habilitent à intervenir dans des litiges particuliers, comme celles prévues aux sections V et VI du Projet, concernant les fonctions arbitrales et la juridiction du travail, respectivement.

D'emblée, il faut mentionner que la CJM aura un large pouvoir pour prononcer des mesures provisoires. À l'instar de l'article 279 TFUE, l'article 44 du Projet prévoit que la CJM peut prescrire les mesures provisoires nécessaires dans les affaires dont elle est saisie. Ainsi, les articles 19 et 29 dudit Projet établissent que la CJM peut suspendre l'exécution d'une norme présumée contraire au droit du MERCOSUR avant de rendre son jugement définitif.

La première disposition permet donc à la CJM de suspendre de manière provisoire l'exécution d'une norme de droit dérivé dans le cadre d'un recours en annulation; disposition identique à celle de l'article 278 du TFUE. L'article 29 prévoit de manière expresse la possibilité de suspendre l'exécution d'une norme nationale présumée contraire au droit du MERCOSUR et en raison de laquelle un recours en manquement a été introduit. Cette faculté a été également exercée par la CJUE⁷⁸ sur le fondement de l'article 278, même si les traités européens ne comportent pas de disposition similaire.

Cet article a été inséré à la suite de celui qui permet de sanctionner l'État en cas de non-conformité à un arrêt de manquement. Toutefois, il est possible d'en déduire que la CJM dispose de cette faculté de suspendre une norme nationale avant le prononcé du premier arrêt en manquement, c'est-à-dire, avant la décision établissant l'existence d'une violation du droit du MERCOSUR⁷⁹. Il faudra encore démontrer le risque d'un préjudice grave et irréparable ainsi que donner un cautionnement s'il s'avère nécessaire.

D'autre part, le contrôle de l'exécution des arrêts en manquement retombe sur la CJM. L'article 28 paragraphe 2 du Projet signale que cet organe peut infliger des sanctions pécuniaires et, exceptionnellement, des restrictions ou suspensions des

⁷⁷ *Köbler c Autriche*, C-224/01, [2003] ECR I-10239.

⁷⁸ Voir par ex *Commission c Allemagne*, C-195/90, [1992] ECR I-3141. La Cour de Justice, invoquant les articles 186 du TCEE (aujourd'hui art 278 du TFUE) et 83 para 2 de son Règlement, a suspendu, en attendant l'arrêt au principal, la perception d'une taxe routière prévue par la loi allemande sur l'utilisation des routes et des autoroutes fédérales par les poids lourds.

⁷⁹ Ceci se déduit des termes larges dans lesquels a été rédigée cette disposition ainsi que de la pratique du TJCA de laquelle semble inspiré cet article. En effet, l'article 109 du statut du TJCA prévoit la possibilité de suspendre la mesure présumée en infraction avant que la Cour statue sur le fond. Voir *Traité TJCA*, *supra* note 44, art 109.

avantages découlant des normes du MERCOSUR, aux États parties qui n'ont pas respecté les obligations dérivant d'un arrêt en manquement.

La première partie de cette disposition est identique à celle de l'article 27 du Traité TJCA. La grande différence dans l'exercice de cette compétence entre les deux juridictions est le type de sanctions qu'elles peuvent prononcer. Le TJCA évite d'imposer une suspension des avantages communautaires si cette décision aggrave la situation qu'on cherche à résoudre. Alors que la CJM aura le choix entre infliger une somme forfaitaire ou une astreinte⁸⁰, la suspension des avantages restant une possibilité résiduelle.

La consécration de la possibilité d'infliger de sanctions pécuniaires en premier lieu constitue donc une évolution par rapport au modèle andin. En effet, l'ordre juridique communautaire ne saurait être affecté en réponse à un manquement étatique. La procédure à suivre ainsi que les pouvoirs qu'aura la CJM dans le cadre de ce contrôle de l'exécution de ses arrêts sont encore à définir.

Dans la Communauté andine, les modalités d'exécution de ce contrôle sont prévues dans le Statut du TJCA. Ainsi, les articles 112 à 120 règlent la procédure. La Cour sera saisie d'office sur la base des renseignements dont elle dispose, ou à la suite de la dénonciation d'un autre pays membre, d'une institution ou d'un particulier. Le Tribunal envoie à l'État condamné une mise en demeure s'il estime qu'il existe des indices suffisants de la non-exécution de son arrêt. L'État dispose d'un délai de quarante jours pour répondre aux observations envoyées, après lesquels le TJCA émettra un arrêt constatant le nouveau manquement et demandant au Secrétariat de se prononcer sur la sanction.

Il s'agit dans les deux systèmes d'une procédure sommaire au cours de laquelle le Secrétariat émet un avis non contraignant. De ce point de vue, la Commission européenne joue un rôle plus important. D'ailleurs, c'est sur elle que repose cette compétence. Ainsi, la procédure de « manquement sur manquement » est ouverte à sa demande et après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Cependant, son avis ne lie pas la CJUE, il ne constitue qu'une base de référence utile⁸¹. En effet, il appartient à la CJUE de déclarer en dernier ressort le manquement et de sanctionner l'État réticent.

D'autre part, la CJM pourra exercer une compétence arbitrale, comme celle qui a été prévue pour son homologue andin⁸². L'objectif est de permettre la soumission à la CJM des litiges découlant de l'application ou de l'interprétation du droit du MERCOSUR dans l'exécution des conventions ou des accords signés avec un organe du MERCOSUR, ou encore d'un contrat entre particuliers soumis au droit privé. La CJM prononce sa sentence arbitrale en droit ou en équité aux choix des

⁸⁰ L'article 28 para 2 du Projet reproduit ici les termes de l'article 260 du TFUE, *supra* note 27.

⁸¹ La juridiction européenne a établi ce caractère indicatif des avis de la Commission dans ces deux premiers arrêts édictés au titre de l'article 228 du TCE (aujourd'hui article 260 TFUE). Voir *Commission c Grèce*, C-387/97, [2000] ECR I-5047, para 89 et *Commission c Espagne*, C-278/01, [2003] ECR I-14141, para 41.

⁸² *Traité TJCA*, *supra* note 44, art 38-39. Dans le projet, elle est stipulée aux articles 40 à 42.

parties⁸³.

En Europe, l'idée d'instaurer un tribunal arbitral a été abandonnée très rapidement⁸⁴. Le choix répondait à une volonté de renforcement de la fonction juridictionnelle. Écartant une nature arbitrale, propre à d'autres juridictions internationales, les négociateurs de la première communauté souhaitaient garantir un caractère purement juridictionnel à travers une juridiction obligatoire, à laquelle peuvent accéder les particuliers et rendant des décisions obligatoires et ayant force exécutoire⁸⁵.

Dans les modèles latino-américains, cette prévision a été perçue comme un complément idéal pour le développement de l'ordre juridique communautaire. Ricardo Vigil Toledo, juge péruvien actuellement président du TJCA, défend à voix haute les avantages d'avoir prévu cette compétence bien que, depuis son introduction, aucun cas ne lui ait été soumis⁸⁶. Elle serait un outil précieux en ce qu'elle garantit un accès plus large aux particuliers, qui peuvent choisir entre saisir le TJCA directement, ou se soumettre à un tribunal national, qui pourra soulever à son tour une question préjudicielle à l'organe régional.

