

**LA FONCTION DU JUGE DANS LE DROIT DE L'INTEGRATION
ANALYSE COMPAREE DE L'UNION EUROPEENNE ET DU
MERCOSUR**

Myriam Benlolo Carabot¹

Si les différences, nombreuses et profondes, entre l'Union européenne (UE) et le Mercosur ont déjà été analysées à plusieurs reprises², plus rares sont les études visant à mettre en évidence les points communs entre les deux organisations. C'est l'objet du présent article que d'insister sur l'un d'entre eux : l'existence d'un système juridictionnel organisé, qui apparaît dans les deux cas comme crucial pour la viabilité du processus d'intégration.

L'UE, fondée aujourd'hui sur le traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009, trouve son origine dans la signature des traités de Paris et de Rome de 1951 et de 1957, ratifiés par six Etats membres. Structure au départ indéfinie englobant les trois premières Communautés européennes, l'UE s'est désormais substituée à l'une d'entre elles, la Communauté européenne, fondée en 1957. Le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier a quant à lui expiré en 2002. Ne subsiste donc aujourd'hui, hormis l'UE, que la Communauté européenne de l'énergie atomique, elle aussi née en 1957. Aux termes de l'article premier, troisième alinéa, du traité sur l'Union européenne, « l'Union est fondée sur le présent traité et sur le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ces deux traités ont la même valeur juridique. L'Union se substitue et succède à la Communauté européenne ». Progressivement élargie, l'Union compte aujourd'hui 28 Etats membres.

Le Mercosur trouve son origine dans la signature du traité d'Asunción du 26 mars 1991. Organisation d'intégration fondée au départ entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, elle s'est ouverte au Venezuela, membre depuis le 31 juillet 2012 et à la Bolivie, qui a signé un protocole d'adhésion en décembre 2012³. Les Etats membres du Mercosur ont adopté le protocole d'Ouro Preto du 16 décembre 1994, qui définit l'organisation institutionnelle du Mercosur.

Quant au système de règlement des différends, il a fait l'objet de protocoles spécifiques dans le cadre du Mercosur, contrairement à celui de l'UE, qui a défini les caractéristiques de la juridiction communautaire dans les traités originaux. Après la signature du protocole de Brasilia le 17 décembre 1991 qui établissait une procédure temporaire de règlement des différends, c'est le protocole d'Olivos pour le règlement des différends dans le Mercosur, adopté le 18 février 2002

1 Professeure de droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, CEDIN.

2 Voir par exemple N. SUSANI, *Le système de règlement des différends du Mercosur*, L'Harmattan, Paris ; D. VENTURA, *Les asymétries entre le Mercosur et l'Union européenne, les enjeux d'une association interrégionale*, L'Harmattan, Paris, 2003.

3 Décision n° 68/12 du CMC du 6 décembre 2012, portant protocole d'adhésion de l'Etat plurinational de Bolivie au Mercosur.

et entré en vigueur en 2004, qui organise le système juridictionnel du Mercosur.

Les deux organisations, si elles partagent indiscutablement le même qualificatif d'organisation « d'intégration »⁴, n'en sont pas moins profondément différentes. Très respectueux de la souveraineté étatique, le Mercosur est opposé à l'UE tant dans sa structure institutionnelle, son organisation systémique et normative, que dans les caractéristiques de son mécanisme de règlement des différends. Radicalement opposés à toute tentative d'introduction d'éléments supranationaux dans le traité constitutif, les Etats membres du Mercosur ont mis en place des organes exclusivement intergouvernementaux bien éloignés du fonctionnement et des missions assignées aujourd'hui à la Commission européenne. Ils ont aussi opté pour des mécanismes complexes d'introduction et d'entrée en vigueur des normes du Mercosur, qui rendent difficilement transposables à l'échelle de cette organisation les principes d'immédiateté, d'effet direct et / ou d'invocabilité affirmés haut et fort dans l'ordre juridique de l'UE. Enfin, il n'y a pas dans le Mercosur une juridiction directement accessible aux ressortissants des Etats membres et jouissant 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. Autant de critères traditionnellement dégagés comme constitutifs de la supranationalité⁵, et qui ne sont guère réunis dans le Mercosur.

L'analyse comparée de l'UE et du Mercosur s'avère pourtant très féconde pour quiconque entend réfléchir aux caractéristiques d'un droit des organisations internationales d'intégration quelque peu particulier. Dans cette réflexion, la place et la fonction du juge paraissent à chaque fois avoir fait l'objet de toutes les attentions. Il conviendra de déterminer si, au-delà des méthodes d'intégration très différentes mises en œuvre au sein des deux organisations, l'une communautaire, l'autre intergouvernementale, on peut déceler dans le travail accompli par le juge certaines ressemblances ou préoccupations communes, qui donnent du sens à l'ensemble du processus intégratif. Si elle ne suffit pas, l'instauration d'un juge peut considérablement porter l'effectivité d'un processus intégratif⁶.

Dans les deux cas, on constatera que le perfectionnement du système juridictionnel s'est imposé comme une nécessité pour l'approfondissement de l'intégration **(I)**. Le juge a ainsi pu jouer un rôle déterminant dans l'élaboration de principes structurants du droit de l'intégration **(II)**.

4 Voir sur ce point la chronique rédigée par nos soins à l'*Annuaire français de droit international*, P. DAILLIER, MYRIAM BENLOLO CARABOT, N. SUSANI, A.-L. VAURS-CHAUMETTE, « La jurisprudence des tribunaux des organisations d'intégration latino-américaines. Les ordres juridiques des organisations d'intégration latino-américaines. Chronique n°1 », *Annuaire français de droit international*, 2005, pp. 634 et ss.

5 Sur cette notion et les difficultés à la manier, voir la chronique précitée, pp. 640 et ss.

6 Seul sera envisagé dans l'article le rôle tenu par le juge de l'UE et par les arbitres du Mercosur. Nous n'envisagerons pas dans le cadre de cette contribution restreinte les mécanismes de collaboration avec le juge national et la fonction assignée à celui-ci dans la mise en œuvre du droit de l'intégration, qui mériteraient à eux seuls une réflexion singulière.

I. Le perfectionnement du système juridictionnel de l'UE et du Mercosur, une nécessité pour l'approfondissement de l'intégration

Au fur et à mesure de l'approfondissement ou de la réorientation des objectifs de l'intégration, les acteurs des ordres juridiques de l'UE comme du Mercosur ont ressenti le besoin de perfectionner leur mécanisme de règlement des différends (A). Celui-ci est alors érigé en véritable système, la juridiction devenant la pièce maîtresse du processus d'intégration (B).

A. Le perfectionnement de l'architecture juridictionnelle de l'UE et du Mercosur

Il ne sera point question de revenir sur le caractère proprement et indiscutablement « juridictionnel » des systèmes des deux organisations⁷. Il est en revanche sans doute nécessaire de rappeler que dans ces deux organisations qui expérimentent deux voies opposées d'intégration régionale, un même souci de perfectionnement du système juridictionnel a animé les acteurs du processus d'intégration. Or, à chaque fois, c'est lors de la restructuration et de la redéfinition des objectifs assignés aux deux organisations d'intégration régionales que celles-ci ont entamé ce processus.

