

L'exclusion du Conseil européen de la fonction législative : la lettre et l'esprit

Didier Blanc

Professeur de droit public

Université de La Réunion (CRJ EA 14)

« La loi est proprement la parole de celui
qui de droit commande aux autres »¹

Résumé :

L'article 15, § 1, TUE pose le principe de l'exclusion du Conseil européen de la fonction législative. En réalité, depuis son institutionnalisation par le traité de Lisbonne, le Conseil européen exerce une influence directe et identifiable sur la production du droit dérivé, qu'il en soit à l'origine en vertu même du pouvoir d'impulsion que lui reconnaît le traité ou qu'il en guide l'écriture. Si cette conception de sa mission est conforme à la lettre du traité puisqu'il n'est pas formellement auteur de la législation européenne, elle n'en constitue pas une violation de son esprit. Ce constat ressort de la mise en relation systématique des conclusions rendues par le Conseil européen depuis 2009 avec grand nombre d'actes législatifs adoptés le plus souvent dans un contexte de crise et d'urgence.

Mots clés :

*DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE * INSTITUTIONS *
Conseil européen, Fonction législative, Droit dérivé.*

L'attribution de la qualité d'institution au Conseil européen par le traité de Lisbonne², bien qu'elle marque « l'aboutissement d'un long processus »³, compte parmi ses innovations

¹ Hobbes, *Le Léviathan*, XV.

² Article 13, § 1, TUE : « Les institutions de l'Union sont : (...) le Conseil européen ». V. F. Chaltiel, Premier Conseil européen sous le régime du traité de Lisbonne, RMCUE. 2010. 534. 6-7.

³ J.-P. Jacqué, Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière, RTD Eur. 2008. 455.

les plus emblématiques avec la création de sa présidence permanente⁴. Elle règle définitivement la question de la nature d'une instance née de la pratique de conférences au sommet réunissant les chefs d'Etat ou de gouvernement dont les traits sont fixés par la Déclaration issue du sommet de Paris des 9 et 10 décembre 1974⁵. Pout autant, sa place dans le système juridique de l'Union interroge dans la mesure où la légitimité interétatique qu'il incarne est déjà représentée par le Conseil⁶. Non seulement la représentation étatique au sein de l'appareil institutionnel est doublée (Conseil européen et Conseil) mais surtout elle se fait au plus haut niveau : celui des chefs d'Etat ou de gouvernement⁷. Si bien que le Conseil européen occupe une place élevée, surplombant les autres institutions politiques en vertu de laquelle il joue un rôle central dans les développements de la construction européenne⁸.

Ce positionnement est conforté par sa mission prévue à l'article 15, § 1, TUE : « Le Conseil européen donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations et les priorités politiques générales »⁹. Ce pouvoir général d'impulsion fonde l'analyse d'un risque fort d'empiètement sur le droit d'initiative de la Commission¹⁰, traditionnellement dénoncé en raison du « processus de détérioration de la structure des Communautés »¹¹ dont il serait à la fois la cause et la manifestation la plus sensible. En faisant du Conseil européen une institution couronnée par une présidence permanente, le traité de Lisbonne ranime le débat voyant dans l'opposition entre la méthode communautaire et la méthode intergouvernementale une clé de compréhension de la construction européenne vue au prisme de ses agents¹², la Commission pour la première, le Conseil européen pour la

⁴ V. H. de Waelen, H. Broeksteeg, The semi-permanent European Council Presidency: some reflections on the law and early practice, CML Rev. 2012. 1039 ; J. V. Louis, Quelques réflexions préliminaires sur le rôle du Conseil européen, in *Réalisations et défis de l'Union européenne. Mélanges en hommage à P. Soldatos*, Bruylant, 2012, pp. 49-60.

⁵ V. C. Blumann, Le conseil européen, RTD Eur. 1976. 1. ; F. Capotorti, Le statut juridique du Conseil européen à la lumière de l'Acte unique, in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 79.

⁶ V. P. Pescatore, L'exécutif communautaire : justification du quadripartisme institué par les traités de Paris et de Rome, CDE. 1978. 387.

⁷ Article 15, § 2, TUE : « Le Conseil européen est composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, ainsi que de son président et du président de la Commission. Le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité participe à ses travaux ».

⁸ En particulier s'agissant de la révision des traités : F. Picod, Le rôle du Conseil européen dans le processus de décision, RDP. 2002. spéc. pp. 1192-1195.

⁹ Ce rôle est confirmé par la Déclaration solennelle sur l'Union européenne (Stuttgart, 19 juin 1983) : « 2.1.2. Dans la perspective de l'Union européenne, le Conseil européen : - donne à la construction européenne une impulsion politique générale ».

¹⁰ V. B. Taulègne, *Le Conseil européen*, Paris, PUF, 1993, p. 151.

¹¹ F. Capotorti, *op. cit.*, p. 87.