Dans le cadre du MERCOSUR, une mise en œuvre de la compétence arbitrale serait donc souhaitable. On pourrait s'attendre à cela à la lumière de la pratique du système fondée jusqu'à présent sur l'intervention des tribunaux arbitraux. Dans tous les cas, il faudra attendre que la CJM établisse ses règles de procédure pour observer comment cette fonction sera exercée.

Le Projet consacre un article à la compétence pour trancher dans les litiges impliquant les fonctionnaires ou le personnel des institutions du MERCOSUR. Il s'agit de la juridiction du travail, compétence exercée dans l'UE par la Cour de justice jusqu'à la mise en place du Tribunal de première instance en 1989, aujourd'hui confiée au Tribunal de la fonction publique.

Pour que le recours soit recevable, la CJM exige l'épuisement des voies administratives devant l'organe qui est à l'origine du conflit. Il est encore précisé que la phase administrative sera achevée lorsque toute démarche tendant à la réclamation sera faite devant l'autorité supérieure de l'organe en cause. Les institutions devront ainsi prévoir une procédure interne de réclamation afin de pouvoir satisfaire plus facilement cette condition et rendre l'accès à la CJM plus transparent⁸⁷.

⁸³ *Projet de norme, supra* note 8, art 42.

⁸⁴ Isaac et Blanchet, *supra* note 28 à la p 486.

⁸⁵ *Ibid* à la p 487.

⁸⁶ Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*, Pamplona, Thomson-Reuters, 2011 aux pp 142-49.

⁸⁷ Depuis juin 2004, le MERCOSUR dispose d'un Tribunal Administratif du travail qui siège à Montevideo (Voir *Tribunal Administrativo-Laboral Del Mercosur*, 10 décembre 2013, MERCOSUR/GMC/RES n° 54/03, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/599/1/secretaria/resoluciones_2003>). Son Statut exige déjà l'épuisement des voies administratives internes.

Passant en revue les compétences prévues dans le Projet pour cette CJM, un oubli pourrait susciter l'attention. Le Projet ne prévoit à aucun moment une compétence consultative comme celle de l'article 218 paragraphe 11 du TFUE. En effet, la juridiction européenne peut et doit émettre un avis sur la compatibilité avec les traités d'un accord envisagé par l'UE et un pays tiers. Un avis positif est donc une condition essentielle pour l'entrée en vigueur de l'accord.

Malgré cette omission, les institutions pourront faire appel à une « procédure préjudicielle » relativement à la conclusion d'un accord avec des tiers. L'article 38 du Projet, permettant la saisine de la CJM pour de questions d'« interprétation ou [de] validité d'une norme du MERCOSUR » [notre traduction], servirait de base juridique. La portée de ces avis pourra être précisée dans ses règles de procédure.

Le Projet couvre donc un nombre important des questions pour la constitution d'un organe juridictionnel régional. Son deuxième chapitre, portant sur les compétences, condense de vastes prérogatives pour l'exercice de ses fonctions de garant de la légalité et du contrôle de l'application et de l'interprétation du droit du MERCOSUR. Devenir une norme de droit primaire est le pas incontournable pour permettre l'évolution institutionnelle recherchée.

II. Une réalisation stagnante

Annoncée dans plusieurs normes de droit originaire et dérivé, l'idée d'instaurer une cour de justice prend une place de plus en plus importante dans la réglementation du MERCOSUR. Divers secteurs du domaine juridique se sont également prononcés sur le sujet de manière à laisser entendre que l'heure de sa mise en place approche (A). Malgré l'intention et les essais visant à modifier profondément le système existant, la création d'un tel organe reste très incertaine. Sa réalisation se heurte à plusieurs difficultés (B).

A. Les signes d'une évolution latente

1. LES BASES JURIDIQUES EXISTANTES

L'intention d'instaurer un système permanent de règlement des différends est omniprésente depuis la fondation du MERCOSUR. Le traité donnant naissance au système d'intégration contient dans son annexe III une disposition qui établit qu'« avant le 31 décembre 1994, les États membres adopteront un Système Permanent de Règlement des Différends pour le Marché Commun » [notre traduction]⁸⁸.

Suivant cette prescription, le 17 décembre 1991, à peine quelques mois après la signature du *Traité d'Asunción*, et bien avant la fin de la période de transition, les

⁸⁸ *Traité d'Asunción*, *supra* note 4, annexe, point 3, para 3.

États parties convenaient d'un texte établissant un système de solution de différends. Dénommé *Protocole de Brasilia*, l'instrument fixe les principes du mécanisme par lequel les États accordent la résolution des controverses. Ces litiges peuvent porter sur l'interprétation, l'application ou le manquement des dispositions prévues dans le *Traité d'Asunción*.

Malgré les signes positifs qui se dégagent de la réglementation précoce en matière de règlement des différends, ce protocole n'est pas venu mettre en œuvre ladite disposition du *Traité d'Asunción*. En effet, concernant le champ d'application temporel, le protocole dispose, à son article 34, qu'il « restera en vigueur jusqu'à l'adoption du Système Permanent de règlement des différends pour le marché commun visé par l'alinéa 3 du Traité d'Asunción » [notre traduction]⁸⁹.

Il est pertinent alors de se demander à quel type d'organe ou de procédure fait référence ledit paragraphe 3. Il est clair, en tout cas, que le mécanisme prévu par le *Protocole de Brasilia* ne réunit pas les conditions attendues par les pères fondateurs. L'instauration de ce système permanent a été ainsi repoussée.

Le *Protocole d'Ouro Preto*, signé le 17 décembre 1994 et portant sur la structure institutionnelle du MERCOSUR, n'a pas tranché la question. Il a dessiné le schéma institutionnel conformément à la prescription de l'article 18 du *Traité d'Asunción* établissant des organes qui, sauf quelques variations, subsistent jusqu'à nos jours⁹⁰. L'instauration d'un système permanent a été de nouveau reportée; cette fois sous prétexte d'attendre l'aboutissement du processus d'unification du tarif extérieur commun⁹¹.

En 2002, une nouvelle réforme a vu le jour. Les États parties, « reconnaissant que l'évolution du processus d'intégration dans le cadre du MERCOSUR exige un perfectionnement du mécanisme de règlement des différends »⁹² ont signé le *Protocole d'Olivos*. Et une fois de plus, son texte fait référence à l'adoption future d'un système permanent de règlement des différends pour le Marché commun⁹³.

⁸⁹ *Ibid*, art 34.

⁹⁰ Le Conseil et le Groupe étaient déjà mentionnés au *Traité d'Asunción*. La Commission de commerce et la Commission parlementaire conjointe, devenue Parlement du MERCOSUR (par le *Protocole constitutif* du 9 décembre 2005) ont été créées par le *Protocole d'Ouro Preto*, ainsi que le Secrétariat administratif (qui a perdu son qualificatif d'administratif par la Décision CMC 16/2002. Voir *Fortalecimiento Institucional*, 5 juillet 2002, MERCOSUR/CMC/DEC n° 16/02, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/578/1/secretaria/decisiones_2002>) et le Forum consultatif économique et social (FCES). Voir *Protocolo de Ouro Preto*, *supra* note 17.