C'est le cas tout d'abord de l'Union européenne, et avant elle des Communautés européennes. Si l'existence même d'un organe juridictionnel date des premiers traités communautaires, l'organisation juridictionnelle des Communautés a subi des transformations structurelles affectant profondément l'architecture de la juridiction telle qu'initialement pensée. C'est dans l'Acte Unique européen de 1986, qui relance le marché unique en prévoyant, entre autres, un assouplissement de la procédure d'harmonisation des législations nationales⁸ et la mise en place d'un processus d'intégration dite « positive »⁹, qu'est prévue la possibilité pour le Conseil d'adjoindre à la Cour, après consultation de la Commission et du Parlement, une juridiction compétente pour connaître en première instance de certains recours¹⁰. L'encombrement croissant du prétoire, mais aussi l'extension et la spécialisation toujours plus grande des compétences communautaires, ont été des facteurs décisifs dans la création de chambres juridictionnelles spécialisées, prévues par le traité de Nice signé en 2001¹¹.

7 Pour ce qui concerne le Mercosur, nous nous permettons de renvoyer à la chronique précitée, spéc. pp. 643-661. Pour l'UE, on renverra, entre autres, à la présentation très complète de K. LENAERTS ET I. MASELIS, « Le système juridictionnel de l'Union », in M. DONY, E. BRIBOSIA (dir.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, pp. 219 et ss.

8 Ex-articles 100A et 100B du TCEE (Traité instituant la Communauté économique européenne).

9 Entendue comme la mise en place de politiques d'accompagnement du marché intérieur, visant à corriger la dérégulation des marchés nationaux engendrée par l'intégration « négative » (exemple de la politique de cohésion économique et sociale, ou de la politique de l'environnement).

10 La décision n°88/591 du 24 octobre 1988 établit le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) (*JOCE* n° L 319 du 25 novembre 1988).

11 Article 225 A du TCE. La première chambre instituée est le Tribunal de la fonction publique de l'UE,

Les instances se multiplient, mais surtout, elles s'organisent selon des relations toujours plus hiérarchisées et structurées. Aux termes de l'article 256 TFUE, la compétence de droit commun revient aujourd'hui au Tribunal dont les décisions sont passibles d'un pourvoi devant la Cour. La compétence de la Cour se limite cependant aux questions de droit, ce qui interdit de fait de voir dans l'article 256 TFUE la consécration d'un double degré de juridiction. La Cour de justice demeure l'organe suprême, d'abord parce que certaines compétences lui demeurent réservées, ensuite parce que les décisions des tribunaux spécialisés sont passibles de recours devant le Tribunal dont le jugement peut faire l'objet d'un réexamen par la Cour.

Les compétences réservées à la Cour sont tout à fait révélatrices de la volonté de placer cet organe au sommet du système juridictionnel de l'UE. Seule la Cour peut aujourd'hui répondre à des questions préjudicielles, en dépit de l'inscription dans le statut de la Cour de la possibilité pour le Tribunal de répondre à des questions dans des domaines spécifiques. Cette possibilité n'ayant à ce jour pas été exploitée, la Cour reste seule compétente en la matière, preuve s'il en est du souci des acteurs de l'ordre juridique de l'UE de conserver aux mains d'une seule juridiction la capacité d'imposer une interprétation uniforme du droit de l'UE. La Cour est aussi compétente pour statuer sur les recours en carence ou en annulation introduits par des Etats membres ou des institutions de l'UE. Elle examine les pourvois contre les arrêts du Tribunal rendus en première instance, et elle réexamine les décisions du Tribunal rendues sur recours contre la décision d'un tribunal spécialisé. On admettra sans peine avec Claude Blumann et Louis Dubouis que « s'esquisse une hiérarchie juridictionnelle à un, deux ou trois niveaux selon les matières, la Cour de justice demeurant l'organe suprême »¹².

Une même évolution caractérise le Mercosur. Le système de règlement des différends y est mis en place par le Protocole d'Olivos approuvé le 18 février 2002, entré en vigueur le 2 janvier 2004. Ce protocole approfondit la procédure prévue à l'annexe III du traité d'Asunción et révisé le traité de Brasilia. Surtout, il inscrit le mécanisme juridictionnel du Mercosur dans une perspective téléologique et systématique, tout comme l'est celui de l'UE. Le Préambule du Protocole d'Olivos est à cet égard tout à fait éloquent, puisqu'il insiste sur « la nécessité de garantir une correcte interprétation, application et exécution des instruments fondamentaux du processus d'intégration et de l'ensemble normatif du Mercosur, *de façon consistante et systématique* »¹³.

S'il est très différent de celui de l'UE, le mécanisme de règlement des différends du Mercosur partage avec lui ce souci constant d'approfondissement au fur et à mesure de la redéfinition des objectifs de l'intégration sud-américaine. Le préambule du protocole d'Olivos instituant le mécanisme de règlement des différends créé par la décision du Conseil n°2004/752/CE du 2 novembre 2004 (JOUE n° L 333 du 9 novembre 2004). A ce jour, aucune autre chambre spécialisée n'a vu le jour, les projets de création d'une juridiction compétente dans le domaine de la propriété intellectuelle n'ayant pas abouti.

12 C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, Paris, cinquième édition, 2013, p. 635.

13 Souligné par nous.

rends du Mercosur dispose en ce sens que « l'évolution du processus d'intégration dans le cadre du Mercosur exige le perfectionnement du mécanisme de règlement des différends ». On voit bien comment la juridiction devient garante du processus d'intégration, démontrant que « la viabilité des objectifs assignés aux organisations régionales à vocation économique est étroitement liée à l'existence d'une instance juridictionnelle »¹⁴.

Certes, la procédure de règlement des différends du Mercosur mêle des méthodes diplomatiques à des méthodes arbitrales, qui l'éloignent des principales caractéristiques de la juridiction de l'UE. Deux innovations paraissent cependant tout à fait cruciales pour le perfectionnement de l'ordre juridique du Mercosur : la première est la création du Tribunal permanent de révision (TPR), organe arbitral suprême du Mercosur, qui peut réviser une sentence arbitrale adoptée par un tribunal ad hoc en se limitant aux questions de droit traitées par ce dernier. Le TPR est en outre aussi directement accessible aux Etats après l'échec de la phase diplomatique de règlement des différends¹⁵. La deuxième innovation concerne la possibilité de demander des opinions consultatives au TPR. Le Protocole d'Olivos charge le Conseil du Marché commun (CMC), organe supérieur du Mercosur chargé de conduire la politique d'intégration et de garantir la réalisation du marché commun, d'établir les modalités de ce recours¹⁶. La décision n°37/03 du CMC habilite les Etats membres, le CMC, le Groupe Marché Commun et la Commission du Commerce du Mercosur, les tribunaux supérieurs de justice des Etats membres et le Parlement du Mercosur à formuler des demandes d'opinions consultatives au TPR¹⁷.