¹² V. F. Michéa, Le rôle du Conseil européen après Lisbonne. Lecture critique des traités modifiés, RUE. 2012. 76.

seconde¹³ ; l'importance prise par l'une ou par l'autre au fil du temps éclairerait la tonalité profonde de l'œuvre en cours. La doctrine s'accorde en général sur le caractère vain d'un tel raisonnement binaire¹⁴, d'autant que la Commission s'est très tôt accommodée de cette capacité du Conseil européen « à donner une impulsion générale »¹⁵. Il est vrai que le président de la Commission participe dès l'origine à ses travaux et voit à partir de l'Acte unique cette qualité formellement reconnue¹⁶. Si sa présence facilite le relais juridique qu'opère le droit d'initiative de la Commission avec les orientations données par le Conseil européen, elle ne dément pas le constat unanime fait dès son origine à nos jours : le recul de la Commission comme force de proposition¹⁷. De plus, au-delà de cette influence en amont, a gagné en force l'observation selon laquelle : « le Conseil européen joue désormais un rôle fondamental dans le processus de décision de l'Union européenne et celui-ci devrait encore être accentué à l'avenir »¹⁸.

Instruits de cet état de fait et craignant sans doute son aggravation à la faveur de l'insertion du Conseil européen dans le système institutionnel de l'Union, l'article 15, § 1, TUE fait immédiatement suivre l'affirmation de son rôle d'impulsion de l'interdiction suivante « Il n'exerce pas de fonction législative ». Cette exclusion de principe s'explique par la double volonté conventionnelle de ne pas affecter au plan général l'équilibre institutionnel, alors même qu'un tel risque est persistant¹⁹, et au plan particulier l'agencement juridique

¹³ V. J.-P. Jacqué, Le nouveau discours de la méthode, RTD Eur. 2011. 269. V. aussi du même auteur, Guerre des méthodes dans l'Union ? in *La Constitution, l'Europe et le droit, Mélanges J.-C. Masclet*, pp. 661-673.

¹⁴ La tendance dominante est au dépassement de la vision d'un Conseil européen, héraut de l'Europe des patries : W. Wessels, The European Council. Beyond the traditional view – Towards a fusion, in *Chemins d'Europe, Mélanges J.-P. Jacqué*, Dalloz, 2010, pp. 751-764. *Contra* pour une analyse des dangers que fait peser l'institutionnalisation du Conseil européen sur la Commission : P. Soldatos, L'impact de la constitutionnalisation du Conseil européen sur l'équilibre de gouvernance dans l'Union européenne : une décote programmée de la Commission, in *Mélanges J.-C. Masclet, op. cit.*, pp. 967-984.

¹⁵ *Rapport sur les institutions européennes*, Présenté au Conseil européen par le Comité des Trois (Octobre 1979), p. 9. Le rapport précise plus loin : « Le Conseil européen est d'abord apparu aux yeux de certains comme une menace pour la Commission. En lançant de nouvelles politiques, il semblait usurper le droit d'initiative de cette dernière. En recourant à des méthodes non prévues par le traité, il pouvait gêner la Commission dans son rôle de gardien de la légalité communautaire. En fait, la Commission paraît aujourd'hui satisfaite à la fois de l'existence du Conseil européen – étant donné ses réussites indéniables – et de sa propre participation à ses réunions. Elle trouve, dans ce nouveau contexte, une nouvelle manière de jouer son rôle traditionnel », *ibid.*, p. 11.

¹⁶ Article 15-2 TUE : « 2. Le Conseil européen est composé des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, ainsi que de son président et du président de la Commission. Le haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité participe à ses travaux ».

¹⁷ A 25 ans de distance C. Blumann observe que la « proposition de la commission n'intervient plus qu'en deuxième ligne », *op. cit.*, p. 12 et J.-P. Jacqué qu'elle « n'occupe plus qu'une place technique secondaire en ce qui concerne l'initiative », *op. cit.*, p. 272.

¹⁸ F. Picod, *op. cit.*, p. 1189.

¹⁹ V. N. Levrat et D. Lassalle, Un Triangle à Quatre Côtés : l'Équilibre Institutionnel et le Conseil Européen, *Journal of European Integration*, 2004. 431.

propre au triangle décisionnel formé de la Commission, du Conseil et du Parlement²⁰. Cette répartition des rôles repose sur l'idée forte que les Etats membres sont les maîtres des traités, tandis que les institutions politiques de l'Union disposent du monopole de la production législative : aux Etats de l'Union le droit primaire ; aux institutions de l'Union le droit dérivé. Représentant suprême des Etats membres *dans* l'Union et institution *de* l'Union, le Conseil européen est mis hors de la fonction législative, qui pour le pôle interétatique « reste l'apanage du Conseil. L'hypothèse classique selon laquelle le Conseil européen pourrait se substituer au Conseil législateur est donc définitivement abandonnée »²¹. On se trouve ainsi au cœur d'une ambiguïté conventionnelle : reconnaître au Conseil européen la qualité d'institution dotée de prérogatives sans atteindre celles des trois institutions politiques originelles (Commission, Conseil, Parlement). Pour rassurer ces dernières et afin d'éviter tout conflit de compétences, les stipulations conventionnelles prennent bien le soin de doubler son institutionnalisation et la confirmation de sa mission d'impulsion par « l'exclusion de la fonction législative »²².