⁹¹ L'article 44 du *Protocole d'Ouro Preto* dispose : « Avant que n'aboutisse le processus d'unification du tarif extérieur commun, les États Parties doivent procéder à la révision du système actuel de règlement des différends du MERCOSUR en vue d'adopter le système permanent dont il est question au paragraphe 3 de l'annexe III du *Traité d'Asunción* et à l'article 34 du *Protocole de Brasilia*. » *Protocolo de Ouro Preto*, *supra* note 17, art 44.

⁹² *Protocole d'Olivos*, *supra* note 3, préambule.

⁹³ L'article 53 du *Protocole d'Olivos* établit : « Avant la fin du processus de convergence du tarif extérieur commun, les États parties devront examiner le système courant de révision afin d'adopter un système permanent de règlement des différends pour le Marché commun mentionné à l'annexe II du *Traité d'Asunción*. » *Ibid*, art 53.

Ainsi, malgré les réformes successives, l'organe permanent de règlement des différends dans le MERCOSUR attend toujours l'heure de sa création. On aurait pu croire que l'établissement du TPR était la concrétisation de l'organe préconisé par le *Traité d'Asunción* et des protocoles additionnels. La référence systématique et invariable à une révision future vers le système permanent originalement conçu maintient la croyance qu'elle se réalisera un jour.

Entretemps, d'autres normes de droit dérivé annoncent également des réformes. Ainsi, la décision *CMC n° 21/05*, mettant en place un Groupe *ad hoc* de haut niveau chargé de l'élaboration d'une proposition de réforme institutionnelle (GANRI), constitue la première expression de la volonté de renforcer la structure institutionnelle⁹⁴.

Ce groupe de travail, créé sous la direction du Groupe, aurait dû présenter une proposition intégrale avant la fin de 2006. Plusieurs décisions du Conseil ont prorogé ce délai. La dernière⁹⁵ autorise la continuation des travaux jusqu'à fin juin 2009. Ces dispositions successives mettent en avant l'intention de « perfectionner » le système de règlement des différends ainsi que de faire des ajustements au *Protocole d'Olivos*.

Cependant, aucune conclusion du GANRI n'a été rendue publique. Le Centre de formation pour l'intégration régionale (CEFIR)⁹⁶ l'a mis en évidence dans un travail sur la réforme institutionnelle. Dans son introduction, Gerardo Caetano, coordinateur de la publication, mentionne le manque de propositions effectives de cet organe, décrivant ainsi un panorama opaque et sceptique sur les progrès dans ce domaine. Il souligne à la fois que le défi sur la réforme du MERCOSUR est un sujet systématiquement abordé pour toutes les présidences *pro tempore* de la zone d'intégration, sans qu'aucun gouvernement n'avance sur la question ni ne l'abandonne définitivement.

Plus récemment, le Groupe a édicté la résolution n° 06/10 créant une Réunion de haut niveau pour l'examen institutionnel du MERCOSUR (RANAIM) chargée, entre autres, d'effectuer des propositions sur « le perfectionnement du

⁹⁴ *Reforma institucional del MERCOSUR*, 8 décembre 2005, MERCOSUR/CMC/DEC n° 21/05, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1066/1/secretaria/decisiones_2005>.

⁹⁵ *Reforma institucional*, 17 décembre 2007, MERCOSUR/CMC/DEC n°56/07, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/634/1/secretaria/decisiones_2007>. Auparavant, les décisions *CMC n° 29/06* et *n° 17/07* avaient prorogé la date limite pour présenter des propositions. Voir *Lineamientos Para La Reforma Institucional Del Mercosur*, 15 décembre 2006, MERCOSUR/CMC/DEC n°29/06, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1038/1/secretaria/decisiones_2006>; *Prórroga del Plazo establecido en la Dec. CMC N° 09/07*, 28 juin 2007, MERCOSUR/CMC/DEC n°17/07, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/634/1/secretaria/decisiones_2007>. La décision *CMC n° 9/07* charge le GANRI de faire des ajustements sur le *Protocole d'Olivos*. Voir *Reforma institucional*, 18 janvier 2007, MERCOSUR/CMC/DEC n°09/07, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/634/1/secretaria/decisiones_2007>.

⁹⁶ Gerardo Caetano, dir., *La reforma institucional del MERCOSUR. Propuestas de diagnóstico*, Montevideo, Trilce, 2009. Pour plus d'informations sur ce centre, voir El Centro de Formación para la Integración Regional, en ligne : CEFIR <<http://cefir.org.uy/>>.

système de règlement des différends du MERCOSUR et le renforcement de ses organes institutionnels » [notre traduction]⁹⁷. La résolution GMC n° 37/11⁹⁸ a établi le plan de travail pour 2012 sans mentionner - au moins de manière expresse - cet objectif.

Les documents produits par cet organe – tel que l'indique le site Internet du Secrétariat du MERCOSUR⁹⁹ – sont réservés et, partant, inaccessibles au public. Toutefois, dans les intitulés aucun ne fait référence au système de solution des règlements. Ces travaux seront soumis au Groupe qui, à son tour, devra présenter une proposition au Conseil.

Le déficit institutionnel du MERCOSUR ne relève pas exclusivement de l'absence d'un système de règlement des différends. Les tentatives pour aboutir à une réforme ont été nombreuses. N'est-il pas temps de s'interroger sur la pertinence des méthodes employées et encore sur l'authenticité de la volonté politique pour atteindre cet objectif?

S'il faut reconnaître la légitimité de ces questionnements – dont les réponses concernent principalement les gouvernements nationaux –, il y a lieu de remarquer l'importance de compter sur ces bases juridiques, sur lesquelles la création d'un organe juridictionnel pourrait reposer. Leur existence constitue les signes d'un refus d'abandonner le projet.

2. LES MANIFESTATIONS EN FAVEUR D'UNE COUR DE JUSTICE

Les voix proclamant la création d'un organe juridictionnel pour le MERCOSUR sont venues de divers secteurs, en particulier, des rencontres des cours suprêmes des États parties et du Parlement du MERCOSUR.

Les premières reflètent le compromis des juges nationaux, en particulier ceux occupant les juridictions suprêmes, avec l'intégration régionale. La *Charte de Brasilia*, qui institutionnalise le Forum permanent des cours suprêmes du MERCOSUR, souligne l'importance des pouvoirs judiciaires nationaux pour « la structure fonctionnelle du MERCOSUR dans leur condition d'applicateurs de ses normes »¹⁰⁰. Elle déclare que l'accomplissement du paragraphe 3 de l'annexe III du *Traité d'Asunción* est encore incomplet et que le *Protocole d'Olivos* ne constitue que le perfectionnement du système arbitral.

⁹⁷ *Reunión de Alto Nivel para el Análisis Institucional del MERCOSUR*, 9 avril 2010, MERCOSUR/GMC/DEC n°06/10, en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1990/1/secretaria/resoluciones_2010>.

⁹⁸ *Lineamientos para la revisión de la estructura institucional del MERCOSUR*, MERCOSUR/GMC/RES n° 37/11, 17 décembre 2011.