L'évolution concomitante des objectifs de l'intégration et du système juridictionnel de l'UE et du Mercosur doit être interrogée. Le juge apparaît bel et bien comme une pièce maîtresse du processus d'intégration. Européen ou « mercosurien », il est progressivement, bien qu'à des degrés variables, institutionnalisé au sein d'un véritable « système juridictionnel ».

B. L'institutionnalisation de l'organe juridictionnel au sein d'un « système » juridictionnel

Les organisations d'intégration procèdent en règle générale à une véritable incorporation de l'instance juridictionnelle au sein de l'organisation afin de résoudre les litiges et de rendre possible la mise en œuvre efficace du droit de l'intégration. L'UE et le Mercosur partagent cette préoccupation, quoiqu'à des degrés variables : si la juridiction n'apparaît pas toujours comme exclusivement compétente dans le règlement des différends (1), elle s'impose comme une pièce maîtresse en statuant dans les deux cas sur la base d'un droit de l'intégration spéci-

14 L. BURGORGUE-LARSEN, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international », in SFDI, *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 212.

15 Article 23 du Protocole d'Olivos.

16 Article 3 du Protocole d'Olivos.

17 Décision n°37/03 du CMC du 15 décembre 2003 portant règlement du Protocole d'Olivos pour le règlement des différends dans le Mercosur.

fique qu'elle se propose de promouvoir (2).

1. Une différence essentielle entre l'UE et le Mercosur : un recours variable à la juridiction d'intégration

Le système juridictionnel de l'UE apparaît *a priori* comme particulièrement centralisé : l'article 344 du TFUE dispose que « les Etats membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ». Or, c'est bel et bien la Cour de justice de l'UE qui apparaît comme la solution disponible en cas de différend. Certes, les traités prévoient la possibilité de recours non juridictionnels, comme le droit de pétition ou le recours au médiateur. Mais ces recours, à la disposition des personnes physiques et morales résidant sur le territoire de l'Union européenne, et à ce titre, révélateurs de la volonté de l'Union de construire une Union de droit, ne permettent guère de régler des différends relatifs à l'application du droit de l'UE susceptibles d'opposer des Etats membres, que ce soit dans leurs relations bilatérales ou multilatérales ou dans leurs relations avec les institutions de l'UE. Pour ce type de différends, les Etats acceptent, en signant le traité, que seule la Cour de justice sera compétente pour statuer et rendre un arrêt ayant autorité de chose jugée.

Au sein du Mercosur en revanche, le recours à la juridiction n'apparaît pas comme le seul possible. Tout d'abord, la phase juridictionnelle devant les tribunaux arbitraux se trouve précédée d'une importante phase diplomatique. Elle se compose de négociations, de médiations, de l'intervention du Groupe du Marché commun ou d'un groupe d'experts¹⁸. La procédure démarre par une étape de négociation directe entre les parties qui ne peut excéder quinze jours sauf accord entre les parties¹⁹. Ce n'est qu'après cette phase de négociations obligatoires que les parties au litige ont le choix soit de poursuivre la voie diplomatique, puis de saisir les TAHM en cas d'échec ; soit de saisir directement le TPR²⁰.

On ne saurait surestimer les différences de ce mécanisme avec le système retenu dans le cadre de l'UE : dans les deux cas, il y a bien, et c'est en soi encore aujourd'hui une exception dans le droit international général, un consentement général et préalable au recours à la juridiction, qu'elle soit arbitrale ou non. L'article 33 du Protocole dispose que « les Etats parties déclarent reconnaître comme obligatoire, *ipso facto* et sans besoin d'accord spécial, la compétence des Tribunaux arbitraux du Mercosur »²¹. En outre, l'instauration d'une phase diplomatique, si elle apparaît comme beaucoup plus institutionnalisée dans le cadre du Mercosur que dans celui de l'UE, n'est cependant pas absente dans ce dernier : on rappellera en effet que le recours en manquement, qui permet à la Cour de prononcer un arrêt constatant la violation par l'un des Etats membres de l'une de ses obligations com-

18 Sur ces mécanismes, voir N. SUSANI, *op. cit.*, note 1, pp. 185-273.

19 Article 5 du Protocole d'Olivos.

20 Article 23, 1, du Protocole d'Olivos.

21 Article 33 du Protocole d'Olivos.

munautaires, connaît toute une phase dite « précontentieuse », au cours de laquelle la Commission européenne cherche, par la voie de la négociation, à trouver un accord avec l'Etat avant d'en venir à la phase contentieuse proprement dite. Ces discussions, intenses et qui peuvent se prolonger plusieurs mois, permettent souvent d'aboutir, avant la saisine de la Cour, à une solution amiable. En cas d'échec de ces négociations, l'avis motivé qu'adresse la Commission à l'Etat marque le début de la phase contentieuse et proprement juridictionnelle. Celui-ci n'empêche cependant nullement les deux parties de continuer leurs discussions afin, si cela est encore possible, de trouver un accord avant le prononcé de l'arrêt de la Cour. On notera enfin que depuis 2008, la Commission a mis en place le système EU Pilot, qui permet aux Etats membres et à la Commission de clarifier sur une plate-forme en ligne le cadre juridique et factuel de problèmes relatifs à l'application du droit de l'UE. Les discussions dans le cadre d'EU Pilot permettent aux Etats de remédier aux manquements éventuels en se conformant volontairement à la position de la Commission. Ce système permet dans une majorité de cas d'éviter le lancement d'une procédure d'infraction.

La vraie différence est ailleurs : outre le fait que le système de règlement des différends du Mercosur formalise nettement plus la phase diplomatique, il ne conçoit le recours aux Tribunaux arbitraux que comme l'une des solutions possibles pour les Etats membres de l'organisation pour régler leurs différends. Contrairement à d'autres organisations d'intégration sud-américaines, comme la Communauté des Caraïbes (Caricom), la Communauté andine des Nations (CAN) ou le Système d'intégration centraméricain (SICA), qui ont toutes opté, à des degrés et selon des modalités variables, pour l'exclusivité de juridiction de leur organe juridictionnel²², le Mercosur donne la possibilité aux Etats dans le Protocole d'Olivos de saisir d'autres fora que les tribunaux ad hoc ou le TPR. C'est l'article 1. 2, du Protocole d'Olivos, qui dispose que « les controverses entrant dans le champ d'application du présent Protocole qui peuvent aussi être soumises au système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce ou d'autres schémas préférentiels de commerce auquel seraient individuellement parties les Etats membres du Mercosur, pourront être soumises à l'une ou l'autre instance au choix de l'Etat demandeur, sans préjudice pour les parties de convenir, d'un commun accord, du choix du for. Une fois initiée une procédure de règlement des différends en vertu du paragraphe antérieur, aucune des deux parties ne pourra avoir recours aux mécanismes établis par les autres forums pour le même différend ».

