

Brême, le 7 septembre 2012

Avis juridique

## **Le traité fiscal et le droit européen**

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EHI)

Zentrum für europäische Rechtspolitik (ZERP)  
UFR Sciences juridiques, Université de Brême

## Question

Le 2 mars dernier, lors de la réunion du Conseil européen (ci-après le «Conseil») à Bruxelles, 25 États membres de l'Union européenne, parmi lesquels 17 États dont la monnaie est l'euro, ont signé le «traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire» (ci-après le «traité fiscal»). Il s'agit d'un traité intergouvernemental que les gouvernements des États membres ont jugé nécessaire après que la Grande-Bretagne et la République tchèque eurent refusé une révision des traités de l'Union européenne. Le traité doit désormais être ratifié par les États membres et transposé en conséquence dans le droit national. Il entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, à condition que 12 États européens aient déposé les instruments de ratification.

Le traité fiscal impose aux États signataires de consacrer dans le droit national les dispositions figurant à l'article 3, paragraphe 1, du traité fiscal «au moyen de dispositions contraignantes et permanentes, de préférence constitutionnelles, ou dont le plein respect et la stricte observance tout au long des processus budgétaires nationaux sont garantis de quelque autre façon» (voir article 3, paragraphe 2). Le mécanisme de gestion des «déficits excessifs» que le traité fiscal doit introduire dans les États membres de l'Union européenne va, en partie, bien au-delà des règlements existants du Conseil et de la Commission européenne (ci-après la «Commission») et, ce faisant, mise avant tout sur l'introduction, irrévocable dans la mesure du possible, d'un frein à l'endettement, sur des mécanismes automatiques de correction et de sanction en cas de violation des exigences en matière de plafonds d'endettement et, dans ces situations, sur une soumission directe par la Commission et le Conseil à la souveraineté budgétaire de l'État concerné dans le cadre de procédures d'autorisation (article 5).

Le traité fiscal étant un traité intergouvernemental, il évolue en dehors du cadre juridique de l'Union européenne du point de vue formel. Conformément à l'article 16, son contenu doit toutefois être intégré dans ce cadre dans un délai de cinq ans maximum à compter de sa date d'entrée en vigueur. Au Parlement européen (ci-après le «Parlement»), dans les milieux juridiques européens et dans l'opinion publique, on entend actuellement que le traité fiscal serait contraire au droit européen. C'est dans ce contexte que la question d'un recours en justice est abordée. Les questions posées sont les suivantes:

- A. Les dispositions du traité fiscal contreviennent-elles à la législation européenne?
- B. Si tel est le cas, quels sont concrètement les recours possibles?

## Table des matières

<b>A. LEGALITE DU TRAITE FISCAL .....</b>	<b>4</b>
<b>1. Légalité formelle.....</b>	<b>4</b>
a) Voie internationale choisie par les États membres.....	4
aa) Compétence .....	4
bb) Consentement de tous les États membres requis? .....	5
cc) Procédures de révision (article 48 du traité UE).....	6
b) Participation internationale de l'Union européenne.....	7
aa) Obligation de consentement découlant de l'article 35 de la Convention de Vienne .....	7
bb) Condition de remise de consentements internationaux de l'Union européenne .....	8
cc) Caractère superflu du consentement? .....	11
c) Conclusion intermédiaire .....	13
<b>2. Légalité matérielle .....</b>	<b>14</b>
a) Primauté fiscale .....	14
b) Inobservation du Parlement européen.....	15
c) Illégalité des pouvoirs de sanction .....	16
d) Illégalité du «frein à l'endettement» .....	16
<b>3. Conséquences juridiques .....</b>	<b>17</b>
<b>B. EXAMEN DU TRAITE FISCAL PAR LA COUR DE JUSTICE .....</b>	<b>18</b>
<b>1. Procédure préjudicielle.....</b>	<b>18</b>
<b>2. Contrôle de subsidiarité.....</b>	<b>18</b>
<b>3. Recours en annulation .....</b>	<b>18</b>
<b>4. Recours en manquement.....</b>	<b>18</b>
<b>5. Procédure d'avis.....</b>	<b>18</b>
a) Partie requérante .....	19
b) Objet de la requête .....	19
aa) Le traité fiscal des États membres comme objet de la requête.....	19
bb) Consentement de l'Union européenne .....	20
c) Délai.....	20
<b>6. Conclusion intermédiaire.....</b>	<b>21</b>
<b>C. RESUME .....</b>	<b>22</b>

## A. Légalité du traité fiscal

Il convient de distinguer les conditions de légalité formelles et matérielles pour déterminer si le traité fiscal contrevient à certaines règles du droit de l'Union. Sur le plan formel, le traité fiscal pourrait être illégal du fait de la possible absence de consentements requis. Sur le plan matériel, on peut se demander si les règles essentielles du traité fiscal contreviennent au droit de l'Union. Enfin, il est difficile de dire quelles pourraient être les conséquences d'une telle infraction, compte tenu de la règle de conflit des lois prévue à l'article 2, paragraphe 2, du traité fiscal.

### 1. Légalité formelle

Le traité fiscal est un accord international conclu par 25 États membres qui fait référence à la procédure déjà régie dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «traité FUE») en matière de politique économique, ou plutôt qui entend la compléter. Le traité impose aux États de créer un frein à l'endettement et il établit une procédure de surveillance en cas de déficit dans laquelle sont impliqués, au niveau européen, la Commission, le Conseil et la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour de justice») par la voie du recours aux institutions européennes («*Organleihe*»).

Il convient tout d'abord de se demander quelle est la règle que les pratiques de l'Union européenne ont produite eu égard au recours aux institutions européennes et sur laquelle il convient de se fonder pour évaluer le traité fiscal, et en particulier si l'on peut déduire du droit de l'Union la nécessité d'un accord unanime de tous les États membres, y compris ceux qui n'ont pas signé le traité fiscal (à ce sujet, voir point a). En outre, il est concevable que l'Union européenne puisse légalement approuver, de son propre chef, un accord international conclu par des États en matière de politique économique et qui fait référence à des actions d'institutions européennes ou leur assigne de nouvelles missions (à ce sujet, voir point b).

#### a) Voie internationale choisie par les États membres

Le traité fiscal pourrait être illégal sur le plan formel puisque tous les États membres n'ont pas consenti à ce que certains États de l'Union européenne suivent une voie internationale en dehors des traités.

##### aa) Compétence

En l'espèce, il convient tout d'abord de se demander si les États membres sont même habilités à conclure des accords internationaux en matière de politique économique.

Une entente en dehors du droit de l'Union sous forme d'accord international dans un domaine restreint relevant de la compétence exclusive de l'Union européenne serait manifestement irrecevable (article 3 du traité FUE).

Cour de justice, avis 1/75, Rec. 1975, p. 1355 (1364), «Dépenses locales»; Cour de justice, avis 1/78, Rec. 1978, p. 2151, point 32, «Convention sur les matières nucléaires».