⁹⁹ Mercosur, *Bienvenido a la Secretaría del Mercosur*, en ligne : MERCOSUR <<http://www.mercosur.int/>>[*Secretaría del Mercosur*].

¹⁰⁰ Forum de Cortes Supremas, *Carta de Brasilia*, 30 novembre 2004, en ligne : Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/forumCorteSupremaDocumentoEspanhol/forumCorteSupremaDocumentoEspanhol_AP_75304.pdf>.

Le règlement interne du Forum mentionne ses objectifs, parmi lesquels figurent la promotion de la coopération entre tribunaux des États parties et associés au MERCOSUR, et la participation aux activités favorisant le progrès et le développement de l'ordre juridique du MERCOSUR. Il y établit, à son article 6, que le Forum se réunira une fois par an au deuxième semestre, sans préjudice de la convocation de réunions exceptionnelles.

C'est dans le cadre de ces rencontres que les magistrats des cours suprêmes des États parties ont exprimé la nécessité d'instaurer un Tribunal dans le système d'intégration. À cet égard, lors de la VI^e rencontre, organisée au siège du Forum (Brasilia) le 21 novembre 2008, la question a été soulevée pour la première fois¹⁰¹. Or, la discussion a pris une vraie ampleur durant la VII^{ème} rencontre, tenue à Buenos Aires en septembre 2009. La deuxième conférence a porté sur la création d'une CJM¹⁰².

Les cinq orateurs se sont prononcés en faveur de la création d'une institution juridictionnelle. L'intervenant brésilien¹⁰³ a soulevé la question de la difficulté d'accepter des organes supranationaux dans la région, en particulière en raison des modèles politiques instaurés dans les pays d'Amérique Latine, c'est-à-dire le présidentialisme qui domine la scène par opposition au parlementarisme, propre aux États européens.

En dépit des obstacles, plus ou moins évidents, à la mise en place d'un tel organe, les représentants des quatre cours suprêmes des États du MERCOSUR ont souscrit à la déclaration finale¹⁰⁴ décidant de la création d'une commission qui devra proposer l'instauration – de manière progressive – d'un Tribunal du MERCOSUR. Le président de la Cour suprême d'Argentine a, lors de son exposé, souligné le besoin d'assumer cette tâche de construction par étapes d'une instance juridictionnelle supranationale.

L'appui et la « complicité » des juridictions internes, comme l'a remarqué le professeur espagnol Ricardo Alonso García, premier intervenant de cette conférence, s'avère indispensable pour assurer le fonctionnement réussi d'une cour régionale. Sa promotion depuis ce forum constitue ainsi un bon augure.

Mais cette conquête est loin de constituer une victoire. Les rencontres ultérieures du Forum n'ont pas abordé le sujet. À Brasilia et à Quito, les déclarations

¹⁰¹ Forum de Cortes Supremas, *Declaração do vi encontro de cortes supremas dos estados-partes do Mercosul e associados*, 21 novembre 2008, en ligne : Supremo Tribunal Federal du Brésil <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextaEncontroConteudoTextual/anexo/DeclaracaoDoVIEncontro.PDF>>.

¹⁰² Il est possible d'écouter les interventions des orateurs. Voir *Centro de información judicial*, en ligne : CIJ <<http://www.cij.gov.ar/conferencia-cortes-mercosur.html>>.

¹⁰³ Le professeur Jorge Fontoura, cinquième arbitre du Tribunal Permanent de Révision.

¹⁰⁴ Forum de Cortes Supremas, *Declaración del VII encuentro de cortes supremas de los estados parte del mercosur y asociados*, 2 septembre 2009, en ligne : Centro de Información Judicial <<http://www.cij.gov.ar/adj/pdfs/ADJ-0.413330001251993969.pdf>>

des VIII^e et IX^e réunions des cours suprêmes¹⁰⁵, ont réaffirmé l'engagement des juridictions dans les processus d'intégration régionale sans mentionner la création d'une institution supranationale.

Les raisons d'une telle omission n'ont pas été exposées non plus. S'il est regrettable que le Forum ait abandonné la poursuite des travaux – au moins, temporairement – les débats menés sur requête des juridictions nationales ont poussé les initiatives au sein du Parlement du MERCOSUR.

Ainsi, suite aux VI^e et VII^e rencontres, le Parlement a édicté des déclarations¹⁰⁶ exprimant sa satisfaction des résultats atteints et soutenant les travaux envisagés pour la création d'une Cour de Justice. Entre ces deux actes, le Parlement a également pris la déclaration n° 1/09¹⁰⁷, sur la « crise économique mondiale » dans laquelle est soulignée l'importance de compter sur un tribunal supranational assurant la sécurité juridique aux États parties.

Le 28 avril 2009, le Parlement conclut un « accord politique pour la consolidation du MERCOSUR », dans lequel s'exposent les axes qui devront être renforcés pour avancer dans la construction d'une zone d'intégration. Il s'agit des dimensions parlementaire¹⁰⁸ et judiciaire. Concernant cette dernière, l'accord propose, en premier lieu, d'inviter le Forum des cours suprêmes à présenter un projet de création d'un « Tribunal de justice du MERCOSUR » au plus tard fin 2010. Deuxièmement, il envisage l'approbation d'un projet de norme qui modifie le *Protocole d'Olivos* et qui dote le TPR de nouvelles prérogatives.

Le Conseil a approuvé cet accord par la décision n° 28/10¹⁰⁹, ce qui peut être interprété comme un geste en faveur de l'évolution vers cette Cour de justice. Toutefois, cette décision du 18 octobre 2010 est intitulée « critère de participation citoyenne » [notre traduction] sans faire aucune référence à la dimension judiciaire. Celle-ci n'a pas encore fait l'objet d'un acte de droit dérivé de quelque ordre que ce soit.

Malgré l'absence d'intérêt manifestée par le Conseil – au moins en

¹⁰⁵ Forum de Cortes Supremas, *Declaración del VIII Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR y Asociados*, 26 novembre 2010, en ligne : Supremo Tribunal Federal <http://www2.stf.jus.br/portal/StfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_es_es&idConteudo=166883>; Forum de Cortes Supremas, *Declaración de Quito del IX encuentro de cortes suprema, cortes, tribunales y salas constitucionales de los estados partes del MERCOSUR y asociados*, 17 novembre 2011, en ligne : Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portal/StfInternacional/portalStfDestaque_es_es/anexo/Declaracion_de_Quito_IX_Encuentro_Cortes_Supremas.pdf>.

¹⁰⁶ *Sobre el 6° encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR*, 28 novembre 2008, MERCOSUR/PM/DECL n°23/08 et; *7°encuentro del foro permanente de Cortes supremas del MERCOSUR*, 8 mars 2010, MERCOSUR/PM/DECL n°04/10, en ligne : Parlamento del Mercosur <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/5434/1/decl_04_2010_cortes_supremas.pdf>.

¹⁰⁷ *Crise econômica mundial*, MERCOSUR/PM/SO/DECL.01/2009, en ligne : Parlement du MERCOSUR : <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/2953/1/decl_01_2009.pdf>.

¹⁰⁸ La dimension parlementaire traite, en particulier, le critère de la représentation citoyenne.