L'existence d'une clause générale de choix du for démontre une réelle divergence de philosophie entre les mécanismes juridictionnels établis au sein du Mercosur et de l'UE. Alors que le droit de l'UE ne conçoit guère une instance concurrente à la CJUE pour statuer sur le droit de l'UE, dans le droit primaire, et d'une manière exacerbée, dans la jurisprudence récente de la CJUE²³, le droit du

²² Voir sur ce point la chronique précitée, pp. 655-656.

²³ Est symptomatique à cet égard la fameuse affaire de l'Usine Mox, dans laquelle la CJUE a condamné l'Irlande pour manquement au droit de l'UE : l'Irlande avait en effet intenté un recours contre le Royaume-Uni devant le Tribunal international du droit de la mer, CJCE, 30 mai 2006, *Commission*

Mercosur non seulement accepte, mais encourage une telle concurrence qui peut survenir à chaque fois que le conflit concerne à la fois des dispositions normatives du Mercosur et celles du droit de l'OMC. La clause de choix du for est assortie d'une clause dite d'exclusion, qui interdit aux Etats membres de présenter à l'un des fora disponibles une plainte relative à un différend ayant déjà fait l'objet d'une procédure devant une autre instance de règlement des différends. Cette clause d'exclusion n'empêche cependant pas toutes les hypothèses de dualité de jugement pour les différends entre les Etats membres du Mercosur, car l'interdiction de la clause d'exclusion ne vaut que pour les deux Etats parties au différend²⁴.

Cette clause représente un certain danger pour la cohésion de l'ordre juridique du Mercosur. Des juridictions distinctes sont potentiellement susceptibles d'être saisies par des Etats membres du Mercosur, ce qui risque d'aboutir à des décisions éventuellement contradictoires. Surtout, toutes ces juridictions ne statueront pas en prenant en compte les objectifs de l'intégration du Mercosur. Créées dans des contextes différents et jugeant au regard d'autres objectifs, elles ne mettront guère en œuvre l'interprétation téléologique qui guide aujourd'hui les tribunaux arbitraux du Mercosur afin de garantir le bon fonctionnement de l'ordre juridique du Mercosur²⁵. Ce risque s'est déjà réalisé en partie : à plusieurs reprises, les Etats membres du Mercosur ont fait usage de cette capacité de présenter un différend entre Etats membres à l'Organe de règlement des différends de l'OMC. L'ORD n'a alors pas hésité « à élaborer discrétionnairement »²⁶ le régime des rapports entre le système du Mercosur et celui de l'OMC : dans l'affaire Argentine – *Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*²⁷, l'ORD s'est prononcé alors même qu'un tribunal ad hoc du Mercosur avait déjà statué sur le différend. Le groupe spécial de l'ORD a rejeté les arguments de l'Argentine, qui arguait, au nom des principes de bonne foi et d'estoppel, que le Brésil n'aurait pas dû saisir l'ORD. Le Groupe spécial a en outre refusé de reconnaître dans cette affaire, de manière logique quoique contestable, qu'il était lié par la sentence arbitrale préalable du tribunal ad hoc du Mercosur²⁸.

Ce risque de fragmentation peut être circonscrit : en se fondant sur la spécificité du droit de l'intégration, le juge peut, par une interprétation dynamique, alléger les contraintes posées par le traité constitutif et parfois, en dépasser les limites.

2. Le point commun : des décisions prononcées sur la base du droit de l'intégration

Il revient au juge de trancher un différend par une constatation faite sur la

contre l'Irlande, aff. C-459/03, *Rec.*, p. 4635.

24 Voir sur ce point M. LENOIR, *La fonction juridictionnelle dans les organisations d'intégration non communautaires : l'exemple du Mercosur*, Mémoire de Master II, soutenu à Nanterre en 2013, p. 42.

25 *Ibid.*, p. 43.

26 *Ibid.*, p. 47.

27 Rapport du Groupe spécial du 22 avril 2003, Argentine – *Droits antidumping définitifs visant la viande de volaille en provenance du Brésil*, Brésil contre Argentine, WT/DS241/R.

28 *Ibid.*, § 7.41.

base du droit et ayant force obligatoire. Les juridictions des organisations d'intégration n'échappent bien sûr pas à cette règle, et les traités constitutifs qui les instituent précisent en règle générale que les décisions judiciaires doivent être rendues sur la base du droit. Cette mention n'est pas toujours très développée dans les traités constitutifs : dans le TUE par exemple, il est seulement précisé, à l'article 19, §3, que « la Cour de justice de l'Union européenne statue *conformément aux traités* » sur les recours formés par Etats membres, institutions ou personnes physiques ou morales, et sur l'interprétation du droit de l'Union et la validité d'actes adoptés par les institutions. L'article 34 du Protocole d'Olivos est plus prolixe : il dispose que les tribunaux du Mercosur « décident de la controverse sur la base des dispositions du traité d'Asunción, du protocole d'Ouro Preto, des accords et protocoles conclus dans le cadre du traité d'Asunción, des décisions du Conseil du Marché Commun, des résolutions du Groupe Marché Commun et des directives de la Commission du Commerce du Mercosur, ainsi que des principes et des dispositions du droit international applicables en la matière ».

Les juges de l'intégration vont développer sur la base de ces dispositions une jurisprudence dynamique favorable à l'approfondissement de l'intégration. La figure du juge apparaît alors essentielle pour porter une interprétation téléologique et pour inscrire ainsi le raisonnement juridique dans une analyse systémique, favorable à l'émergence d'un « droit de l'intégration » spécifique par rapport au droit international général. Le juge de l'UE a sans cesse affirmé la nécessité de cette interprétation téléologique pour élargir la portée des libertés conférées par les traités constitutifs ainsi que des compétences attribuées aux institutions de l'Union. Pour ne prendre qu'un seul, mais significatif exemple, on rappellera la portée donnée par la Cour de justice aux libertés de circulation. Au nom de l'objectif central de réalisation du marché commun, la Cour n'a pas hésité à assumer une fonction proprement politique. Comme le dit F. Snyder, « the European Court is not simply an institution which adjudicates disputes between two parties or which decides questions of interpretation or validity. On the contrary, it has a central role in the creation of the European Community and of the internal market, for the European Court is a major creative force in Community law-making, policy-making and politics »²⁹. La manière dont la Cour de justice a interprété les notions centrales du marché commun, comme l'activité économique³⁰, le travailleur³¹, dorénavant le citoyen de l'Union³², ou encore l'activisme dont elle a fait preuve à certains

29 F. SNYDER, *New Directions in European Community Law*, Oxford, Weidenfeld and Nicholson, 1990, p. 26.

30 Pour la CJUE, presque toutes les activités peuvent être placées dans le champ des « activités économiques » relevant des règles du marché, le droit communautaire exigeant seulement une contrepartie en termes de rémunération de l'activité. C'est ainsi que l'enseignement ou le sport, pour ne prendre que deux exemples emblématiques dans la jurisprudence de la CJUE, relèvent dans une certaine mesure des règles du marché intérieur, voir pour l'enseignement CJCE, 11 septembre 2007, *Schwartz*, aff. C-76/05, *Rec.*, p. I-06849 ; pour le sport, le fameux arrêt *Bosman*, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-04921.