Dans le vaste domaine de la compétence partagée (article 4 du traité FUE), des accords sont possibles dans la mesure où l'Union n'a pas déjà exercé sa propre compétence (article 2, paragraphe 2, deuxième phrase, du traité FUE). En matière de politique économique, l'Union ne dispose toutefois que d'une compétence de coordination (article 2, paragraphe 3, et article 5, paragraphe 1, du traité FUE), de sorte que la compétence réelle reste entre les mains des États

membres. Traditionnellement, on considère que les États membres ont la possibilité de conclure des conventions internationales distinctes dans le cadre de leurs compétences.

Bernd Martenczuk, «Die differenzierte Integration und die föderale Struktur der Europäischen Union», dans: EuR 2000, point 351 ss (363).

En ce sens, il convient en principe de reconnaître la compétence formelle des 25 États membres signataires du traité fiscal.

Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (481).

### **bb) Consentement de tous les États membres requis?**

On peut toutefois se demander s'il est suffisant que ce traité n'ait été signé que par certains États membres de l'Union européenne, et non par la totalité. Le fait que le traité fiscal prévoit le recours à des institutions européennes dans plusieurs dispositions et leur assigne des missions spécifiques pourrait faire naître une obligation de consentement de l'ensemble des 27 États membres.

Jean-Claude Piris, «The Future of Europe, Towards a Two-Speed EU?», Cambridge 2012, p. 127.

S'agissant du traité fiscal, cela concerne par exemple le pouvoir de concrétisation de la Commission quant aux critères de surveillance (article 3, paragraphe 1, point b), troisième phrase, du traité fiscal), le pouvoir de surveillance du Conseil et de la Commission sur les éventuels programmes de partenariat budgétaire et économique devant être mis en place (article 5 du traité fiscal), mais aussi le rapport obligatoire de la Commission au sujet de l'introduction du «frein à l'endettement» et la compétence de contrôle correspondante de la Cour de justice (article 8 du traité fiscal).

Un tel consentement obligatoire de l'ensemble des États membres trouve son fondement essentiel dans la pratique contractuelle en matière de recours aux institutions européennes. Le principal exemple est le pacte social européen de 1991. Dans un protocole au traité de Maastricht, tous les États membres, y compris la Grande-Bretagne, avaient autorisé les onze États signataires du pacte social à

«faire recours aux institutions, procédures et mécanismes du traité aux fins de prendre entre eux et d'appliquer, dans la mesure où ils sont concernés, les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre de l'accord visé ci-dessus».

Sur cet exemple: Daniel Thym, «Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht», Baden-Baden 2004, point 194 ss.

Dans le cas du traité fiscal, la Grande-Bretagne et la République tchèque n'ont pas accepté le recours aux institutions, ce qui constitue une infraction au droit de l'Union:

«À défaut d'obtention d'un tel consentement, le recours aux institutions européennes serait irrecevable au regard du droit de l'Union».

Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (484).

En outre, on peut avancer l'argument que le recours à une action d'institutions européennes, dont l'existence s'accompagne de conséquences juridiques spécifiques, fait naître à lui seul l'obligation de consentement de l'ensemble des États membres. Par conséquent, la simple référence à la procédure

concernant les déficits excessifs régie par le traité FUE, dont l'introduction à l'égard d'un État membre doit justifier l'obligation du contractant de réduire son déficit budgétaire proportionnellement (article 4 du traité fiscal), déclencherait l'obligation de consentement de l'ensemble des États membres.

Paul Craig, «The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism», dans: *European Law Review*, Issue 3, 2012, point 231 ss (243).

### **cc) Procédures de révision (article 48 du traité UE)**

Contrairement à la pratique antérieure, le traité de Lisbonne prévoit désormais, à l'article 48 du traité sur l'Union européenne (ci-après le «traité UE»), une procédure claire pour les cas de révision consensuelle des traités, telle que le protocole social de 1991 autorisant le recours aux institutions européennes. Quand bien même les États membres conservent, en principe, une compétence en matière de politique économique, y compris pour la conclusion d'accords internationaux, cela ne signifie pas qu'ils ne soient pas tenus de suivre la procédure prévue à l'article 48 du traité UE lorsqu'ils adoptent des règles qui, en réalité, s'apparentent presque à une révision du droit primaire et prévoient en plus un recours aux institutions européennes.

Les dispositions majeures du traité fiscal ont pour objet la révision du droit primaire existant. C'est ce qui découle du fait qu'une grande partie des règles du traité fiscal ne constitue pas une matière réglementée autonome, mais une évolution de la procédure de surveillance déjà prévue par le traité FUE dans le cadre du pacte de stabilité et de croissance (article 121 et suivants du traité FUE). Sur ce point, contrairement aux précédents accords internationaux conclus entre les États membres (tels que le droit de Schengen ou le pacte social), le traité fiscal ne réglemente même pas un domaine politique non encore été abordé, ou seulement de façon partielle, dans les traités constitutifs. Au contraire, l'objectif annoncé du traité fiscal est de «renforcer le pilier économique de l'Union économique et monétaire» (article 1, paragraphe 1, du traité fiscal). Par conséquent, outre une série de domaines non encore réglés dans le droit primaire (principalement sous la forme du «frein à l'endettement» prévu à l'article 3, paragraphe 2, du traité fiscal), le traité contient un ensemble de dispositions ayant pour objet une révision expresse des règles de procédure et critères de surveillance existants. Cela concerne tout d'abord la fixation de nouvelles valeurs limites pour la détermination des déficits budgétaires passibles de sanctions (article 3, paragraphe 1, point b), du traité fiscal) et la mise en place d'une nouvelle procédure de contrôle à laquelle doivent participer le Conseil et la Commission (article 5 du traité fiscal). En outre, une nouvelle règle de vote impose aux parties contractantes de respecter une nouvelle règle de majorité dans le cadre de la procédure actuelle de l'Union européenne concernant les déficits excessifs (article 7 du traité fiscal).

Manifestement, la proximité particulière du traité fiscal avec le domaine réglementaire actuel du droit primaire en matière de coordination économique tient aussi au fait que celle-ci devait initialement être adoptée avec l'accord de tous les États membres dans le cadre d'une procédure de révision du traité prévue à l'article 48 du traité UE. C'est le veto de la Grande-Bretagne qui a contraint les États membres désireux de coopérer à trouver une démarche différente sous la forme d'un accord international complémentaire.

Daniel Thym, «Ein Bypass, kein Herzinfarkt», décembre 2011, téléchargeable à l'adresse <http://verfassungsblog.de>

Par conséquent, un simple accord international ultérieur conclu par tous les États membres signataires du traité fiscal, aux termes duquel tous les États membres se déclareraient favorables au recours aux institutions européennes, ne permettrait pas de remédier à l'absence de consentement

de la Grande-Bretagne et de la République tchèque. Au contraire, une révision du droit primaire doit respecter le programme normatif de l'article 48 du traité UE.

La procédure du traité fiscal autorisant le recours aux institutions européennes contrevient aux dispositions communautaires de l'article 48 du traité UE.

Lukas Oberndorfer, «Der Fiskalpakt – ein weiterer Schritt in Richtung Entdemokratisierung», dans: infobrief eu & international mars/2012, point 7 ss.

Dans la mesure où tous les États membres n'ont pas donné leur consentement et compte tenu du non-respect des exigences procédurales liées à ce consentement, un accord international complémentaire conclu par certains États membres en dehors de l'article 48 du traité UE ne peut rendre possible le recours aux institutions européennes.