¹⁰⁹ *Criterio de representación ciudadana*, 18 octobre 2010, MERCOSUR/CMC/DEC. n° 28/10.

apparence –, le Parlement a concrétisé son but de rédiger un projet, dont l'examen des dispositions a fait l'objet de la première partie de ce travail. Présenté par les parlementaires Aldo Rodríguez Saá (Argentine) et Eric Salum Pires (Paraguay) le 18 mai 2009, il a été approuvé lors de la dernière séance du 2010 par le « projet de norme 2/2010 » [notre traduction] et soumis à considération du Conseil qui, jusqu'à aujourd'hui, ne s'est pas prononcé à ce propos.

Dans l'état actuel, durant la dernière séance du Parlement¹¹⁰, dont la version sténographique est disponible sur son site Internet, seul le président de la délégation paraguayenne, Alfonso González Nuñez, mentionne de manière expresse le sujet de création d'une Cour de justice. Il insiste, d'autre part, sur la nécessité de créer une cour des comptes et sur l'importance de stimuler dans ce sens les relations avec les cours suprêmes nationales.

On constate ainsi que plusieurs signaux en faveur d'une modification du système de règlement des différends ont été lancés. L'objectif est présent depuis 1991 et, au cours des années, les efforts ont été renforcés sans obtenir de véritable progrès. Le pas aurait peut-être été franchi si les écueils avaient été moins nombreux.

B. Les enjeux cachés

1. LA PROCÉDURE D'ENTRÉE EN VIGUEUR DU PROJET

Le Projet de protocole doit, tout d'abord, faire l'objet d'une approbation par le Conseil à travers une « décision ». Il y a déjà une contradiction dans cette démarche. En effet, il est légitime de se demander comment une décision, qui appartient à la catégorie de droit dérivé, peut adopter un protocole qui revêtira rang de norme originaire et, partant, sera hiérarchiquement supérieur¹¹¹.

Le Conseil du Marché commun¹¹², en charge de la conduite politique du processus d'intégration, est l'organe supérieur du système. Il est composé des ministres des affaires étrangères et de l'économie; les ministres d'autres domaines pouvant intégrer des organes auxiliaires. Une fois par semestre, les chefs d'État participent aux réunions du Conseil. Les rencontres s'appellent alors sommets. L'adoption de ce protocole dépend donc, en première lieu, de la volonté politique des

¹¹⁰ Parlamento del Mercosur, *Sesión Preparatoria*, 2 décembre 2011, en ligne : Parlamento del Mercosur <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/6105/1/version_taquigrafica.pdf>. En ce qui concerne l'année 2012 et jusqu'au moment de la rédaction de l'article, le Parlement n'a pas encore siégé. La session convoquée pour le 2 juillet n'a pas eu lieu en vertu de l'absence de la délégation argentine. La question sur la suspension du Paraguay du Mercosur, suite à la destitution du Président Lugo le 22 juin, allait être traitée lors de cette réunion.

¹¹¹ L'article 41 du *Protocole d'Ouro Preto* établit la liste de sources de droit du MERCOSUR plaçant le *Traité d'Asunción*, ses protocoles et les instruments additionnels ou complémentaires ainsi que les accords conclus dans le cadre de ce traité, avant les décisions, les résolutions et les directives adoptées par les organes du MERCOSUR. *Protocole d'Ouro Preto*, *supra* note 17, art 41.

¹¹² *Ibid*, art 3 à 9.

États. Le Conseil étant un organe éminemment intergouvernemental, la décision d'avancer vers la création de la CJM revient exclusivement aux chancelleries et aux chefs d'État.

De surcroît, le processus de création de la CJM ne s'arrête pas à ce stade. L'entrée en vigueur des actes de droit dérivé, y compris les décisions du Conseil, subissent une procédure complexe et souvent qualifiée d'obscur¹¹³. Le régime général est prévu dans le *Protocole d'Ouro Preto*. La règle est établie en son article 42, qui dispose que les actes arrêtés par les organes du MERCOSUR ont force obligatoire et « le cas échéant, doivent être incorporés aux ordres juridiques nationaux, selon les procédures prévues par la législation de chaque pays ».

Or, cette disposition contient, en pratique, une exception; la règle étant la nécessité d'incorporer les actes du MERCOSUR dans les ordres internes. Les décisions *CMC n° 23/00, 20/02, 22/04 et 31/04*¹¹⁴ cernent les actes qui n'ont pas besoin de transposition. La procédure d'entrée en vigueur pour les actes qui doivent être incorporés est décrite à l'article 40 du *Protocole d'Ouro Preto*, indiquant qu'elle est « simultanée » dans tous les États parties. La décision concernant l'approbation d'un protocole sur la structure institutionnelle du MERCOSUR doit suivre ces dispositions.

Pour cette entrée en vigueur simultanée, les États parties ont l'obligation de notifier au Secrétariat la disposition interne qui procède à l'incorporation de l'acte de droit dérivé. Lorsque tous les États ont communiqué cette incorporation, le Secrétariat en informe chaque État et la règle découlant de l'acte de droit dérivé entre en vigueur, trente jours après la date de cette dernière communication. Les États doivent, de plus, annoncer dans leurs journaux officiels respectifs l'entrée en vigueur de la règle.

Plusieurs difficultés découlent de ce système. En premier lieu, l'entrée en vigueur est subordonnée, une nouvelle fois, à la volonté politique des États. En effet, elle dépend de leur efficacité pour adopter la norme dans les plus brefs délais, ainsi que pour accomplir la notification postérieure au Secrétariat. Il suffit qu'un État n'adopte pas les dispositions internes pertinentes – ou qu'il n'informe pas le Secrétariat – pour que la norme n'entre pas en vigueur¹¹⁵.

¹¹³ Pour un plus ample exposé de ce système, ainsi qu'une critique de ses faiblesses, Voir Alejandro D. Perotti, « MERCOSUR : Proceso legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización » dans *Jornadas de derecho internacional*, Washington, Editorial Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Organización de Estados Americanos, 2007, 609.

¹¹⁴ *Incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento jurídico de los estados partes*, 29 juin 2000, MERCOSUR/CMC/DEC. n° 23/00; *Perfeccionamiento del sistema de incorporación de la normativa MERCOSUR al ordenamiento jurídico de los estados partes* 6 décembre 2002, MERCOSUR/CMC/DEC. n° 20/02; *Vigencia y aplicación de las normas emanadas de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR*, 7 juillet 2004, MERCOSUR/CMC/DEC. n° 22/04; *Normativa para la aprobación e incorporación de las modificaciones de la NCM y su correspondiente AEC*, 16 décembre 2004, MERCOSUR/CMC/DEC. n° 31/04.