S'il lui est interdit de participer à la fonction législative européenne, le Conseil européen n'y est pas totalement extérieur selon le traité. D'une part, il peut en réviser les atours procéduraux en vertu de la « clause passerelle générale » prévue à l'article 48, § 7, TUE²³, au terme de laquelle il dispose de l'initiative de la révision et conclut son issue finale par l'adoption d'une décision. Exclut de la fonction législative, le Conseil européen peut en réviser les modalités instrumentales. D'autre part, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit dans un nombre restreint de cas la possibilité pour le Conseil

²⁰ Tel qu'il ressort d'une lecture croisée de l'article 17, § 2, TUE : « Un acte législatif de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement » et de l'article 289 TFUE : « 1. La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission. Cette procédure est définie à l'article 294.

2. Dans les cas spécifiques prévus par les traités, l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision par le Parlement européen avec la participation du Conseil ou par celui-ci avec la participation du Parlement européen constitue une procédure législative spéciale.

3. Les actes juridiques adoptés par procédure législative constituent des actes législatifs.

4. Dans les cas spécifiques prévus par les traités, les actes législatifs peuvent être adoptés sur initiative d'un groupe d'Etats membres ou du Parlement européen, sur recommandation de la Banque centrale européenne ou sur demande de la Cour de justice ou de la Banque européenne d'investissement ».

²¹ J.-P. Jacqué, *Le traité de Lisbonne*, RTD Eur. 2008. 456.

²² J. Pertek, Conseil européen, *Répertoire de droit européen*, Dalloz, pt. 64 et s.

²³ Le Conseil européen peut décider du passage d'une procédure législative spéciale à une procédure législative ordinaire ou la substitution de la majorité qualifiée à l'unanimité lorsque le Conseil détient le pouvoir de décision.

européen d'être sollicité comme instance d'appel²⁴ au cours d'une procédure législative, qui peut être aussi bien ordinaire que spéciale, pour des matières sensibles au regard des compétences nationales²⁵. Le plus souvent cette intervention s'accompagne d'une suspension pour un délai de quatre mois du processus décisionnel au terme desquels le Conseil européen a la faculté soit de renvoyer la décision au Conseil après consensus, soit de demander à la Commission de présenter une nouvelle proposition ou de transformer le projet en coopération renforcée. La période étudiée ne permet pas de constater l'application de ce « principe dit du "frein-accélérateur" »²⁶. Au demeurant, cette intrusion dans le processus législatif est marginale et ne dément pas la volonté de maintenir formellement le Conseil européen hors du triangle législatif.

En dépit des préventions des auteurs des traités, le représentant suprême des Etats membres joue un rôle indéniable dans la confection du droit dérivé de l'Union, comme si la lettre de la "loi" devait céder devant la "loi" de l'être. Les développements suivants s'attachent à éclairer l'influence directe que les conclusions du Conseil européen, revêtues d'aucune autre autorité que la leur²⁷, peuvent exercer *in fine* sur la législation européenne et d'isoler au cas par cas celle-ci. Il est possible de relier les unes à l'autre lorsqu'elles atteignent un degré tel de précision que la législation qui en est issue est clairement identifiable²⁸, étant entendu qu'en principe les appréciations et intentions exprimées par le Conseil européen à longueur de conclusions témoignent par leur généralité de son office.

Il ne s'agit pas ici d'intégrer les conclusions du Conseil européen dans la catégorie de la *soft law*²⁹, et d'apporter la preuve qu'en elles-mêmes, elles peuvent avoir un effet sur le comportement de ses destinataires. L'objet de cette étude porte sur la collision entre la lettre du traité, prônant l'exclusion du Conseil européen de la fonction législative et son esprit eu égard à l'empreinte qu'il laisse dans le droit dérivé. A cet égard, ne relèvent pas en général du

²⁴ A ses débuts le Conseil européen est conçu à cette aune : « La quatrième tâche qu'il entreprend consiste à agir comme instance d'appel pour des dossiers qui lui sont renvoyés par les instances inférieures ». *Rapport sur les institutions européennes*, Présenté au Conseil européen par le Comité des Trois (Octobre 1979), p. 10.

²⁵ En matière de prestations de sécurité sociale (article 48 TFUE), de coopération judiciaire en matière pénale (articles 82-3 TFUE, 83-3 TFUE, 86-1 TFUE) et de coopération policière (article 87-3).

²⁶ J.-P. Jacqué, *Le traité de Lisbonne. Une vue cavalière*, RTD Eur. 2008. 461.

²⁷ Les conclusions du Conseil européen sont dépourvues de force contraignante et à ce titre n'ont pas la qualité d'actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation : CJCE 13 janv. 1995, ord. *Bonnamy c/ Conseil*, C-264/94 P, Rec. I-15, point 11.

²⁸ Chaque fois que cela est possible, les actes de droit dérivé sont mis en relation en notes de bas de page avec les conclusions du Conseil européen correspondantes.