### **b) Participation internationale de l'Union européenne**

En outre, le traité fiscal pourrait être illégal au motif qu'il n'existe certes pas de révision du droit primaire, mais un accord international spécial parallèle au droit primaire, un accord relatif au recours à des institutions européennes qui concerne l'Union européenne, mais qui ne peut être valablement conclu que s'il fait consensus au sein de l'Union européenne. Une telle obligation de consentement pourrait être due au fait que la forme de réglementation choisie par le traité international requiert, conformément à l'article 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après la «Convention de Vienne»), un consentement international de l'Union européenne en qualité de sujet de droit international.

La décision relative à l'exécution de missions attribuées au plan international, sans procédure structurée, ne revient pas à certaines institutions européennes, telles que la Commission ou le Conseil. Au contraire, dans leurs actions internationales, les institutions doivent s'en tenir au cadre des compétences que leur confère l'article 13 du traité UE et respecter le principe de la coopération loyale.

Cour de justice, affaire C-65/93, Rec. 1995, p. I-643, point 34 (Parlement/Conseil) [Ndt.: l'arrêt en question ne comporte pas de point 34]

Les missions prévues par le traité fiscal ne peuvent donc être exécutées de façon légale que si la décision correspondante de l'Union européenne est conforme aux dispositions du droit de l'Union.

### **aa) Obligation de consentement découlant de l'article 35 de la Convention de Vienne**

Une obligation de consentement de l'Union européenne pourrait résulter de l'applicabilité de l'article 35 de la Convention de Vienne.

Cela présuppose tout d'abord que les règles du droit international trouvent vraiment application dans les rapports entre les États membres et l'Union européenne. Pour les accords internationaux mixtes auxquels l'Union européenne, en qualité de sujet de droit international, et les États membres sont parties, cette applicabilité des règles de droit régissant les contrats du droit international général est reconnue unanimement et sans problème.

Schwartz, «Übereinkommen zwischen den EG-Staaten: Völkerrecht oder Gemeinschaftsrecht?», dans: Kroneck & Oppermann (Hrg.), «Im Dienste Deutschlands und des Rechtes: Festschrift für Wilhelm G. Grewe zum 70 Geburtstag am 16. Oktober 1981», Baden-Baden 1981, point 551 ss.

Suite à la différenciation non-fédérale au sein de l'Union européenne en sujets autonomes de droit international, l'application du droit international général vaut aussi, en principe, pour les accords internationaux liant les États membres.

Jürgen Bast & Julia Heesen, «European Community and Union, Supplementary Agreements between Member States», MPEPIL, point 2 ss.

Par le passé, la conclusion d'accords internationaux plurilatéraux par les États contractants (c'est-à-dire d'accords auxquels ont adhéré certains États membres, mais pas tous) a toujours été un moteur de la dynamique législative du droit de l'Union. Un exemple important à cet égard est le droit de Schengen, intégré depuis dans le droit de l'Union.

On peut se demander quels sont les rapports que l'Union européenne entretient avec les groupes d'États plurilatéraux qui ont signé le traité fiscal. En toute logique, une organisation internationale ne peut pas être un tiers intéressé à son propre traité constitutif.

Christine Chinkin, «Third Parties in International Law», Oxford 1993, point 94 ss.

Mais une organisation internationale, en qualité de sujet indépendant de droit international, est un tiers intéressé à un traité réunissant une partie de ses membres, dès lors que celui-ci a été conclu sous forme d'accord international distinct des traités constitutifs. Dans la mesure où les États nationaux signataires ne correspondent pas aux États membres de l'Union européenne, il n'existe qu'une démarche plurilatérale et, puisque la méthode d'adoption des lois est une méthode de droit international, l'Union européenne doit participer au traité fiscal conformément aux règles générales du droit international.

Il convient de s'en remettre à la Convention de Vienne pour déterminer comment des tiers qui ne sont pas parties à un traité international doivent être intégrés à un tel traité. L'Union européenne n'ayant pas signé elle-même le traité fiscal, mais ayant été intégrée au volet «exécution» du traité, elle est un «sujet de droit international, tiers intéressé» au sens de l'article 35 de la Convention de Vienne. La norme qui s'applique en droit international coutumier et, par analogie, dans les rapports entre des États et des organisations internationales, dispose:

«Une obligation naît pour un État tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'État tiers accepte expressément par écrit cette obligation.»

Le traité fiscal, en particulier l'article 5, assigne des obligations de surveillance à l'Union européenne. Du fait de cette attribution de missions, il y a lieu de considérer le traité fiscal comme un accord imposant une obligation à un tiers, en l'occurrence à l'Union européenne, sujet de droit international. Du point de vue du droit international, le «tiers» est l'Union européenne puisque les États membres signataires ne correspondent que partiellement aux États de l'Union européenne. Le traité «impose une obligation» car il confie des tâches d'exécution à l'Union européenne. Conformément au droit international coutumier, dans de telles situations, le sujet de droit international, tiers intéressé, c'est-à-dire l'Union européenne, doit «expressément [accepter les missions] par écrit».

## **bb) Condition de remise de consentements internationaux de l'Union européenne**

Les conditions du droit de l'Union applicables à un tel consentement international sont fixées aux articles 216 et 218 du traité FUE. Le terme d'«accord» employé doit être interprété de façon générale et couvre



«tout engagement pris par des sujets de droit international et ayant une force obligatoire, qu'elle qu'en soit la qualification formelle».

Cour de justice, avis 1/75, Rec. 1975, p. 1355 et 1360; affaire C-233/02, Rec. 2004, p. I-2759, point 45 (France / Commission)

### **(1) Effets de la personnalité internationale de l'Union européenne**

L'Union est un sujet de droit international propre (article 47 traité UE) et peut fonder des obligations de droit international public sur ses propres règles. En l'occurrence, la personnalité internationale de l'Union est limitée sur le plan fonctionnel. Selon la doctrine de la Cour de justice dans l'affaire de l'AETR,

Cour de justice, affaire 22/70 (AETR), Rec. 1971, point 263 ss.

les fondements de la compétence de l'action extérieure de l'Union européenne sont quasiment parallèles aux compétences internes.

Geiger, «Vertragsschlußkompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten», JZ 1995, point 973 ss.

Le traité de Lisbonne codifie cette doctrine à l'article 216, paragraphe 1, du traité FUE et à l'article 3, paragraphe 2, du traité FUE. Dans son domaine de compétence, il appartient à l'Union européenne, en tant que sujet de droit, de décider si elle se soumet ou non à des obligations de droit international public et, le cas échéant, auxquelles elle se soumet.

### **(2) Compétence en matière de politique économique**

On peut se demander si l'Union européenne peut être soumise à des obligations de droit international public en matière de politique fiscale. Le droit de l'Union n'interdit pas le recours à cette réglementation internationale, mais il lui fixe des limites. Le droit primaire régit donc le partage des compétences entre l'Union européenne et les États membres. Le droit de l'Union prévoit aussi des règles pour les rapports entre l'Union européenne et les États membres signataires, qui sont résumées dans l'avis de la Cour de justice sur le traité de Lugano:

«La compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux peut non seulement résulter d'une attribution explicite par le traité, mais également découler de manière implicite d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions, par les institutions de la Communauté (voir arrêt AETR, précité, point 16). La Cour a en outre conclu que chaque fois que le droit communautaire avait établi, dans le chef desdites institutions, des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté était investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard».