31 Voir par exemple les arrêts de la CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, aff. 53/81, *Rec.*, p. 01035 ; 26 février 1992, *Raulin*, aff. C-357/89, *Rec.*, p. I-01027.

32 On se permettra de renvoyer à ce propos à notre ouvrage *Les fondements juridiques de la citoyenneté*

moments clé de la construction européenne pour réaliser l'intégration économique, témoignent de ce rôle proprement politique tenu par le juge de l'UE.

Certes, le terme d'*activisme* ne saurait être transposé dans le contexte juridique et politique très différent du Mercosur. Plus prudents, notamment bien sûr en raison du refus politique d'une organisation de type communautaire clairement exprimé par les Etats lors de la création du Mercosur, les tribunaux de l'organisation n'en ont pas moins dégagé une méthode d'interprétation grâce à laquelle ils ont mis en lumière le sens et la portée de plusieurs dispositions au regard du droit de l'organisation dont ils sont issus³³. Le premier Tribunal arbitral *ad hoc* a d'ailleurs précisé qu'il se devait d'analyser les dispositions du Mercosur « [...] à la lumière des relations réciproques qui émanent de l'ensemble de ces normes et des objectifs que les États parties ont assumés explicitement et implicitement lors de l'adoption de ces règles, confirmées par leurs agissements postérieurs dans le contexte d'un projet intégratif commun »³⁴. Les tribunaux ont donc combiné une lecture systématique reposant sur la prise en considération de l'ensemble du droit de l'organisation vu comme un système, avec une perspective téléologique qui vise à accorder une place centrale aux objectifs poursuivis par les traités³⁵.

Pour autant, les arbitres du Mercosur n'optent pas pour une méthode d'interprétation « communautaire », visant à isoler radicalement le droit de l'organisation du droit international général. Alors que la Cour de justice de l'UE n'a eu de cesse d'affirmer l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et sa radicale spécificité³⁶, les arbitres du Mercosur ont plutôt développé des méthodes d'interprétation visant à favoriser l'émergence d'un « droit de l'intégration » : les arbitres ont par exemple relevé que la méthode utilisée « ne vaut pas que pour les formes institutionnelles les plus avancées et profondes intégrant des éléments de supranationalité mais également pour les autres, même lorsque ces paramètres apparaissent encore faibles »³⁷. Les tribunaux du Mercosur ont ainsi toujours complété leurs éventuelles références au droit communautaire par un renvoi à la doctrine internationale³⁸.

Plinement reconnus dans un système juridictionnel, les deux juges, européen et « mercosurien » sont ainsi à même de dégager des principes structurant le droit de l'intégration qu'ils se doivent de promouvoir.

II. La fonction du juge dans l'élaboration de principes structurant le droit de

européenne, Bruylant, Bruxelles, 2007. Voir aussi A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Eléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

33 Pour une analyse très complète sur la question, voir N. SUSANI, ouvrage précité note 1, notamment le chapitre VIII. Voir aussi J. G. ASSIS DE ALMEIDA, « Le cadre normatif du Mercosur », *Droit et Société*, 2005, n° 59, pp. 43-45.

34 TAH, sentence arbitrale du 28 avril 1999, *Application de mesures restrictives au commerce*, Argentine contre Brésil, § 49.

35 N. SUSANI, *op. cit.*

36 Voir *infra*, partie II, A.

37 TAH, sentence arbitrale précitée, § 58.

38 Dans la sentence du 28 avril 1999 précitée, le tribunal se réfère à la doctrine européenne aux paragraphes 50 et 57, mais aussi à la doctrine internationaliste, au paragraphe 50, 59 et 61.

l'intégration

Le juge a joué un rôle essentiel, quoique d'intensité variable, dans l'affirmation des principes de primauté et d'effet direct, qualifiés par la CJUE dans un avis récent de « caractéristiques essentielles de l'ordre juridique de l'Union »³⁹ (1). Il a aussi mis au cœur des relations entre les Etats membres un principe de loyauté ou de coopération, qui paraît fonder l'existence d'une communauté d'intérêts indispensable à l'épanouissement du droit de l'intégration (2).

A. L'affirmation des principes de primauté et d'effet direct

1. L'affirmation de la primauté du droit de l'intégration

On sait que le juge de l'UE a été et reste une pièce maîtresse de l'intégration européenne, tant il a contribué à l'affirmation d'un ordre juridique propre, spécifique, à l'autonomie tant exacerbée que contestée. Le principe de primauté figure parmi ces « acquis emblématiques, auxquels il paraît incongru de ne pas adhérer spontanément et sans réserves »⁴⁰. Avec l'effet direct, la primauté serait une « fondation aussi naturelle qu'inébranlable, véritable base structurelle du droit de l'Union »⁴¹.

Indiscutable depuis l'arrêt de principe *Costa contre Enel*⁴², cette affirmation mérite d'être explicitée puis réactualisée au regard des développements de la jurisprudence et du droit primaire de l'Union européenne. Explicitée tout d'abord, pour prendre la juste mesure de la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international général : on rappellera, car c'est là un point crucial dans la réflexion sur l'élaboration possible d'un « droit de l'intégration » susceptible de transcender les méthodes communautaire et / ou internationale retenues dans les traités constitutifs, que l'originalité de la Cour ne se situe pas tant dans l'affirmation de la primauté que dans son fondement et dans ses conséquences. Pour la Cour de justice des Communautés en effet, « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, *sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* »⁴³. Elle poursuit en indiquant que le traité a entraîné une « limitation définitive des droits souverains (des Etats membres) contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur *incompatible avec la notion de Communauté* »⁴⁴.

C'est donc bien la notion de Communauté qui fonde le principe de primauté en droit de l'UE. C'est bien en raison du caractère communautaire de l'orga-

39 CJUE, 8 mars 2011, avis 1/09, *Rec.*, p. I-01137.

40 D. SIMON, « Invocabilité et primauté : petite expérience de déconstruction », in M. BENLOLO CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO, *Union européenne et droit international*, Pedone, Paris, 2012, p. 139.

41 *Ibid.*

42 CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre ENEL*, aff. C-6/64, *Rec.*, p. 01141.

43 *Ibid.*, p. 1160, souligné par nous.

44 *Ibid.*, souligné par nous.

nisation instituée en 1957 que le juge de l'UE tire des conséquences parfois qualifiées d'absolutistes du principe de primauté, toute norme du droit de l'UE devant nécessairement prévaloir sur toute norme nationale, fût-elle constitutionnelle, et le juge national devant laisser inappliquée de plein droit sa norme nationale en cas d'incompatibilité⁴⁵.