²⁹ V. C. Blumann, *Conclusions du colloque international des jeunes chercheurs : la soft law en droit de l'Union européenne*, RUE. 2014. 225 .

champ de cette étude l'activité internationale du Conseil européen et en particulier la politique étrangère et de sécurité commune alors même qu'elle peut comporter une dimension normative³⁰. Echappent également à la recherche l'étude de son rôle en matière budgétaire³¹, les actes unilatéraux non législatifs au sens du droit de l'Union et les actes dont l'adoption bien que faite « sur la base des conclusions du Conseil européen » n'emportent pas d'effets juridiquement contraignants³². En revanche, bâtie sur l'étude systématique des conclusions émises par le Conseil européen depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, cette contribution s'attache à les relier à la production de droit dérivé afin de faire ressortir la mesure exacte de son influence normative.

Point sous l'attribution traditionnelle au Conseil européen d'un pouvoir général d'impulsion sa capacité à détenir une forme d'initiative de l'initiative législative³³, qui en elle-même contourne plus qu'elle ne la viole son exclusion de la fonction législative. Au fond il est naturel qu'une force d'impulsion trouve sa concrétisation dans le droit dérivé. En d'autres termes, le traité ne s'oppose pas à ce que le Conseil européen soit à l'origine de la législation européenne mais à ce qu'il soit l'auteur d'une proposition législative (I). En revanche, est plus difficile à fonder l'emprise qu'il entend exercer sur le contenu même de la législation européenne, laquelle entre frontalement en contradiction avec l'interdit posé à l'article 15, § 1, TUE *in fine* (II).

I - L'initiative de la législation européenne par le Conseil européen : l'exclusion de la fonction législative contournée

En droit de l'Union, l'initiative législative relève de la Commission conformément à l'article 17, § 2, TUE³⁴. Incarnant l'intérêt général de l'Union, elle a vocation à entretenir une dynamique législative dans la construction d'une Europe *par* le droit. Dans ces conditions, toute concurrence émanant des institutions, voire des citoyens³⁵, est soigneusement encadrée,

³⁰ Article 31, § 1, TUE.

³¹ Le Conseil européen est le lieu où se forge l'accord politique s'agissant du cadre budgétaire pluriannuel, le Conseil européen des 7 et 8 février 2013 a très largement été consacré à cette question pour la période de programmation financière 2014-2020.

³² Article 148, § 2, TFUE relatif à la fixation des lignes directrices pour l'emploi.

³³ V. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 3^{ème} éd., p. 196.

³⁴ « Un acte législatif de l'Union ne peut être adopté que sur proposition de la Commission, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement ».

³⁵ V. J. Dupont-Lassalle, *L'initiative citoyenne européenne un an après l'entrée en vigueur du règlement (UE) n° 211/2011 : un tableau en clair-obscur*, Europe. 2013. 10. p. 4 et s.

le droit d'initiative de la Commission demeurant le siège ultime de son prestige institutionnel³⁶. Or, parfois le Conseil européen est à l'origine directe de propositions législatives (A). Isolément, cette transformation témoigne de la difficulté d'établir une césure autre que juridiquement formelle entre pouvoir d'impulsion et droit d'initiative. A la faveur de cet espace d'indétermination, le Conseil européen fait une lecture extensive de son rôle et de sa mission lorsqu'il fixe la programmation législative de l'Union (B).

A) La transformation d'un pouvoir général d'impulsion en proposition de législation

Juridiquement privé de l'initiative législative, le Conseil européen exerce une influence suivant trois voies : celle diffuse de réflexions orientées dans une certaine direction ; celle générale visant à la constitution d'un groupe de travail mêlant divers acteurs institutionnels dont la Commission, qui pourra le cas échéant relayer les travaux réalisés sous la forme d'une proposition ; celle particulière d'une adresse faite à la Commission qu'elle porte sur un ensemble normatif ou au contraire sur un texte précis.

La première voie se rencontre sous la forme courante d'un souhait, le Conseil européen affirmant par exemple qu'il « convient de réfléchir à l'instauration d'une taxe sur les transactions financières à l'échelle mondiale et de développer cette idée »³⁷. La deuxième, plus incarnée passe par la création d'un groupe de travail sur la gouvernance économique présidé par le Président du Conseil européen³⁸ dont la mission est de proposer « un ensemble complet de mesures destinées à orienter le travail législatif »³⁹. Naturellement, si la lettre du traité est respectée, le Conseil européen ne cache pas sa volonté de peser sur la législation à venir. Faisant sien le rapport final de ce groupe de travail le Conseil européen « demande qu'une "approche rapide" soit suivie pour l'adoption des actes de droit dérivé »⁴⁰. De fait, la série de six textes formée de cinq règlements et d'une directive, répondant au nom de *Six*

³⁶ L'affaire opposant le Conseil à la Commission s'agissant de l'étendue du droit de retrait qu'elle tient de son pouvoir initiative en est l'éclatante illustration : CJUE 14 avr. 2015, *Conseil c/ Commission*, C-409/13 non encore publié au Recueil ; note D. Simon, Pouvoir de retrait par la Commission d'une proposition, Europe, 2015. n° 6, comm. 217.

³⁷ Conclusions du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011, pt. 15, p. 6. La décision 2013/52/UE du Conseil du 22 janvier 2013 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la taxe sur les transactions financières JOUE 2013 L 22, p. 11-12) concrétise cette intention.