Cour de justice, avis 1/03, Rec. 2006, p. I-1145, point 114 (traité de Lugano).

Il convient de déduire de la compétence de coordination dont jouit l'Union européenne en la matière une compétence formelle en matière de la politique économique (article 2, paragraphe 3, et article 5, paragraphe 1, du traité FUE). Ce pouvoir de l'Union s'étend en particulier à la détermination des principes de cette politique (article 5, paragraphe 1, première phrase, du traité FUE). Ces principes regroupent également la matière réglementée du traité fiscal, dont l'objectif est la stabilisation de la

politique budgétaire des États membres. Par conséquent, l'Union, tout comme les États membres, est habilitée à conclure des accords internationaux concernant (comme le traité fiscal) le domaine des directives de la politique économique.

### **(3) Procédure de l'article 218 du traité FUE**

On peut se demander quelles sont les règles de procédure à respecter pour un tel consentement. C'est ce que détermine l'article 216, lu en association avec l'article 218 du traité FUE. L'Union européenne ne dispose pas de règles explicites relatives aux consentements unilatéraux. L'article 216 et suivants du traité FUE, d'après ses propres termes, ne s'applique qu'aux accords internationaux. Mais la Cour de justice, par le passé, a interprété le terme «accord» de façon générale au sens des articles 216 et 218 du traité FUE et a retenu qu'il englobait les consentements unilatéraux.

Cour de justice, avis 1/75, Rec. 1975, p. 1355 et 1360; affaire C-233/02, Rec. 2004, p. I-2759, point 45 (France / Commission)

Il est possible que les institutions européennes auraient dû être impliquées conformément à l'article 218, paragraphe 6, du traité FUE. Pour le Parlement, la norme prévoit des droits de consultation ou même d'approbation selon les domaines concernés. La norme dispose:

Le Conseil, sur proposition du négociateur, adopte une décision portant conclusion de l'accord. Sauf lorsque l'accord porte exclusivement sur la politique étrangère et de sécurité commune, le Conseil adopte la décision de conclusion de l'accord:

a) après approbation du Parlement européen dans les cas suivants:

- i) accords d'association;
- ii) accord portant adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales;
- iii) accords créant un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération;
- iv) accords ayant des implications budgétaires notables pour l'Union;
- v) accords couvrant des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise.

Le Parlement européen et le Conseil peuvent, en cas d'urgence, convenir d'un délai pour l'approbation;

b) après consultation du Parlement européen, dans les autres cas. Le Parlement européen émet son avis dans un délai que le Conseil peut fixer en fonction de l'urgence. En l'absence d'avis dans ce délai, le Conseil peut statuer.

Les droits de participation du Parlement contiennent donc des droits d'information au cours de la procédure (paragraphe 10) et des droits de participation selon le paragraphe 6. Les droits de participation diffèrent selon la base d'autorisation. Dans les cas visés au point a), le consentement du Parlement est nécessaire; dans les cas visés au point b), c'est une consultation qui est requise. S'agissant du traité fiscal, une approbation du Parlement est nécessaire.

C'est ce qui découle notamment de l'article 218, paragraphe 6, point a) v), du traité FUE, selon lequel, dans les domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire, une approbation du Parlement est nécessaire, même dans le cadre de la remise d'un consentement de droit international public. Objectivement, le domaine de réglementation du traité fiscal relève du domaine de compétence de la coordination de la politique économique des États membres, article 120 et suivants du traité FUE, qui se subdivise en une partie préventive (article 121 du traité FUE) et une partie répressive (article 126 du traité FUE). La recevabilité de l'étendue du régime de sanction est appréciée au regard de l'article 136 du traité FUE. Pour la conception de la procédure de surveillance multilatérale, telle qu'elle est prévue par le traité fiscal, l'article 121, paragraphe 6, du traité FUE

impose la procédure législative ordinaire. Il s'ensuit que des déclarations de l'Union européenne ayant force obligatoire en droit international requièrent également l'approbation préalable du Parlement dans ce contexte.

Mais la nécessité de l'approbation du Parlement découle également de l'article 218, paragraphe 6, point a) iii), du traité FUE, selon lequel une approbation est requise pour les accords créant un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération. Sur ce point, il importe peu que les institutions créées reçoivent une compétence décisionnelle ayant force obligatoire.

Kirsten Schmalenbach, dans: Calliess/Ruffert, «EUV/AEUV», 4<sup>e</sup> édition, 2011, article 218 du traité FUE, point 18.

L'article 12 du traité fiscal instaure le «sommet de la zone euro» et crée ainsi un cadre institutionnel spécifique. Ceci plaide également en faveur de la nécessité d'une approbation du Parlement.

#### **(4) Conclusion intermédiaire**

Conformément à l'article 35 de la Convention de Vienne, l'Union européenne, en tant que sujet de droit international, a la compétence externe pour l'approbation du traité fiscal. La procédure d'approbation est régie par l'article 216, lu en association avec l'article 218 du traité FUE. Le Parlement doit y participer de façon constructive.

#### **cc) Caractère superflu du consentement?**

Il est possible que le consentement au recours aux institutions européennes convenu dans le cadre d'un accord international soit superflu. Il convient ici de faire la distinction entre le recours à la Cour de justice et le recours à d'autres institutions européennes.

##### **(1) Cour de justice**

Pour la Cour de justice, la clause arbitrale de l'article 273 du traité FUE permet aux États membres de fonder la compétence de la Cour de justice à résoudre des litiges.

L'article 8 du traité fiscal, qui implique la Cour de justice dans la surveillance du traité, pourrait donc être recevable sur le fondement de l'article 272 du traité FUE.

Cf. Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (484).

Cependant, il est reproché (à juste titre) à cet argument que les pouvoirs de la Cour de justice régis à l'article 8 du traité fiscal vont au-delà du cadre de l'article 260, paragraphe 1, du traité FUE, puisqu'il est permis à la Cour de justice de fixer un délai qui n'est pas prévu ainsi dans le droit primaire:

«Giving the ECJ the power to impose fines in analogy to Article 260 TFEU would not be covered by Article 273 TFEU.»

Ingolf Pernice, «International Agreement on a reinforced Economic Union», avis 2012, point 14, 4<sup>e</sup> note de bas de page.

En outre, l'article 273 du traité FUE permet uniquement de confier à la Cour de justice des procédures arbitrales auxquelles des États membres sont parties. En revanche, il serait irrecevable de

conférer à la Commission un pouvoir de recours dans le cadre d'une procédure au sens de l'article 273 du traité FUE.

Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (483).

Certes, conformément à l'article 8 du traité fiscal, seuls les États membres restent formellement des parties à la procédure de surveillance relative à l'introduction de «freins [nationaux] à l'endettement». Il existe cependant une procédure préalable correspondante d'établissement de rapport de la Commission et, si celle-ci formule une réclamation correspondante, une ou plusieurs parties au traité sont tenues d'introduire une procédure devant la Cour de justice (article 8, paragraphe 1, du traité fiscal). Cet automatisme qui, finalement, confie l'introduction d'une procédure judiciaire au pouvoir discrétionnaire de la Commission, auquel les États membres liés par le traité fiscal ne peuvent déroger que sur avis positif de la Commission (article 8, paragraphe 2, du traité fiscal), constitue un contournement irrecevable de la restriction personnelle de l'article 273 traité FUE.