L'application du principe de primauté a cependant été récemment actualisée par la Cour de justice. La prise en compte de l'identité nationale des Etats membres, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », commandée par le nouvel article 4, paragraphe 2, du TUE, pourrait amener la Cour de justice à définir un nouvel équilibre entre l'exigence de primauté au fondement de l'idée même de « communauté » et le nécessaire respect de l'identité des Etats membres, donc aussi de leurs constitutions et traditions constitutionnelles. Certaines décisions récentes montrent la volonté de la Cour de justice de l'UE d'accorder une place désormais plus importante au respect de l'identité constitutionnelle des Etats, sans pour autant céder du terrain sur la nécessaire primauté du droit de l'UE⁴⁶.

A priori, l'affirmation du principe de primauté par les tribunaux arbitraux du Mercosur n'entretient que peu de points communs avec le mouvement qui a caractérisé l'Union européenne. Comment en effet contester l'absence de caractère communautaire du Mercosur, tant ont été nettes à cet égard les prises de position étatiques lors de la signature du traité d'Asunción⁴⁷ ? On notera pourtant que tout comme dans l'ordre juridique de l'UE et en dépit d'hésitations premières, les tribunaux du Mercosur ont profité du silence du traité constitutif sur la question de la primauté pour affirmer et consolider progressivement l'existence du principe au sein de l'ordre juridique du Mercosur.

Le perfectionnement de l'ordre juridique d'intégration y est d'ailleurs pour beaucoup : dans une décision de 2002, le tribunal ad hoc avait bel et bien consacré la primauté du traité sur la loi nationale, mais en des termes particulièrement timides. Le tribunal avait en effet déclaré qu'une « loi qui irait à l'encontre d'une règle prévue par un traité international – dont la place dans la hiérarchie des normes est au moins celle d'une loi interne – ne sera pas appliquée par le juge national »⁴⁸. Par là même, le tribunal ad hoc avait consacré une primauté du droit du Mercosur limitée, puisque ne s'appliquant pas aux normes constitutionnelles des Etats membres du Mercosur.

L'instauration du TPR sera décisive pour l'affirmation inconditionnelle du principe de primauté. Dans une opinion consultative en date du 3 avril 2007, le TPR déclare que « le droit de l'intégration, de par sa conceptualisation, sa nature et sa finalité doit toujours prévaloir sur les droits nationaux respectifs »⁴⁹. Selon le

45 CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. C-106/77, *Rec.*, p. 00629.

46 Voir entre autres les arrêts du 22 décembre 2010, *Sayn Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec.*, p. I-13693, et *Commission contre Luxembourg*, Grande chambre, 24 mai 2011, aff. C-51/08, *Rec.*, p. I-04231.

47 Voir en particulier les explications de D. VENTURA, *op. cit.*, note 1, pp. 79 et ss. Voir aussi P.R. DE ALMEIDA, *Le Mercosud – Un Marché commun pour l'Amérique du Sud*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 79.

48 TAH, sentence arbitrale du 21 mai 2002, *Application de l'IMESI*, Paraguay contre Uruguay, p. 8.

49 TPR, Opinion consultative n° 1/2007 du 3 avril 2007, point D.1.

TPR, l'origine du principe de primauté « ne doit pas se rechercher dans les prévisions ou reconnaissances du droit national »⁵⁰, ce qui permet d'affirmer l'existence d'un ordre juridique autonome et indépendant du droit international. On ne saurait y voir là une consécration prétorienne du caractère communautaire du Mercosur, dont les arbitres reconnaissent expressément l'absence dans l'opinion consultative. Bien au contraire, le TPR a pris soin de préciser que l'introduction dans le droit du Mercosur du principe de primauté était « parfaitement possible au regard de son propre ensemble normatif »⁵¹.

Plus qu'un principe *communautaire*, le principe de primauté tel qu'affirmé par le juge du Mercosur s'affirme donc comme une pièce maîtresse du droit de l'intégration, distinct du droit international général tant par ses méthodes que par ses finalités. La situation de l'effet direct, et plus largement de la question de l'invocabilité des normes issues du droit de l'intégration, est quant à elle plus ambiguë.

2. L'affirmation différenciée de l'effet immédiat et / ou direct des normes de l'UE et du Mercosur

On sait qu'en dépit de la référence « obsessionnelle »⁵² à l'effet direct comme principe cardinal du droit communautaire, la condition première de l'efficacité du droit né des traités de l'UE est son immédiateté, c'est-à-dire sa capacité à produire des effets de droit dans les ordres juridiques internes sans que ne soit nécessaire une procédure de réception, de transposition ou de transformation des règles communautaires en droit national. La grande originalité du droit de l'UE, et l'une des caractéristiques à notre sens de sa nature véritablement « communautaire », est bel et bien « cet effet immédiat généralisé », qui bénéficie à l'ensemble du droit de l'UE et qui est « donc la manifestation de cette insertion automatique du droit communautaire dans les ordres juridiques nationaux »⁵³. Le principe vaut aussi pour les directives communautaires, qui dès leur entrée en vigueur produisent des effets en droit interne, qu'elles aient été ou non transposées.

Rien de tel dans le droit du Mercosur. L'article 42 du protocole d'Ouro Preto prévoit que les normes adoptées par les organes du Mercosur « seront obligatoires et devront, si nécessaire, être incorporées aux ordres juridiques nationaux conformément aux procédures prévues au sein de chaque État ». Cette disposition aurait pu permettre d'affirmer la règle de principe de l'immédiateté du droit de l'intégration. Pourtant, les tribunaux l'ont combinée avec l'article 40 qui établit une procédure en trois étapes destinée à « garantir l'entrée en vigueur simultanée, dans les États membres, des normes arrêtées par les organes du Mercosur ». Une fois que les États ont procédé à la réception du droit dérivé du Mercosur dans leur ordre interne, ils sont tenus d'en informer le secrétariat⁵⁴. Lorsque tous les États

50 *Ibid.*, point III, 1, C, 6.

51 *Ibid.*, point III, 1, D, 1.

52 D. SIMON, *op. cit.*, note 39, p. 141.

53 *Ibid.*, p. 142.

54 Article 40, alinéa i, du protocole.

ont adapté leur législation nationale, le secrétariat en informe chacun d'eux, ce qui permet à la norme du Mercosur d'entrer en vigueur simultanément dans tous les États, dans les trente jours à compter de la date de la communication effectuée par le secrétariat du Mercosur. L'article 40 prévoit également que « les États membres, dans le délai mentionné, publieront la date de l'entrée en vigueur de ces réglementations dans leurs journaux officiels respectifs ».