¹¹⁵ Les problèmes de l'entrée en vigueur des normes du Mercosur ne finissent pas là. Un récent arrêt de la Salle constitutionnelle de la Cour Suprême du Paraguay montre à quel point ces difficultés peuvent mettre en péril le droit du Mercosur. Dans l'affaire Thompson Internacional SA, arrêt du 12 avril 2012, la Haute juridiction paraguayenne déclare inconstitutionnel un décret qui internalise des résolutions du

La conséquence directe de ces multiples étapes, dépendant dans leur exécution d'organes nationaux, est l'absence de sécurité juridique. En effet, le manque d'information claire sur l'état d'incorporation des normes du MERCOSUR constitue un obstacle majeur. Le Parlement a adopté un projet de norme (n° 02/09¹¹⁶) afin de régulariser la situation. Le Secrétariat sera obligé de publier sur son site Internet l'état d'incorporation de toutes les normes du MERCOSUR pour chaque État partie et si elles sont entrées en vigueur. Le public doit avoir accès illimité à cette information. Or, le Conseil n'a pas encore adopté ledit projet.

Il faut toutefois préciser qu'en ce qui concerne les traités, les protocoles et les accords, le site du Secrétariat¹¹⁷ gère l'état d'incorporation des instruments dans chaque pays ainsi que la date de son entrée en vigueur. L'information relevant du protocole portant création d'une CJM sera ainsi mise en ligne de manière accessible à toute personne intéressée.

En outre, il faut reconnaître que les difficultés inhérentes à l'entrée en vigueur du Projet étudié ont déjà été surmontées par le passé. C'est le cas de plusieurs protocoles annexés au *Traité d'Asunción*, y compris le *Protocole d'Olivos*. Rien ne laisse croire, d'un point de vue formel, que ce protocole ne verra pas le jour.

2. LES ENJEUX CONSTITUTIONNELS DE LA MISE EN PLACE D'UN ORGANE « SUPRANATIONAL ».

L'existence d'autres entraves rend encore plus difficile l'adoption du Projet. Le bât blesse probablement dans les questions de fond. Le protocole instaurant une CJM vient bouleverser la structure institutionnelle du MERCOSUR, faisant basculer l'organisation du système d'intégration d'un régime intergouvernemental à un système supranational¹¹⁸.

La possibilité pour un État d'appartenir à un système d'intégration est prévue, en règle générale, dans sa constitution¹¹⁹. Appelée « clause constitutionnelle

Groupe du Marché Commun du fait que son adoption n'a pas respecté la procédure interne qui exige la participation du Parlement National. Par conséquent, l'incorporation du droit dérivé effectuée par le Paraguay par le biais d'un décret est inconstitutionnelle et cela malgré l'entrée en vigueur dans le plan régional. Il faut souligner que l'arrêt n'examine même pas s'il s'agit d'une Résolution adoptée par les autres États parties ou non.

¹¹⁶ *Publicación del estado de incorporación de las normas del MERCOSUR y del comienzo de su vigencia*, MERCOSUR/PM/S EXT/PROJ NORMA/02/2009, en ligne : Parlement du MERCOSUR <http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/file/3127/1/proyecto_de_norma_02_2009.pdf>.

¹¹⁷ *Secretaría del Mercosur*, *supra* note 99.

¹¹⁸ L'article 2 du *Protocole d'Ouro Preto* énonce que « le Conseil du Marché commun, le Groupe du Marché commun et la Commission du commerce du MERCOSUR sont des organes de décision d'ordre intergouvernemental ». *Protocole d'Ouro Preto*, *supra* note 90 art 2. Le fait de compter avec des organes d'une telle nature ne peut donc pas faire l'objet de débats. Les raisons de ce choix forment un sujet à part.

¹¹⁹ Très souvent, le phénomène de l'intégration a précédé les réformes constitutionnelles, sans que cela entraîne nécessairement des raisons d'inconstitutionnalité. Voir Alejandro D. Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, t 2, Montevideo, Konrad Adenauer, 2004 aux pp 1012-1013. Dans le cas des constitutions des États du MERCOSUR : l'Argentine prévoit l'adhésion à des

d'habilitation », cette disposition autorise l'État à conclure des traités afin de devenir membre d'une organisation d'intégration régionale. Quand elles existent – c'est le cas dans les États parties au Mercosur – ces clauses d'habilitation contiennent souvent les conditions d'adhésion. La tâche du juriste est de rechercher si ces clauses permettent l'adhésion à un système d'intégration supranationale.

Pour qualifier de « supranationale » une organisation d'intégration, différentes caractéristiques doivent être réunies. À cet égard, on ne peut pas manquer de mentionner¹²⁰ : la création des organes pouvant édicter des actes droit dérivé obligatoires pour les États parties à l'organisation et directement applicables dans leurs ordres juridiques internes; le transfert des compétences, autrement étatiques, en faveur des organes du modèle d'intégration et la mise en place d'une institution juridictionnelle dotée de la compétence exclusive pour interpréter le droit issu de ce système et contrôlant son application uniforme.

Dans le MERCOSUR, si certaines catégories d'actes sont obligatoires pour les États parties, les obstacles à surmonter pour leur entrée en vigueur, comme cela a été décrit au point précédent, affaiblissent remarquablement cette contrainte. De surcroît, la règle pour l'adoption desdits actes est le consensus, conservant pour chaque État un pouvoir de veto qui exclut, en pratique, tout transfert de compétence en faveur des institutions communes¹²¹.

Ce travail s'intéresse tout particulièrement à la troisième caractéristique. Le régime en vigueur a déjà été décrit, les institutions – le Tribunal Permanent de Révision et les Tribunaux ad hoc – ne disposent pas d'une juridiction exclusive. Le projet étudié vient ainsi combler cette absence instaurant une Cour de Justice, les voies de recours prévues lui permettent d'accomplir son rôle de gardienne de la légalité et du contrôle de l'application et de l'interprétation du droit du MERCOSUR. Ce nouvel organe revêtira donc une nature supranationale en ce qu'il répond aux éléments énoncés¹²².

systèmes d'intégration régionale à l'art 75(24); le Brésil à l'art 4, paragraphe unique; le Paraguay à l'art 145; et l'Uruguay à l'art 6. Voir *Constitución de la Nación Argentina*, Ley n° 24.430, 1994, art 75 para 24; *Constitución de la República Federativa del Brasil*, 1988 telle qu'amendée en 1996, art 4 [Constitution du Brésil]; *Constitución Política de la República de Paraguay*, 1992, art 145; *La Constitución Uruguaya con las modificaciones publicadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004*, 2004, art 6 [Constitution de l'Uruguay].

¹²⁰ Voir Patrick Daillier, « La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines » (2005) 51 AFDI 642. Dans ce travail, il est signalé à la p 747 que la juridiction d'une organisation supranationale jouit « d'une compétence exclusive pour se prononcer sur tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité de base ou du droit dérivé de celui-ci ». En réalité, les juges nationaux peuvent et, dans certaines circonstances, doivent appliquer le droit du système d'intégration pour trancher un litige interne, devant soulever une question d'interprétation ou de validité à la juridiction commune s'il en est besoin.

¹²¹ Alonso García, *supra* note 52 à la p 54.

¹²² En effet, l'instauration d'une Cour de justice, ayant les caractéristiques décrites au cours de ce travail, vient remplir aussi les deux autres éléments mentionnés d'un système supranational : les actes édictés par cette Cour – les arrêts et autres décisions – seront obligatoires pour les États et directement

Pour que les États acceptent cette transformation, leurs clauses d'habilitation doivent leur permettre d'adhérer à de tels modèles. Dans ce sens, tant l'Argentine que le Paraguay possède des clauses admettant de manière expresse l'appartenance à des organisations supranationales tandis que les textes constitutionnels brésilien et uruguayen prévoient seulement l'encouragement d'une intégration « économique et sociale » des États ou des peuples de l'Amérique Latine¹²³. Ces clauses, programmatiques, empêcheraient la création des institutions supranationales. Pour ce faire, une modification des constitutions serait nécessaire, selon certains auteurs¹²⁴.