Paul Craig, «The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism», dans: European Law Review, Issue 3, 2012, point 231 ss (245f.).

Partant, l'approbation du recours à la Cour de justice prévu à l'article 218, paragraphe 6, du traité FUE n'est pas superflue au titre de l'article 273 de traité FUE.

## **(2) Autres institutions européennes**

On peut se demander quelle forme peut prendre l'obligation d'approbation à l'égard des compétences de la Commission et du Conseil dans le cadre de la surveillance du traité fiscal.

La littérature tente en partie d'atténuer les conséquences de la délégation de missions prévue par le traité fiscal, en arguant que le traité fiscal ne transfère pas de nouvelles missions, mais se contente de donner la forme d'un accord international au droit secondaire de l'Union.

Voir, par analogie, Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (484 f.).

Mais cette affirmation passe trop rapidement outre les problèmes de cette conception. D'une part, cette affirmation doit se référer au droit secondaire en devenir, en particulier à la proposition de règlement COM (2011) 821 du 23 novembre 2011. Elle ne peut donc pas se fonder sur le droit de l'Union en vigueur. D'autre part, on ne tient pas suffisamment compte du fait que le droit secondaire peut être remis en cause dans la procédure législative de l'Union. Tandis que les ordonnances correspondantes peuvent être révisées par le législateur de l'Union, les obligations internationales découlant du traité fiscal peuvent uniquement être résiliées dans des circonstances extrêmement limitées conformément à la Convention de Vienne et existent quelle que soit la structure du droit de l'Union. Si la proposition COM (2011) 821 est concrétisée, l'assignation de missions, en plus du traité fiscal international, a au mieux un autre motif d'application dans le droit secondaire de l'Union. Le fondement de l'application dans le droit international demeurerait cependant, même si l'assignation de missions découlant de la proposition COM (2011) 821 n'entraîne pas en vigueur ou si les actes législatifs du «six-pack» étaient révisés.

L'allégation selon laquelle le parallélisme des missions de la Commission en vertu du traité fiscal et le droit communautaire rendra quasiment obsolète un recours aux institutions,

Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (485).

est problématique, tout comme le parallélisme non avéré, dans la mesure où le droit secondaire concerné par cette allégation pose déjà lui-même de nombreux problèmes en ce qui concerne la question des sanctions.

Le fondement juridique des sanctions est l'article 136, lu en association avec l'article 121, paragraphe 4, du traité FUE, sans que ces conséquences juridiques ne soient prévues dans cette proportion dans le droit primaire en vigueur. En effet, la sanction la plus élevée prévue par la procédure de l'article 121, paragraphe 4, troisième phrase, du traité FUE est uniquement la publication d'une recommandation du Conseil à l'intention des États membres qui dérogent durablement aux grandes lignes. Conformément aux droits primaire et secondaire en vigueur, des amendes et obligations de mises de fonds ne peuvent être prononcées que dans le cadre de la composante «corrective» du pacte de stabilité et de croissance selon l'article 126, paragraphe 11, du traité FUE. Conformément au principe de la légalité négative, l'Union ne peut toutefois agir que dans les limites des compétences qui lui sont confiées.

Jürgen Bast/Armin v. Bogdandy (2011), dans: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrg.), «Art. 5 EUV», 43<sup>e</sup> édition, 2011, point 11.

L'article 121, paragraphe 6, du traité FUE ne peut être considéré comme un fondement juridique puisque cette règle de compétence autorise uniquement la promulgation de droit secondaire régissant «les modalités de la procédure de surveillance multilatérale visée aux paragraphes 3 et 4».

Détails dans Jürgen Bast/Florian Rödl, «Die Unionskompetenz zur Durchsetzung von Korrekturen makroökonomischer Ungleichgewichte», avis 2012, point 10 ss.

L'établissement de nouveaux mécanismes de sanction ne constitue pas un détail de la procédure, mais un renforcement considérable du mécanisme. L'article 136, paragraphe 1, point a), du traité FUE ne constitue pas non plus une base appropriée pour l'introduction de sanctions «dures» dans le domaine de la composante «préventive» et de la surveillance des déséquilibres macroéconomiques. D'après cette disposition, les pays de la zone euro peuvent renforcer la coordination et la surveillance de leur discipline budgétaire sur la base des dispositions pertinentes des traités. Cependant, il ne manque pas uniquement une autorisation expresse d'introduction de sanctions; au contraire, les termes «sur la base des dispositions pertinentes des traités» employés à l'article 136, paragraphe 1, de traité FUE soulignent le fait que les accords conclus dans le cadre de la règle de compétence doivent rester en harmonie avec les autres dispositions du droit primaire, en particulier les articles 121 et 126 du traité FUE.

Ulrich Häde, «Art. 136 AEUV – eine neue Generalklausel für die Wirtschafts- und Währungsunion?» JZ 2011, point 334 ss.

Dans l'ensemble, donc, le droit secondaire ne rend pas superflue l'approbation du traité fiscal conformément à l'article 218 traité FUE.

### **c) Conclusion intermédiaire**

L'approbation légale du recours aux institutions prévu par le traité fiscal doit découler du fait que tous les États membres de l'Union européenne approuvent le recours aux institutions dans le cadre de l'accord international, sous réserve de l'article 48 du traité UE, ou du fait que l'Union européenne, en tant que sujet de droit international, approuve expressément et par écrit l'exercice d'obligations

d'exécution selon l'article 35 de la Convention de Vienne. Conformément à l'article 218, paragraphe 6, point a), du traité FUE, cela signifie que le Parlement européen doit approuver le recours aux institutions.

## **2. Légalité matérielle**

On peut également se demander si le traité fiscal est conforme au droit de l'Union sur le plan matériel.

### **a) Primauté fiscale**

En particulier, on peut se demander comment garantir la prise en considération du principe de la coopération loyale qui, selon l'article 4, paragraphe 3, du traité UE, protège la viabilité des institutions. Selon ce principe, une action internationale de certains États membres, telle que le traité fiscal, ne saurait entraver le fonctionnement des institutions européennes. Il existe d'autres obligations qui concernent le maintien des possibilités d'adhésion et le devoir des États signataires de faire des efforts de codification dans leur activité législative pour l'Union européenne.

Voir Cour de justice, affaire 44/84, Hurd, Rec. 1986, point 29 ss. (point 39); affaire 141/78, France / Grande-Bretagne et affaire 804/79, Commission / Grande-Bretagne.

Cette question se pose tout d'abord eu égard à des accords dans le cadre du sommet de la zone euro, cité dans le traité fiscal, qui, dans certains cas, pourraient constituer une infraction à l'article 4, paragraphe 3, du traité UE.

Christian Calliess/Christopher Schoenfleisch, «Auf dem Weg in die europäische ‚Fiskalunion‘?», dans: JZ 2012, point 477 ss (483).