³⁸ V. conclusions du Conseil européen des 25 et 26 mars 2010, pt.7, p. 6. En d'autre temps la présidence aurait incombé à la Commission, v. J.-P. Jacqué, RTD Eur. 2011, *op. cit.*, p. 269.

³⁹ Conclusions du Conseil européen du 16 septembre 2010, pt. 11, p. 7.

⁴⁰ Conclusions du Conseil européen des 28 et 29 octobre 2010, pt. 1, p. 1. Le rapport est daté du 21 octobre 2010.

Pack prolonge pour partie l'initiative prise par le Conseil européen telle qu'insérée dans le circuit législatif par la Commission⁴¹. Concernant la troisième, la plus ancienne et la répandue⁴², le Conseil européen use de son pouvoir d'impulsion pour demander à la Commission d'avancer des propositions législatives dans le prolongement de ses préoccupations du moment, que ce soit en matière de coordination de la gouvernance économique et budgétaire avec le *Two Pack* applicables aux Etats membres de la zone euro⁴³, de fiscalité⁴⁴, ou encore dans le domaine de l'énergie – avec un certain degré de précision⁴⁵, que l'on rencontre également s'agissant du futur cadre de l'union bancaire⁴⁶.

Parfois, le Conseil européen s'inscrit directement au cœur de la fonction législative de la Commission en s'attachant au plus près à un ensemble de propositions qu'il entend

⁴¹ Directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres ; règlement (UE) n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en oeuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro ; règlement n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro ; règlement n° 1175/2011 du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques ; règlement n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques ; règlement n° 1177 /2011 du 8 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en oeuvre de la procédure concernant les déficits excessifs. Textes parus au JOUE 2011 L 306 p. 1-47.

⁴² C. Blumann relève une illustration de cette pratique antérieure même à la transformation des sommets en Conseil européen en citant l'exemple du Sommet de Copenhague de 1973 : « Les chefs d'Etat ou de gouvernement (...) ont demandé à la commission d'en faire une étude approfondie et de soumettre des propositions au conseil », *op. cit.*, p. 11 note (23).

⁴³ Le *Two Pack* désigne deux règlements participant du Pacte de stabilité et de croissance et ayant pour origine directe les conclusions du Conseil européen des 25 et 26 mars 2010 : « La Commission présentera, d'ici le mois de juin 2010, des propositions à cet égard, en faisant usage des nouveaux instruments de coordination économique qu'offre l'article 136 du traité ». Conclusions, pt. 6, (e), p. 5. Il s'agit du règlement (UE) n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière et du règlement (UE) n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro, tous datés du 21 mai 2013 et parus au JOUE 2013 L 140, p. 1-23 .

⁴⁴ « Le Conseil et la Commission sont invités à concevoir sans tarder des moyens concrets de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, y compris en rapport avec les pays tiers, et à en rendre compte d'ici juin 2012 ». Conclusions du Conseil européen des 1^{er} et 2 mars 2012, pt. 9, p. 3.

⁴⁵ « La Commission est invitée à présenter de nouvelles initiatives sur les réseaux énergétiques intelligents, y compris des initiatives liées au développement de véhicules propres, sur le stockage de l'énergie et les biocarburants durables ainsi que des solutions pour réaliser des économies d'énergie dans les villes ». Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, pt. 10, p. 4.

⁴⁶ « La Commission présentera, dans le courant de 2013, une proposition relative à un mécanisme de résolution unique pour les États membres participant au MSU (...) Ce mécanisme de résolution unique devrait permettre de préserver la stabilité financière et d'assurer un cadre effectif pour la résolution des défaillances des établissements financiers, tout en protégeant les contribuables lors de crises bancaires. Il devrait s'appuyer sur les contributions du secteur financier lui-même et comporter des dispositifs de soutien appropriés et effectifs. Ce dispositif de soutien devrait être neutre à moyen terme sur le plan budgétaire, en garantissant que l'aide publique soit compensée par des prélèvements ex post sur le secteur financier ». Conclusions du Conseil européen des 13 et 14 décembre 2012, pt. 11, p. 4.

orienter⁴⁷ ou en lui demandant d'œuvrer dans le sens de la simplification du droit par de « nouvelles propositions de fond dans ce domaine »⁴⁸. Ce souci croissant d'une simplification du droit de l'Union européenne le pousse à engager « toutes les institutions et tous les États membres de l'UE à s'efforcer d'améliorer la réglementation et à abroger les dispositions législatives inutiles afin de renforcer la compétitivité de l'UE, tout en tenant dûment compte de la nécessité de maintenir des normes élevées de protection des consommateurs, des travailleurs, de la santé et de l'environnement »⁴⁹. Dans le même sens, le fait est suffisamment rare pour être souligné, le Conseil européen se félicite du retrait de certaines propositions législatives dans la mesure au nom de « la priorité particulière qu'il convient d'accorder à la relance de la compétitivité, de la croissance durable et de l'emploi »⁵⁰.