La question a été largement traitée par Alejandro Perotti¹²⁵ qui conclut à l'inexistence d'obstacles normatifs pour la mise en place d'un modèle d'intégration ayant des organes supranationaux. En premier lieu, il souligne que la portée apparemment inférieure de ces deux clauses constitutionnelles est compensée par la qualification de principe fondamental que celles-ci ont dans les pays mentionnés.

Il affirme, de surcroît, que le principe de souveraineté étatique n'est pas controversé du fait de cette adhésion puisque c'est précisément sur ce fondement que les États peuvent appartenir à l'organisation et déléguer des compétences. En outre, l'existence desdites clauses d'habilitation, base juridique autonome pour la conclusion

applicables dans leurs ordres juridiques internes; l'exercice de sa juridiction implique de fait le transfert de cette compétence étatique vers un organe supra-étatique.

¹²³ La Constitution brésilienne mentionne l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples de l'Amérique Latine, au regard de la formation d'une communauté latino-américaine de nations. La Constitution uruguayenne évoque l'intégration sociale et économique des États latino-américains, notamment en ce qui concerne la défense commune de leurs produits et matières premières, ainsi que l'effective complémentarité de leurs services publics. Voir *Constitution du Brésil*, *supra* note 119 et *Constitution de l'Uruguay*, *supra* note 119.

¹²⁴ En faveur du besoin d'un changement des constitutions, voir Luciane Klein Vieira, « La reforma de las Constituciones de los Estados Partes del MERCOSUR » [25 juillet 2012] La Ley 4. La question n'est pas propre au système sud-américain examiné. En Europe, par exemple, la France a accepté d'appartenir à la première communauté sur le fondement de l'alinéa 15 de la Constitution de 1946 qui dispose « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». *Constitution française de 1946*, IV^e République, JO, 27 octobre 1946, alinéa 15. La portée du mot « limitation » de souveraineté a été longtemps débattue au sein du Conseil constitutionnel qui n'admettait pas de transfert mais des limitations de souveraineté. L'article 54 de la Constitution de 1958 permet une interprétation plus large en ce qu'elle admet des transferts de « compétences » sous réserve du respect des « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Voir *Constitution de 1958*, V^e République, JO, 4 octobre 1958, art 54. L'actuel article 88-1, introduit par la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 (modifié en 2005, 2008 et 2009) reconnaît une participation de la France à l'Union européenne dans les termes prévus dans le traité de Lisbonne. Voir *Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992*, V^e République, JO, 25 juin 1992, art 54 Les difficultés constitutionnelles rencontrées pour appartenir à une organisation communautaire ont ainsi toujours été surmontées (Voir Blumann et Dubouis, *supra* note 47 aux pp 600-08). Sous un autre angle, l'article 49 bis de la Constitution luxembourgeoise admet une attribution des pouvoirs publics à des institutions de droit internationaux mais de manière « temporaire ». Ce conditionnement temporaire de la cession a été contesté par rapport au caractère illimité des traités communautaires sans que cela n'ait jamais empêché véritablement la continuité du Grand-Duché de Luxembourg aux communautés européennes et aujourd'hui à l'Union. Voir *Le Conseil d'État gardien de la Constitution et des Droits et Libertés fondamentaux*, Luxembourg, le Conseil d'État du Grand-Duché de Luxembourg, 2006 aux pp 192-198.

¹²⁵ Perotti, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*, *supra* note 119, t 1 et 2.

des accords d'intégration¹²⁶, mettrait en évidence la volonté du constituant d'accepter l'adhésion à des organisations supranationales.

Poussant son raisonnement encore plus loin, ce professeur argentin conclut que ce qui est douteux, d'un point de vue constitutionnel, c'est l'attitude négligente des États parties de ne pas mettre en place un organe judiciaire communautaire, en ce que ce manque porterait atteinte au droit à la protection juridictionnelle effective¹²⁷.

Mais si les Constitutions des quatre États parties au MERCOSUR permettent l'adhésion à une organisation supranationale – selon cette analyse – les interprétations des cours suprêmes étatiques s'avèrent fondamentales. En effet, c'est leur regard qui comptera pour accepter ce changement. À ce sujet, la jurisprudence récente montre un panorama décourageant.

Les juridictions suprêmes concernées ne se sont pas prononcées directement sur la compatibilité avec leurs constitutions de l'appartenance à un système d'intégration de nature supranationale. Cependant, des arrêts sur les rapports entre le droit du MERCOSUR et le droit interne permettent de dégager certaines conclusions.

En décembre 2011, la Cour suprême de justice de l'Uruguay a prononcé une sentence¹²⁸ dans laquelle des questions sur la nature du *Traité d'Asunción* et la validité d'une loi interne contraire à ses dispositions ont été abordées¹²⁹. Les juges nationaux n'ont pas accepté la suprématie de l'accord international. Au contraire, ils ont reconnu la validité de la loi interne en ce qu'elle est postérieure au *Traité d'Asunción*¹³⁰.

¹²⁶ Autonomie qui se proclame par rapport aux clauses qui habilitent les États à conclure des accords internationaux « classiques ».

¹²⁷ Cette opinion a été exprimée également par Adriana Dreyzin de Klor. Voir Adriana Dreyzin de Klor, « Las iniciativas de integración: el Mercosur jurídico », dans Armin Von Bogdandy, César Landa Arroyo et Mariela Morales Antoniazzi, dir, *Cuadernos y Debates. ¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Madrid, Max-Planck-Institut, 2009, 441 à la p 455. En effet, sur l'absence du degré suffisant de la protection des intérêts des particuliers dans le système de règlement des différends du Mercosur elle soutient à la page 455 qu'« on pourrait considérer qu'il s'agit d'un déni de justice de la part des Pouvoirs exécutifs » [notre traduction].

¹²⁸ Sentence du 16/12/2011, n° 4765/11, *X c/Ministerio de Economía y finanzas*; voir Boletín electrónico de noticias y documentación sobre procesos de integración, Noticias MERCOSUR n° 2012-02-06, édité par A. D. PEROTTI, Buenos Aires, 2012.

¹²⁹ En l'occurrence, le recours interne portait sur la validité constitutionnelle d'une taxe consulaire applicable aux importations en provenance des autres États parties au MERCOSUR, instaurée postérieurement au *Traité d'Asunción*. Les demandeurs soutenaient que ladite taxe avait été édictée en contravention avec les dispositions sur la liberté de circulation de marchandises. Sur la question de la comptabilité entre la taxe consulaire et le *Traité d'Asunción*, deux opinions consultatives avaient été soulevées devant le TPR. Voir *Sucesión Carlos Schnek y otros c/Ministerio de Economía y Finanzas y otros*, Opinión Consultiva N° 01/2008, [2008], en ligne : Tribunal Permanente de Revisión <http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_opiniones.htm>; Tribunal Permanente de Revisión, *Frigorífico Centenario S.A. c/ Ministerio de Economía y Finanzas y otros*, Opinión Consultiva N° 01/2009, [2009], en ligne : Tribunal Permanente de Revisión <http://www.tprmercosur.org/es/sol_contr_opiniones.htm>.