Mais la question se pose aussi sur le principe, au-delà des cas particuliers. L'article 7 du traité fiscal introduit la «procédure de vote inversée» dans le droit international:

«Dans le respect total des exigences procédurales établies par les traités sur lesquels l'Union européenne est fondée, les parties contractantes dont la monnaie est l'euro s'engagent à appuyer les propositions ou recommandations soumises par la Commission européenne lorsque celle-ci estime qu'un État membre de l'Union européenne dont la monnaie est l'euro ne respecte pas le critère du déficit dans le cadre d'une procédure concernant les déficits excessifs. Cette obligation ne s'applique pas lorsqu'il est établi que, parmi les parties contractantes dont la monnaie est l'euro, une majorité qualifiée, calculée par analogie avec les dispositions pertinentes des traités sur lesquels l'Union européenne est fondée sans tenir compte de la position de la partie contractante concernée, est opposée à la décision proposée ou recommandée.»

Le renversement de l'exigence de majorité qualifiée entraîne une nette restriction des chances de réussite des intérêts politiques qui entourent le traité fiscal mais sont protégés par le droit primaire de l'Union. Par le mécanisme de l'article 7 du traité fiscal, la procédure de vote est donc associée de façon partielle à des rationalismes d'ordre fiscal. En effet, aucun objectif inconciliable avec une mise en relation, tel que la réalisation de droits sociaux, le plein emploi et la politique sociale, n'intervient sur le même plan. Au contraire, la coordination de la procédure de vote par l'article 7 du traité fiscal fait que la priorité est donnée à la mise en œuvre de la politique d'austérité.

À ce sujet, voir aussi Lukas Oberndorfer, «Der Fiskalpakt – ein weiterer Schritt in Richtung Entdemokratisierung», dans: infobrief eu & international mars/2012, point 7 ss.

Le modèle décisionnel de la procédure de vote inversée n'est convenu ni à l'article 121, ni à l'article 126 du traité FUE. Selon ces deux dispositions, il appartient au Conseil de prononcer la sanction la plus élevée (cf. article 121, paragraphe 4, troisième phrase, ou article 126, paragraphe 11, première phrase, du traité FUE). Même si la règle de la majorité qualifiée inversée continue de laisser la décision finale au Conseil, supprimant ainsi tout automatisme, elle signifie quand même un renversement des exigences en termes de voix puisqu'il suffit, pour qu'une sanction soit prononcée, non plus d'une majorité qualifiée mais uniquement d'une majorité qualifiée correspondante propre à empêcher la suspension de la sanction. En outre, ce renversement du poids des voix ne constitue pas un «détail de la procédure» qui pourrait être développé par le droit secondaire sur le fondement de la norme de compétence de l'article 121, paragraphe 6, du traité FUE. En effet, les pouvoirs décisionnels relatifs aux sanctions sont déjà régis de façon contraignante dans le droit primaire, de sorte que ces règles, en vertu d'un raisonnement a contrario, ne pourraient être réécrites que dans le cadre d'une révision du traité. De la même façon, on ne saurait se fonder sur une coopération renforcée au sens de l'article 136 du traité FUE pour déroger aux dispositions de procédure consacrées par le droit primaire. Au contraire, selon les termes explicites de la norme, cette coopération renforcée est soumise à la réserve de la tolérance du droit primaire. Dans cette perspective, le traité fiscal n'est pas le seul acte illégal; la prescription de la procédure de vote inversée par le droit secondaire pourrait aussi ne pas avoir de raison d'être compte tenu du régime du droit primaire.

Avec autres renvois, Andreas Fischer-Lescano/Steffen Kommer, «EU in der Finanzkrise. Zur Leistungsfähigkeit des Verfahrens der verstärkten Zusammenarbeit für eine Intensivierung der Wirtschafts- und Sozialpolitik», dans: Kritische Justiz 44 (2011), point 412 ss.

La procédure de vote inversée menace la mise en œuvre d'objectifs sociopolitiques et économiques qui entourent la politique d'austérité. De ce fait, la procédure pose problème en vue de la réalisation des principes de la démocratie sociale en Europe.

Sur le principe de la démocratie sociale en Europe: Hans-Jürgen Bieling, «Europäische Integration und die Krise der 'sozialen Demokratie'» (dans: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid(Hrg.), «Europäische Gesellschaftsverfassung.» »Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa», 2009, point 229 ss.

La procédure de vote inversée place structurellement la dimension sociale de l'Union européenne qui «a gagné en importance à chaque réforme des fondements juridiques de l'intégration européenne et a connu un renforcement correspondant dans le droit primaire» et dans le cadre de laquelle la Cour de justice interprétera la citoyenneté de l'Union comme le noyau d'«une solidarité européenne»,

tels sont les termes de l'arrêt de Lisbonne - Bundeverfassungsgericht 123, points 267/426 ss.

sous la politique d'austérité. Ce renversement des exigences en matière de majorité est contraire au droit de l'Union.

## **b) Inobservation du Parlement européen**

En outre, le traité fiscal doit tenir compte du principe de la démocratie, protégé par le droit primaire à l'article 10 du traité UE.

La Commission n'est toutefois pas démocratiquement tenue d'exécuter le traité fiscal.

Cf. critique justifiée de Mattias Kumm, «Ein Signal für Europa», FAZ du 9 août 2012, point 6.

Là encore, le traité fiscal ne satisfait pas aux exigences du droit de l'Union. Ainsi, le règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1267/97 visant à accélérer et clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, adopté sur le fondement de l'article 126, paragraphe 14, du traité UE, prévoit notamment une participation du Parlement européen dans le cadre du «dialogue économique» régi à l'article 2a:

(1) Afin de renforcer le dialogue entre les institutions de l'Union, en particulier le Parlement européen, le Conseil et la Commission, et d'assurer une transparence et une responsabilité plus grandes, la commission compétente du Parlement européen peut inviter le président du Conseil, de la Commission et, le cas échéant, le président du Conseil européen ou le président de l'Eurogroupe à intervenir devant la commission et à débattre des décisions du Conseil en vertu de l'article 126, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des mises en demeure en vertu de l'article 126, paragraphe 9, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ou des décisions du Conseil en vertu de l'article 126, paragraphe 11, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le Conseil est censé, en principe, suivre les recommandations et propositions de la Commission ou exposer publiquement sa position.

La commission compétente du Parlement européen peut offrir la possibilité de participer à un échange de vues à l'État membre concerné par ces décisions, recommandations ou mises en demeure.

(2) Le Conseil et la Commission tiennent le Parlement européen régulièrement informé de l'application du présent règlement.

Cette procédure n'est plus mentionnée dans le traité fiscal. En lieu et place, le Parlement doit organiser une conférence avec les parlements nationaux afin de débattre des politiques budgétaires et d'autres questions régies par le traité fiscal (article 13 du traité fiscal). Le Parlement ne participe cependant pas à la procédure d'exécution décisionnelle du traité fiscal, par exemple aux possibles contrôles des programmes budgétaires et de partenariat social prévus à l'article 5 du traité fiscal. L'omission de ce dialogue économique ainsi que la limitation explicite des compétences du Parlement européen à une simple information par les présidents du nouveau sommet de la zone euro (article 12, paragraphe 5, du traité fiscal) constituent une infraction aux droits de participation du Parlement européen.