Lorsque cette impulsion législative relève d'un plan plus large, le Conseil européen participe à la programmation législative de l'Union.

B) La programmation législative de l'Union par le Conseil européen

En liant l'initiative d'une proposition de législation à l'horizon de sa conclusion, le Conseil européen fixe le calendrier législatif de l'Union en arguant d'une priorité. Le cas se présente lorsqu'il prévoit la « création d'un régime d'asile commun en 2012 »⁵¹, « invite les législateurs à poursuivre en priorité les travaux sur les propositions législatives relatives au mécanisme de surveillance unique (MSU), l'objectif étant de parvenir à un accord sur le cadre législatif d'ici le 1^{er} janvier 2013 »⁵², oriente les priorités du marché intérieur de l'énergie⁵³,

⁴⁷ Par exemple en matière d'économie numérique, le Conseil européen considère qu'il « ne faut ménager aucun effort pour accélérer les travaux en cours relatifs aux propositions législatives, notamment celles qui concernent l'identification électronique et les services de confiance ainsi que la facturation électronique et les services de paiement, afin qu'elles puissent être adoptées d'ici la fin de la législature. Par ailleurs, pour fournir des services et contenus numériques dans l'ensemble du marché unique, il faut mettre en place un régime du droit d'auteur adapté à l'ère numérique. C'est pourquoi la Commission achèvera au printemps 2014 la révision du cadre de l'UE relatif au droit d'auteur à laquelle elle procède actuellement. Il est important de moderniser le régime européen du droit d'auteur et de faciliter l'octroi de licences, tout en garantissant un niveau élevé de protection des droits de propriété intellectuelle et en tenant compte de la diversité culturelle ». Conclusions du Conseil européen des 24 et 25 octobre 2013, pt. 7, p. 4.

⁴⁸ *Idem*, pt. 30, p. 11.

⁴⁹ Conclusions du Conseil européen des 18 et 19 février 2016, annexe III, p. 30.

⁵⁰ Conclusions du Conseil européen des 18 et 19 octobre 2012, pt. 2 g), p. 4.

⁵¹ Conclusions du Conseil européen des 10 et 11 décembre 2009, pt. 31, p. 11. Plusieurs rappels de cette échéance, par exemple conclusions du Conseil européen des 23 et 24 juin 2011, pt. 30, p. 11. Finalement le règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (JOUE 2013 L 180, p. 31-59) participe entre autres du RAEC (régime d'asile européen commun).

⁵² Conclusions du Conseil européen des 18 et 19 octobre 2012, pt. 6, p. 7.

« encourage les législateurs à poursuivre en priorité les travaux sur les propositions visant à renforcer la sécurité énergétique de l'UE (...) [et] invite la Commission à présenter rapidement toutes les autres propositions pertinentes à cette fin, de manière à engager sans tarder le processus législatif »⁵⁴ ou encore considère que « la proposition relative au maintien des droits à pension complémentaire (...) doit être adoptée pendant la législature actuelle »⁵⁵. C'est à l'exposition d'un véritable programme de travail législatif auquel se livre le Conseil européen s'agissant par exemple de la constitution d'un espace européen de justice présenté au terme d'une dizaine de points, à l'issue desquels il : « invite les institutions de l'UE et les États membres à donner aux présentes orientations un suivi législatif et opérationnel approprié »⁵⁶.

Depuis 2014, cette approche prospective est plus ordonnée, presque systématisée, le Conseil européen procédant à une innovation dont la source n'est pas certaine⁵⁷ : la fixation de grands chantiers qu'ils soient normatifs ou non à l'issue des élections européennes. Il est possible de soutenir qu'il s'agit là d'un effet tangible de son institutionnalisation à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Cependant, l'article 4 CE tel qu'inséré par le traité de Maastricht lui assignait déjà comme mission de donner « à l'Union les impulsions nécessaires à son développement » et de définir « les orientations politiques générales ». Dans la mesure où l'exégèse n'est pas d'un grand secours pour apprécier les raisons du changement de comportement du Conseil européen, une autre explication, tenant davantage à la psychologie des acteurs peut être avancée. Au tournant des années 2008-2009, le Conseil européen a fortement mobilisé le législateur de l'Union pour qu'il fixe un nouveau cadre à la gouvernance économique et financière, si bien qu'enhardi par cette pratique débouchant sur d'évidents résultats normatifs il a probablement décidé d'en fixer l'horizon programmatique. Quels que soient les ressorts qui animent le Conseil européen, ce dernier commence par relever : « Les élections européennes qui se sont déroulées en mai 2014 ont ouvert un nouveau cycle législatif » et de poursuivre : « Le Conseil européen est convenu aujourd'hui

⁵³ Conclusions du Conseil européen du 22 mai 2013, pt. 3 et s.

⁵⁴ Conclusions du Conseil européen des 17 et 18 mars 2016, pt. 16, p. 5.

⁵⁵ Conclusions du Conseil européen des 27 et 28 juin 2013, pt. 2 d), p. 3.

⁵⁶ Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014, pt. 13, p. 6/

⁵⁷ Seule la fixation des grandes orientations économiques est prévue par l'article 121 TFUE sans qu'elle prenne un tour normatif.

de cinq grandes priorités qui guideront les travaux de l'Union européenne au cours des cinq prochaines années »⁵⁸.