En combinant les articles 9, 15, 20, 40 et 42 du protocole d'Ouro Preto, les tribunaux ont consacré le concept d'entrée en vigueur simultanée des normes et ont conclu que la mise en vigueur du droit dérivé *dans le Mercosur* serait soumise à l'entrée en vigueur préalable de la norme *dans les ordres juridiques des quatre États membres*. Un tel mécanisme s'apparente aux techniques propres au droit conventionnel. Dans l'affaire relative à l'*Application de mesures de sauvegarde sur les produits textiles*, le TAHM a refusé d'appliquer la décision n° 17/96, règlement relatif aux mesures de sauvegarde, incorporée dans l'ordre interne de l'État demandeur, le Brésil, mais pas dans celui du défendeur, l'Argentine⁵⁵. Dans l'affaire portant sur l'*Application de droits antidumping à l'exportation de poulets entiers en provenance du Brésil*, la situation était différente puisque la décision en question avait été insérée dans l'ordre interne de l'État défendeur, l'Argentine, mais pas dans celui du Brésil, État demandeur. La norme n'étant pas entrée en vigueur, conformément au concept d'entrée en vigueur simultanée, elle était inopposable à l'Argentine⁵⁶, ce qui permet, selon le Tribunal, de prévenir « des situations chaotiques d'incertitudes juridiques et d'application partielle »⁵⁷ du droit.

Si les tribunaux refusent d'appliquer le droit dérivé non incorporé dans tous les États membres, ils lui confèrent néanmoins une portée. L'État se voit, en effet, imposer une obligation de faire, celle d'adopter les mesures nécessaires pour l'exécution des obligations contenues dans ces normes, faute de quoi il verra sa responsabilité internationale engagée⁵⁸. Il a également à sa charge une obligation de ne pas faire : il ne peut adopter des mesures qui, par leur nature, s'opposeraient ou entraveraient l'objectif fixé par la norme adoptée mais non incorporée dans l'ordre interne⁵⁹. De plus, cette disposition conserve « sa valeur indicative et interprétative de la volonté des parties »⁶⁰.

Une telle interprétation de l'article 40 affaiblit considérablement la portée du droit dérivé du Mercosur puisqu'il suffit qu'un des États membres n'ait pas transposé un texte pour que la norme ne puisse être opposée à aucun des États. Il est vrai que l'interprétation choisie par les TAHM, outre qu'elle n'est pas favorable à l'intégration économique puisqu'elle n'impose aucune forme de solidarité parti-

55 TAHM, *Application de mesures de sauvegarde sur les produits textiles (Res. 861/99) du ministère de l'Economie*, Brésil c. Argentine, sentence du 10 mars 2000, point III-G-2, p. 21.

56 TAHM, *Application de droits antidumping à l'exportation de poulets entiers en provenance du Brésil (Rés. n° 574/2000 du ministère de l'Economie de la République Argentine)*, Brésil c. Argentine, sentence arbitrale du 21 mai 2001, 116.

57 *Ibid.*, 116.

58 *Ibid.*, 117.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*, 150.

culière entre les États, s'avère particulièrement préoccupante pour l'efficacité du droit du Mercosur.

Il y a pourtant place pour un raisonnement plus nuancé : l'article 40 du protocole d'Ouro Preto institue certes une procédure à suivre lors de l'incorporation des normes du Mercosur dans les ordres juridiques internes, mais ne dispose en aucun cas que les normes du Mercosur doivent systématiquement faire l'objet de mesures internes de réception. On a tendance ainsi, pour reprendre les termes de Maxime Lenoir, à refuser « toute dose d'immédiateté aux normes du Mercosur sans démontrer juridiquement que ce sont *toutes les normes du Mercosur* qui doivent faire l'objet de mesures internes de réception »⁶¹. Cette analyse est confirmée par le fait que les organes du Mercosur ont produit des textes juridiques contraignants mentionnant expressément dans quelles situations les normes du Mercosur entrent en vigueur sans mesures de réception dans l'ordre juridique national⁶².

Les subtilités et ambiguïtés du droit du Mercosur obligent finalement le juge national à un raisonnement graduel et complexe, tout en rendant toujours plus poreuse la distinction entre immédiateté et effet direct. Les deux concepts, bien distincts puisque l'effet direct ne concerne que les caractéristiques d'une norme susceptible d'être invoquée effectivement par les particuliers devant leurs juridictions, sont pourtant souvent confondus, y compris par les arbitres du Mercosur⁶³. Pour les tribunaux du Mercosur, et de manière tout à fait étonnante au regard des objectifs promus par le traité d'Asunción, « l'application directe des normes du Mercosur serait incompatible avec les dispositions constitutionnelles de certains Etats membres »⁶⁴, raisonnement que l'on ne peut que contester vigoureusement puisque la qualité d'effet direct ne saurait se rechercher dans les constitutions des Etats, mais bien plutôt dans l'intention des parties et dans la précision rédactionnelle de la norme en question. Le TPR a confirmé cette approche critiquable dans son opinion consultative du 3 avril 2007, certains arbitres ayant considéré qu'il « n'existe pas encore une instance supranationale législatrice de laquelle pourraient surgir des normes telles que celles destinées à l'application directe dans les Etats membres »⁶⁵.

Est-ce à dire que l'effet direct doit être considéré comme un principe communautaire, et non pas du droit de l'intégration ? La conclusion sur ce point doit être nuancée : c'est sans doute dans la remarquable intensité de l'effet direct dans l'ordre juridique de l'UE et dans la jurisprudence de la CJUE qu'il faut voir une réelle spécificité d'un droit « communautaire », mais non dans l'existence même d'une norme ayant cet effet. Le droit de « l'intégration » que construisent les arbitres du Mercosur ne saurait ainsi être trop distingué du droit international général

61 M. Lenoir, *op. cit.*, note 23, p. 86, souligné par l'auteur.

62 On renverra sur ces points aux analyses très fines de M. LENOIR, *ibid.*, pp. 87 et ss.

63 Voir notamment la sentence arbitrale du 21 mai 2001 précitée, *Application de droits antidumping à l'exportation de poulets en provenance du Brésil*, § 114. Voir aussi la sentence du 19 avril 2002 du tribunal ad hoc dans l'affaire relative aux *obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins*.

64 TAH, sentence arbitrale d 21 mai 2001, § 114.

65 TPR, opinion consultative précitée, p. 16.

dont il est issu.

B. L'affirmation du principe de loyauté

On ne s'étonnera guère de voir une consécration du principe de loyauté particulièrement poussé dans le cadre de l'Union européenne. Le principe résulte de l'article 4 du TUE, ex-article 10 TCE, qui prévoit que les Etats membres doivent prendre toutes les mesures requises pour mettre en œuvre leurs obligations envers l'UE et ne rien faire qui puisse porter atteinte à son bon fonctionnement⁶⁶.