### **c) Illégalité des pouvoirs de sanction**

Par ailleurs, les pouvoirs de sanction prévus par le traité fiscal vont à l'encontre des exigences de l'article 13, paragraphe 2, première phrase, du traité UE. Selon cette disposition, chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci. La norme interdit les actions ultra vires des institutions de l'Union européenne. Les institutions européennes n'ont pas le droit de s'attribuer, par la voie du droit public, des compétences dont elles ne jouissent pas en vertu du droit primaire.

Paul Craig, «The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism», dans: *European Law Review* 2012, point 231 ss (241f.).

Les missions régies aux articles 5 et 6 du traité fiscal sont donc contraires au droit primaire. Le recours international aux institutions ne saurait déléguer des missions étrangères au droit primaire. Le recours international aux institutions permet uniquement de mettre des ressources disponibles à la disposition de nouveaux sujets de droit international, dans le cadre d'un accord international.

### **d) Illégalité du «frein à l'endettement»**

De même, l'introduction par le traité fiscal d'un frein national à l'endettement ayant force obligatoire est problématique face au principe de subsidiarité (article 5, paragraphe 3, du traité UE). Les



institutions de l'Union ne sont pas autorisées à mettre en œuvre une règle de droit international public dont la promulgation ne peut pas être justifiée par une compétence de droit primaire.

Sur la compétence, critique House of Lords, European Union Committee, 25<sup>th</sup> Report of Session 2010–2012, «The euro area crisis», 14 février 2012, 34, point 104.

### **3. Conséquences juridiques**

Conformément à la règle de conflit des lois de l'article 2, paragraphe 2, du traité fiscal, le traité fiscal peut uniquement trouver application s'il est compatible avec le droit primaire et secondaire de l'Union. Tandis que, en cas d'infraction du traité fiscal au droit matériel, cette règle de priorité pourrait entraîner le remplacement des règles illégales par un renvoi aux règles du droit de l'Union, l'illégalité formelle du traité fiscal implique quant à elle que celui-ci ne peut exécuté par les institutions européennes tant qu'il n'a pas été remédié aux irrégularités procédurales. Dans l'attente, le traité en tant que tel n'est pas conforme au droit de l'Union.

## B. Examen du traité fiscal par la Cour de justice

On peut se demander si et dans quelles conditions la Cour de justice pourrait être saisie des questions de droit ci-dessus.

### 1. Procédure préjudicielle

La première solution envisageable est une procédure préjudicielle. Parallèlement à l'affaire préjudicielle C-370/12, dans laquelle un tribunal irlandais a saisi le Tribunal de première instance de l'Union européenne de questions relatives à la conformité au droit de l'Union du traité sur le Mécanisme européen de stabilité (MES), et dont l'audience se tiendra le 23 octobre 2012, un tribunal d'un État membre pourrait soumettre à la Cour de justice les questions de droit ci-dessus dans le cadre de la procédure préjudicielle prévue à l'article 267 du traité FUE. Cette procédure requiert que la décision à prendre concernant la conformité au droit de l'Union soit pertinente pour la procédure judiciaire nationale correspondante.

### 2. Contrôle de subsidiarité

Une autre possibilité serait un recours conformément à l'article 8 du protocole sur la subsidiarité. Un tel recours doit être fondé sur un manquement au principe de la subsidiarité, tel qu'il est défini à l'article 5, paragraphe 3, du traité FUE. On peut aisément affirmer que toute activité des institutions de l'Union contraire aux compétences attribuées va à l'encontre de ce principe.

Robert Uerpman-Witzack, «Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem», EuGRZ 2009, point 461 ss.

Ce recours peut être formé par les parlements des États membres. En Allemagne, même une minorité des parlementaires est recevable à agir, c'est-à-dire un quart de membres du Bundestag, tel que prévu par l'article 93 I, point 2, du *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne). Il n'y a pas encore eu d'activité de la part des institutions de l'Union. Le cas échéant, un acte de sanction fondé sur le traité fiscal pourrait constituer un motif valable.

### 3. Recours en annulation

Un recours en annulation sous forme d'exception d'illégalité au sens de l'article 263, lu en association avec l'article 277 du traité FUE, est également envisageable. Tout comme le recours fondé sur le principe de la subsidiarité, le recours en annulation présuppose toutefois une activité des institutions de l'Union, pour l'instant inexistante.

### 4. Recours en manquement

Un recours en manquement est aussi envisageable. Il est peu vraisemblable que la Commission forme un tel recours. Toutefois, conformément à l'article 259 du traité FUE, un recours en manquement peut aussi être formé par un État membre. Il devrait alors être dirigé contre les États membres qui ont adopté le traité fiscal et son objectif serait de faire constater la non-conformité du traité au droit de l'Union.

### 5. Procédure d'avis

La dernière possibilité serait une procédure d'avis, telle que prévue à l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE.

## **a) Partie requérante**

Conformément à l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE, le Conseil, la Commission, un État membre ou le Parlement européen peut présenter une demande d'avis.

On peut aussi se demander si une minorité des parlementaires européens pourrait présenter une telle demande au nom et pour la défense des intérêts de tous les parlementaires. Il n'existe actuellement aucune pratique à cet égard. Comme pour les recours formés au nom et pour la défense des intérêts de tous dans le cadre de la procédure allemande relative aux compétences des organes de l'État fédéral («*Organstreitverfahren*»), il existe des motifs valables pour justifier cette possibilité de faire valoir en justice, en son propre nom, le droit de tiers par l'approche objective de l'action et par le caractère préventif de la procédure d'avis. Mais quant à savoir si de tels arguments seraient entendus par la Cour de justice, cela reste très incertain.

## **b) Objet de la requête**

L'objet de la requête dans le cadre de la procédure d'avis pourrait être le traité fiscal conclu par les États membres, mais aussi le consentement envisageable de l'Union à ce traité.

### **aa) Le traité fiscal des États membres comme objet de la requête**

On peut se demander si l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE pourrait s'appliquer en présence d'accords internationaux distincts conclus par des États membres. Cette question fait justement débat dans la littérature consacrée au traité fiscal:

«Conformément à l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE, la Cour de justice est uniquement compétente pour examiner les accords qui ont été conclus par l'Union européenne (...). L'examen des termes d'un accord conclu par des États membres est impossible, ou alors la Cour de justice devrait pouvoir examiner l'ensemble du droit primaire (défini par tous les États membres) au titre de l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE.»

Matthias Ruffert, commentaire, 5 juillet 2012, téléchargeable à l'adresse <http://verfassungsblog.de/das-europäische-parlament-sollte-den-fiskalvertrag-vor-den-eugh-bringen/>

Cette affirmation est exacte dans la mesure où la fonction de l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE n'est pas de faire en sorte que le droit primaire de l'Union puisse être examiné par la Cour de justice dans le cadre de la procédure d'avis. Mais comme le laisse entendre la précision selon laquelle il doit s'agir d'un droit «défini par tous les États membres», le traité fiscal ne présente justement pas les caractéristiques du droit primaire. Le traité fiscal est un accord international distinct conclu dans le contexte de l'Union par certains États membres.

La Cour de justice a déjà remis des avis sur des accords internationaux conclus par des États membres.