En s'inscrivant dans la temporalité de la législature, le Conseil européen entend lui-même en fixer les linéaments. Non content de peser sur l'initiative de l'initiative législative, il entend également peser sur l'intégralité du processus législatif européen.

II - L'emprise du Conseil européen sur la législation européenne : l'exclusion de la fonction législative percutée

Le Conseil européen a pu par le passé « débattre de questions qui sont ou seront examinées par le législateur »⁵⁹. Si la pratique n'est donc pas nouvelle, son exclusion de la fonction législative par l'article 15, § 1 TUE *in fine* la rend juridiquement condamnable tandis que les procédures législatives rendent impossibles son insertion dans la fabrique du droit dérivé. Pour autant ces dispositions ne sont pas de nature à dissuader le Conseil européen d'agir sur la législation en gestation, que ce soit sur son contenu ou sur le rythme de son adoption. De sorte que le Conseil européen revêt les atours d'un compositeur doublé d'un chef d'orchestre : métronome du temps législatif (A), il se risque à en écrire la partition, auteur de la législation européenne (B).

A) Le Conseil européen métronome du temps législatif

L'institutionnalisation du Conseil européen est contemporaine de la survenance de situations, toutes appelant des mesures rapides, qu'elles soient propres à l'Union ou globales. Dans ces conditions, « acteur central des crises européennes »⁶⁰, le Conseil européen s'est employé à y faire face dans un contexte d'urgence. C'est ainsi qu'en décembre 2009, il exprime le souhait d'une « adoption rapide (...) dans le courant de 2010 »⁶¹ d'un nouveau cadre en matière de surveillance financière. Le règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du

⁵⁸ Conclusions du Conseil européen des 26 et 27 juin 2014, annexe I, p. 14. Il s'agit : « des économies plus robustes créant davantage d'emplois ; des sociétés à même de donner à tous les citoyens les moyens de réaliser leurs aspirations et d'assurer leur protection; un avenir énergétique et climatique sûr ; un espace de libertés fondamentales qui inspire la confiance ; et une action conjointe efficace dans le monde ».

⁵⁹ J.-P. Jacqué, *Le Conseil européen*, *J. Cl. Europe*, fasc. 221, pt. 15.

⁶⁰ F. Chaltiel, *Le Conseil européen, acteur central des crises européennes*, RUE. 2016. 193.

⁶¹ Conclusions du Conseil européen des 10 et 11 décembre 2009, pt. 13, p. 5.

système financier instituant un Comité européen du risque systémique donne corps à cette volonté⁶². Au même moment, le Conseil européen fait valoir « la nécessité d'accélérer les travaux concernant le projet de directive sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, qui devrait aussi aborder la question de politiques de rémunération appropriée »⁶³, laquelle, adoptée le 8 juin 2011, consacre bien son article 13 aux rémunérations⁶⁴.

S'inscrivant dans le profond sillage de la crise financière de 2008, l'action du Conseil européen a justifié son institutionnalisation en même temps qu'elle a couronné son fondement dans la gouvernance économique de l'Union. Aussi, est-ce dans ce domaine que le Conseil européen se fait le plus pressant et précis, tantôt en imposant un rythme soutenu de réformes législatives⁶⁵, tantôt en demandant « instamment aux colégislateurs de parvenir avant juin 2013 à un accord sur les propositions de directives relatives au redressement des banques et à la résolution de leurs défaillances, ainsi qu'aux systèmes de garantie des dépôts »⁶⁶. A ce sujet, usant d'un droit de suite dans l'instauration d'une union bancaire qu'il appelle de ses vœux, le « Conseil européen félicite les négociateurs du Parlement européen et du Conseil concernant l'accord intervenu sur le règlement instituant le Mécanisme de résolution unique »⁶⁷.

Hors de ce contexte de crise économique et financière, le Conseil européen est familier de cette inclinaison pour une adoption législative rapide, qu'il s'agisse d'une « proposition de

⁶² JOUE 2010 L 331, p. 1-11.

⁶³ Conclusions du Conseil européen des 10 et 11 décembre 2009, pt. 16, p. 6. Intention rappelée par le Conseil européen du 17 juin 2010.

⁶⁴ Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, JOUE 2011 L 174, p. 1-73.

⁶⁵ « La priorité immédiate est de compléter et de mettre en œuvre le cadre pour le renforcement de la gouvernance économique, qui comprend le paquet relatif à la gouvernance économique ("six-pack"), le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) et le paquet relatif à la surveillance budgétaire ("two-pack"). Après les progrès décisifs qui ont été accomplis sur les principaux éléments du "two-pack", le Conseil européen invite les colégislateurs à l'adopter rapidement ». Conclusions du Conseil européen des 13 et 14 décembre 2012, pt. 5, p. 2.

⁶⁶ Conclusions du Conseil européen des 13 et 14 décembre 2012, pt. 8, p. 3. Intention concrétisée par la directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 093/2010 et (UE) n° 648/2012, JOUE 2014 L 173, p. 190-348 ; directive 2014/49/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux systèmes de garantie des dépôts, JOUE 2014 L 173, p. 149-178.