¹³⁰ La Cour suprême de justice avait développé dans les années 1970 une jurisprudence octroyant primauté aux traités internationaux sur les lois internes. Voir Jean Michel Arrighi, « Relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos » dans *Derecho Internacional Público*, Montevideo, Fundación

En ce qui concerne le sujet de ce travail, le juge Gutierrez – intervenant à l’occasion de la VIIème rencontre du Forum des cours suprêmes – fait mention expresse de l’opinion doctrinale contraire à la possibilité pour l’Uruguay d’admettre un droit supranational. Ce magistrat qui s’est montré favorable à la création d’une CJM, rappelle ainsi que « la doctrine s’est exprimée de manière unanime sur l’impossibilité – au regard du texte de la constitution en vigueur – d’admettre un droit supranational et encore l’application directe des normes édictées par les organes du MERCOSUR en dépit de son caractère obligatoire » [notre traduction]¹³¹. Le juge Van Rompaey a été encore plus explicite soutenant que « la Constitution ne permet pas l’accès de la République à des solutions de supranationalité impliquant un transfert de compétence vers des organes supra-étatiques » [notre traduction]¹³².

Quant au Brésil, le président du Tribunal fédéral suprême Gilmar Ferreira Mendes a signalé lors d’un entretien publié par le site du Conseil constitutionnel français en 2009 que « dans le cadre de la consolidation du Mercosul (...), la question de la justice constitutionnelle dans un contexte supranational se trouve intimement liée à celle des relations entre le droit conventionnel et droit national dans le cadre des transferts de souveraineté, suscitant bien des angoisses et des questions »¹³³.

Le Tribunal fédéral suprême a, en effet, maintenu une jurisprudence similaire à celle de la Cour uruguayenne concernant les rapports entre les traités internationaux – y compris ceux adoptés dans le cadre du MERCOSUR – et la loi interne. Par un célèbre arrêt de 1998, *Porto do Belém*¹³⁴, cette juridiction affirme que le droit du MERCOSUR est soumis au même traitement que le droit international et que tout changement à ce sujet doit être opéré par le biais d’une réforme constitutionnelle, n’acceptant pas en conséquence sa primauté¹³⁵. Bien que cette jurisprudence n’aborde

Cultural Universitaria, 1996, 333, tel que cité dans Deisy Ventura, *Las asimetrías entre el Mercosur y Unión Europea*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005 à la p 230. C’est à partir de 1990, par un revirement de la jurisprudence, que le principe de *lex posteriori* régit les relations entre les traités internationaux et la loi interne. *Ibid* à la p 231.

¹³¹ « La doctrina se ha manifestado unánimemente sobre la imposibilidad –al amparo del texto constitucional vigente– de admitir un derecho supranacional y aún la aplicación directa de las normas que dicten los órganos del MERCOSUR a pesar de su obligatoriedad ». Ramón Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, 3^e éd, Buenos Aires, Temis, 2001 à la p 245.

¹³² « La Constitución no permite el acceso de la República a soluciones de supranacionalidad que impliquen traspaso de competencias a órganos supranacionales [...] ». Martín Risso Ferrand, *Derecho Constitucional*, vol 1, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005 à la p 397.

¹³³ Conseil constitutionnel, « Questions au président du Tribunal fédéral suprême de la République fédérale du Brésil » (août 2009), en ligne : Conseil constitutionnel <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-26/questions-au-president-du-tribunal-federal-supreme-de-la-republique-federale-du-bresil.51495.html>>.

¹³⁴ Supremo Tribunal Federal, *Carta rogatoria* 8.279 , n° 109, Brésil, 4 mai 1998, en ligne : Informativo STF < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo109.htm>>. [Arrêt *Porto do Belém*].

¹³⁵ Deisy Ventura traduit un passage pertinent de cet arrêt : « bien qu’elle soit souhaitable, l’adoption des mécanismes constitutionnels différenciés, dont l’institution privilégie le processus de réception des actes, accords, protocoles ou traités conclus par le Brésil dans le cadre du MERCOSUR, est un sujet qui dépend essentiellement, pour sa solution, d’une réforme du texte de la Constitution brésilienne, en réclamant par conséquent des modifications de jure constituendo. Tant que cette réforme constitutionnelle nécessaire ne sera pas intervenue, la question de la force obligatoire interne des

pas directement la question de la création des institutions supranationales, le refus d'un ordre juridique autonome et primant sur le droit interne reste intimement lié à cette dernière.

Toutefois, un revirement de la jurisprudence brésilienne pourrait avoir lieu prochainement. Le juge Mendes a soutenu la thèse contraire concernant la primauté des traités internationaux sur les lois internes infra constitutionnelles¹³⁶. Dans son opinion dissidente, il fait référence à la doctrine qui interprète la clause d'habilitation comme acceptant l'intégration du Brésil dans des organismes supranationaux¹³⁷. Actuellement, un recours devant le Tribunal fédéral dans lequel M. Mendes, juge rapporteur, a réitéré son avis, est pendant au moment de la rédaction de cet article¹³⁸.

L'adhésion à une organisation supranationale reste ainsi fortement controversée et, partant, la création d'une juridiction supra-étatique. L'invocation d'une atteinte aux constitutions nationales est-elle une excuse des États pour ne pas mettre en place un organe ayant compétence pour les sanctionner et pour les contraindre à respecter ses arrêts? Le premier défi dans la création d'une Cour de justice pour le MERCOSUR est de comprendre l'état d'avancement du processus d'intégration et, notamment, sa perméabilité aux changements structurels. Si la continuité du MERCOSUR ne semble pas liée à l'existence de cette Cour, la réalisation effective d'un véritable marché commun, but ultime du *Traité d'Asunción*, est encore loin d'être un objectif abouti.

accords conclus sous l'égide du Mercosur continuera à être soumise au même traitement normatif que la Constitution brésilienne assigne aux traités internationaux en général ». Deisy Ventura, *Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003 à la p 136.

¹³⁶ La récente ratification de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331 ayant une influence à ce sujet. Le Brésil a ratifié ladite *Convention* par décret n° 7.030 du 14 décembre 2009.

¹³⁷ Supremo Tribunal Federal, *Ext 1085 (extradition de Battisti)*, Brésil, 8 juin 2011, juge Mendes, dissident, à la p 53, en ligne : Informativo STF <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf>>. Voir aussi Alejandro D. Perotti, *Noticias MERCOSUR n° 2011-06-23 : Boletín electrónico de noticias y documentación sobre procesos de integración*, Buenos Aires, 2011, en ligne : Grupo de Derecho de la Integración <<http://www.grupodeintegracion.com.ar/2011/07/noticias-mercosur-n-2011-06-23.html>>.

¹³⁸ L'état d'avancement du dossier est consultable en ligne : Supremo Tribunal Federal, *Acompanhamento Processual*, en ligne : Supremo Tribunal Federal <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=460320&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.