Cour de justice, avis 2/91, 19 mars 1993 – OIT.

La Cour de justice interprète l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE comme disposant que l'objet de la procédure d'avis est la «compatibilité d'un accord envisagé avec les traités», c'est-à-dire qu'elle l'interprète de façon large et considère qu'il couvre aussi les accords conclus par des États membres. L'article 107, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour de justice, selon lequel «l'avis peut porter tant sur la compatibilité de l'accord envisagé avec les dispositions des traités que sur la compétence de l'Union ou de l'une de ses institutions pour conclure cet accord», peut également

être compris en ce sens. Du point de vue de la politique jurisprudentielle, il convient de saluer cette interprétation car elle a une fonction préventive et empêche les violations de droit irréversibles.

Cf. Rudolf Geiger, «Außenbeziehungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten», *ZaöRV* 1977, point 640 ss (646, 21<sup>e</sup> note de bas de page).

Le reproche de la littérature, selon lequel cette jurisprudence de la Cour de justice serait trop vaste,

Kirsten Schmalenbach, dans: Calliess/Ruffert, «EUV/AEUV», 4<sup>e</sup> édition, 2011, article 218 du traité FUE, point 34,

ne tient pas compte de l'objectif de l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE, à savoir permettre un contrôle normatif préventif pour prévenir suffisamment tôt les infractions.

Christian Tomuschat, dans: «GS, EU-/EGV», 6<sup>e</sup> édition, 2004, article 300, point 93.

Puisqu'il ne constitue pas un droit primaire de l'Union, mais un accord international distinct en sa qualité d'accord international par des États membres, le traité fiscal est un objet convenable pour une demande conformément à l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE.

### **bb) Consentement de l'Union européenne**

Mais la question d'un consentement (avisé) de l'Union européenne au traité fiscal, tel que prévu à l'article 216, lu en association avec l'article 218, du traité FUE, pourrait aussi être un objet convenable pour une telle demande.

Comme exposé précédemment, l'article 216 et suivants du traité FUE, d'après ses propres termes, ne s'applique certes qu'aux accords internationaux, mais les normes sont également valables pour les consentements unilatéraux ayant force obligatoire.

Cour de justice, avis 1/75, Rec. 1975, p. 1355 et 1360; affaire C-233/02, Rec. 2004, p. I-2759, point 45 (France / Commission).

La question de savoir si un consentement international ayant force obligatoire de l'Union européenne en tant que tiers intéressé par le traité fiscal est conforme au droit de l'Union constitue donc un objet convenable pour un avis selon l'article 218 du traité FUE.

### **c) Délai**

La demande peut être introduite tant que la volonté de l'Union de se lier au niveau international n'a pas été exprimée de façon définitive.

Cour de justice, avis 3/94, Rec. 1995, p. I-4577, point 14 (GATT – OMC – Accord-cadre sur les bananes).

La demande peut être présentée avant même le début des négociations autour du traité. Le contrôle de la légalité matérielle requiert des dispositions contractuelles concrètes.

Cour de justice, avis 2/94, Rec. 1996, p. I-1759, point 19 ss. (CEDH).

Par conséquent, il n'y a actuellement pas de problème de délai, peu importe que l'objet de la demande soit le traité fiscal ou le consentement de l'Union européenne au traité fiscal.

## **6. Conclusion intermédiaire**

Une procédure d'avis selon l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE, qui, au sens d'un intérêt objectif à la clarification des contrôles normatifs préventifs, établit la conformité du traité fiscal au droit de l'Union et la nécessité d'un consentement de l'Union européenne au traité fiscal, est recevable.

En outre, l'introduction d'une procédure d'avis n'empêche pas le contrôle du traité fiscal dans le cadre du recours en annulation, du recours fondé sur le principe de la subsidiarité, de la procédure préjudicielle ou du recours en manquement à tout moment par la Cour de justice. La procédure d'avis n'empêche pas les autres formes de procédure.

Cour de justice, avis 1/75, Rec. 1975, points 1355 et 1361 («Dépenses locales»).

## C. Résumé

1. Le traité fiscal est contraire au droit européen sur le plan formel.

- a. Aucun consentement valable au recours aux institutions n'a été donné. Tous les États membres n'ont pas accepté le recours aux institutions dans le cadre de l'article 48 du traité UE et l'Union européenne n'a pas consenti à participer à l'exécution du traité fiscal dans le cadre de l'article 218 du traité FUE.
- b. Sans ce consentement, ni la Cour de justice, ni la Commission et le Conseil ne peuvent être impliqués dans l'exécution du traité.
- c. Les institutions européennes ne sont pas autorisées à exécuter le traité fiscal dans la mesure où il est contraire au droit de l'Union sur le plan formel.

2. En outre, le traité fiscal est contraire au droit européen sur le plan matériel.

- a. La «procédure de vote inversée» régie à l'article 7 du traité fiscal est contraire au droit de l'Union. Elle a pour effet de conférer une primauté structurelle à la mise en œuvre de la politique d'austérité par rapport à d'autres objectifs. Le renversement des exigences en matière de majorité est contraire au droit primaire.
- b. La Commission n'est pas suffisamment soumise à un contrôle démocratique dans le cadre de l'exécution du traité fiscal. Les droits du Parlement ne sont pas garantis dans le cadre de la procédure concernant les déficits excessifs. Le règlement (UE) n° 1177/2011 du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1267/97 visant à accélérer et clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, adopté sur le fondement de l'article 126, paragraphe 14, du traité UE, prévoit une participation du Parlement européen dans le cadre du «dialogue économique» régi à l'article 2, point a. Le traité fiscal va à l'encontre de ces droits de participation.
- c. Les sanctions prévues aux articles 5 et 8 du traité fiscal sont contraires au droit de l'Union.
- d. Le frein à l'endettement prévu à l'article 3 du traité fiscal et qui a valeur contraignante est contraire au droit de l'Union.

3. La Cour de justice dispose d'une compétence décisionnelle sur la question de la légalité du traité fiscal.

- a. Dans une procédure d'avis selon l'article 218, paragraphe 11, du traité FUE, le Parlement ne peut ni se prononcer sur la conformité du traité fiscal au droit de l'Union avant son entrée en vigueur, ni faire contrôler la nécessité de l'expression d'un consentement par l'Union européenne, condition préalable à une participation du Parlement conformément à l'article 218, paragraphe 6, point a), du traité FUE. La procédure est une procédure de contrôle juridique préventif qui doit permettre d'éviter les infractions aux normes.
- b. Les objets convenables d'une procédure d'avis sont, d'une part, le traité fiscal lui-même en tant qu'accord international entre des États membres, dans la mesure où il ne constitue pas du droit primaire mais un accord international distinct et, d'autre part, la légalité d'un consentement de l'Union européenne en qualité de sujet de droit international tiers intéressé selon l'article 35 de la Convention de Vienne.
- c. En outre, l'introduction d'une procédure d'avis n'empêche pas le contrôle du traité fiscal dans le cadre du recours en annulation, du recours fondé sur le principe de la subsidiarité, de la procédure préjudicielle ou du recours en manquement à tout moment par la Cour de justice. La procédure d'avis n'empêche pas les autres formes de procédure.