Certes le fondement premier du principe de coopération loyale ou de loyauté peut être trouvé dans le droit international général. Il est en effet une déclinaison du principe de bonne foi dans l'exécution des traités, consacré par l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Il va cependant tellement plus loin dans l'ordre juridique de l'UE que la parenté devient quelque peu hasardeuse. L'objectif de l'article 4 TUE, bien au-delà du simple respect des engagements souscrits, est bel et bien de ne pas entraver les objectifs et finalités ultimes de l'UE, et donc, non pas seulement d'assurer le respect, mais d'imposer une obligation de vigilance soutenue et une obligation de conformer de manière systématique le droit national au droit de l'Union⁶⁷. Il y a donc à la fois une obligation négative et une obligation positive de moyens, qui peuvent être d'ailleurs confondues afin de porter une conception maximaliste de l'obligation de coopération. Dans des arrêts récents prononcés dans le domaine du transport fluvial, la CJUE a condamné le Luxembourg et l'Allemagne pour avoir négocié et conclu des accords dans ce domaine de compétence pourtant partagée. Si juridiquement, les Etats membres pouvaient valablement négocier ces accords, ils ont cependant par cette action entraver une action naissante de l'UE (la Commission avait entamé de son côté des négociations). En outre, ils n'avaient pas communiqué à la Commission des informations sur l'état de leur propre négociation⁶⁸.

Les tribunaux du Mercosur mettent en avant dans leurs sentences le principe de loyauté comme fondement émergent du droit de l'intégration, alors même que celui-ci n'est pas inscrit dans les traités constitutifs de l'organisation. Certains principes propres au droit international ont ainsi été employés par les tribunaux arbitraux pour guider l'interprétation ou plus encore, pour imposer de véritables obligations normatives aux Etats. Leur emploi répété, qu'il s'agisse du principe de bonne foi, de la sécurité juridique, ou de la prévisibilité commerciale, sert « de fondement à l'émergence d'une communauté d'intérêts du Mercosur »⁶⁹. Celle-ci a bel et bien été confirmée par le TPR dans sa sentence du 8 juin 2007 dans laquelle il a affirmé que « les Etats membres ont établi une communauté d'intérêts non

66 Pour une étude datée mais fort instructive, on consultera M. BLANQUET, *L'article 5 du traité CEE : recherches sur les obligations de fidélité des Etats membres de la CEE*, LGDJ, Paris, 1994.

67 Voir sur ce point C. BLUMANN, L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'UE*, *op. cit.*, note 11, p. 110.

68 CJCE, 2 juin 2005, *Commission contre Luxembourg*, aff. C-266/03, *Rec.*, p. 4805 ; 14 juillet 2005, *Commission contre Allemagne*, aff. C-433/03, *Rec.*, p. 6985.

69 N. SUSANI, *op. cit.*, note 1.

seulement économiques, mais aussi sociaux, culturels, juridiques et politiques »⁷⁰.

Le principe de bonne foi est ainsi très souvent invoqué et interprété par les tribunaux arbitraux. Si ceux-ci n'ont jamais expressément mentionné la force singulière du principe dans une organisation d'intégration, comme l'y invitaient parfois certains Etats, ils ont pourtant, par la fréquence de leurs prises de position, donné un signal de leur volonté d'affirmer l'existence d'un ordre juridique du Mercosur comme élément de renforcement des obligations juridiques des Etats membres⁷¹. On peut dire la même chose des principes fréquemment invoqués de l'estoppel ou de la sécurité juridique.

Plus encore, les tribunaux arbitraux du Mercosur ont parfois mis en avant un principe de loyauté dans les relations entre les Etats membres pour faire obstacle à l'exception d'inexécution invoquée par certains Etats. Par exemple, dans l'affaire concernant l'application de l'IMESI à la commercialisation de cigarettes, le tribunal, tout en notant l'importance du principe de réciprocité et tout en admettant que l'exception d'inexécution n'était pas nécessairement exclue du Mercosur, a jugé que son invocation devait respecter des conditions de forme et de fond rigoureuses⁷². De manière nettement plus explicite, le Tribunal ayant eu à se prononcer sur l'affaire de la *Stimulation de l'industrie de la laine* a clairement exclu l'exception d'inexécution. Selon lui, l'existence d'un mécanisme de règlement des différends prévoyant l'adoption de mesures de représailles en cas de non-respect des solutions décidées par l'organe juridictionnel rend inconcevable l'invocation de l'exception d'inexécution dans le cadre d'un système qui doit être « vu dans son ensemble sous le prisme de ladite loyauté envers la structure régionale en tant que telle et envers tous les États »⁷³. Ainsi, c'est la solidarité qui existe entre les États d'un processus d'intégration, regroupés autour d'intérêts communs bien compris, qui impose l'interdiction d'avoir recours à des modes de réaction fréquents dans l'ordre juridique international.

En dépit de leurs divergences profondes, l'UE et le Mercosur ont toutes deux entendu perfectionner leur système juridictionnel au fur et à mesure de l'approfondissement du processus intégratif. C'est là un indice fort de la volonté des acteurs de l'intégration de consolider, *via* le juge et les outils dont il dispose, l'organisation elle-même. C'est en effet le juge qui a pu poser, à travers une interprétation dynamique et téléologique, les principes fondateurs du droit de l'intégration.

Celui-ci a bel et bien certains traits singuliers, qui, sans l'isoler cliniquement du droit international, lui confère une certaine originalité, et sans que la notion de « supranationalité » soit nécessairement mobilisée. Ce point a été fort bien résumé par le TPR dans sa première sentence rendue le 20 décembre 2005. Refusant d'appliquer des règles issues du droit international conventionnel, le TPR

70 TPR, sentence arbitrale du 8 juin 2007, *Interdiction d'importation de pneus rechapés*, Argentine contre Uruguay, p. 6, § 7.2.

71 N. SUSANI, *op. cit.*, note 1.

72 TAH, sentence arbitrale du 21 mai 2002, *Application de l'IMESI*, Paraguay contre Uruguay, p. 6.

73 TAHM, SA du 4 avril 2003, *Stimulation de l'industrie de la laine*, Argentine c. Uruguay, § 65.

a profité de cette occasion pour préciser qu'il était « conscient du fait que même si les principes et dispositions du droit international sont inclus dans le protocole d'Olivos comme références juridiques applicables (art. 34), leur utilisation n'est possible que de manière subsidiaire (ou, dans le meilleur des cas, complémentaire) et seulement lorsqu'ils sont applicables au cas d'espèce. Ils ne peuvent jamais être employés de manière directe et première, conformément à ce qui doit être dans le droit de l'intégration (tel qu'il existe dans le Mercosur) et dans le droit communautaire auquel aspire le droit Mercosur (et qui n'existe pas encore en raison de l'absence tant regrettée de la supranationalité). En somme, le droit de l'intégration est, et doit être, suffisamment autonome des autres branches du droit »⁷⁴.

⁷⁴ TPR, sentence du 20 décembre 2005, *Recours en révision présenté par l'Uruguay contre la sentence du Tribunal Arbitral ad hoc du 25 octobre 2005 dans l'affaire interdiction d'importation de pneus remoulés en provenance de l'Uruguay*, sentence du 20 décembre 2005, aff. n° 1/2005, point C. 3, § 9.