⁶⁷ Conclusions du Conseil européen des 20 et 21 mars 2014 pt. 3, p. 3. Règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE 2014 L 225, p. 1-90.

règlement concernant l'intégrité et la transparence du marché de l'énergie »⁶⁸, du « premier train de mesures prioritaires afin d'imprimer un nouvel élan au marché unique »⁶⁹, des « propositions relatives aux exigences de fonds propres des banques et aux marchés d'instruments financiers » qu'il « convient d'approuver, d'ici juin et décembre 2012 respectivement »⁷⁰, de « la proposition relative aux réseaux transeuropéens d'énergie »⁷¹, qu'il a attendue⁷², du « règlement relatif au marché unique des télécommunications, y compris les dispositions sur l'itinérance, et la directive sur la sécurité des réseaux et de l'information »⁷³, ou bien encore du Fonds européen pour les investissements stratégiques pour lequel en « janvier 2015, la Commission présentera une proposition que les législateurs de l'Union sont invités à adopter d'ici le mois de juin, afin que les nouveaux investissements puissent être activés dès la mi-2015 »⁷⁴. Il se fait plus insistant à l'endroit du Conseil, politiquement dépendant à défaut d'être juridiquement subordonné⁷⁵, quand ce dernier « est invité à examiner sans tarder la proposition que doit présenter prochainement la Commission concernant un nouveau plan d'action pour l'efficacité énergétique »⁷⁶.

Le temps du législateur n'étant pas celui des Conseils européens dont la périodicité, la publicité et une certaine médiatisation se conjuguent mal avec les méandres de la procédure

⁶⁸ Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, pt. 3, p. 1. Règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, JOUE 2011 L 326, p. 1-16.

⁶⁹ Conclusions du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011, pt. 7, p. 4. Relayé quelques mois plus tard : « Il faudrait tout mettre en œuvre pour parvenir à un accord, d'ici la fin de 2012, sur les douze propositions prioritaires énoncées dans l'acte pour le marché unique, en donnant la priorité absolue à celles qui sont susceptibles de favoriser au mieux la croissance et l'emploi ». Conclusions du Conseil européen du 23 octobre 2011, pt. 1 a), p. 1.

⁷⁰ Conclusions du Conseil européen des 1^{er} et 2 mars 2012, pt. 22, p. 8. Le premier s'incarne dans le règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012, JOUE 2013 L 176, p. 1-337. La seconde désigne la directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE, JOUE 2014 L 173, p. 349-496.

⁷¹ Conclusions du Conseil européen des 18 et 19 octobre 2012, pt. 2 c), p. 3. Le règlement (UE) n° 806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n° 1093/2010 (JOUE 2014 L 225, p. 1-90) en est issu, le Conseil européen est souvent mentionné dans ses considérants.

⁷² V. Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, pt. 5, p. 2.

⁷³ Conclusions du Conseil européen des 25 et 26 juin 2015, pt. 12 a), p. 7.

⁷⁴ Conclusions du Conseil européen 18 décembre 2014, pt. 1 a), p. 1. De fait le règlement a été adopté dans les délais : règlement (UE) 2015/1017 du Parlement européen et du Conseil du 25 juin 2015 sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques, la plateforme européenne de conseil en investissement et le portail européen de projets d'investissement, JOUE 2015 L 169, p. 1-38.

⁷⁵ Quel que soit l'écheveau des relations juridiques entre ces deux institutions représentant la communauté des Etats membres, la « création du Conseil européen (...) engendre la superposition d'un organe hiérarchiquement plus élevé que lui » selon B. Taulègne. *Op. cit.*, p. 145.

⁷⁶ Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, pt. 8, p. 3.

législative ordinaire, ce qui a parfois pour effet de transformer l'option d'une adoption rapide en adoption d'urgence. Ce passage fréquent d'une contrainte temporelle à une autre durant les années 2010-2013 en matière de gouvernance économique et budgétaire s'est déplacé depuis au regard de situations anciennes s'aggravant ou de nouvelles qu'il s'agisse : du faible taux de croissance de l'Union motivant l'approfondissement du marché unique⁷⁷ ; du conflit syrien et de « l'afflux de combattants étrangers » dont il est la cause⁷⁸ ; de la sécurité des approvisionnements en énergie après la crise ukrainienne⁷⁹ ; de l'efficacité de la lutte contre le terrorisme⁸⁰. De toute évidence, le Conseil européen ne milite pas en faveur de l'élaboration d'un droit dérivé pour la seule satisfaction de son existence même ; plus que la législation européenne compte son contenu sur lequel le Conseil européen entend agir.

B) Le Conseil européen rédacteur de la législation de l'Union

Le degré de détail exprimé quant au contenu de la législation européenne par le Conseil européen est variable⁸¹. Ne sont mentionnés ici que les exemples témoignant d'une certaine précision, que le Conseil européen fasse part de sa préférence pour « améliorer la mobilité et les perspectives de carrière des chercheurs, la mobilité des étudiants diplômés, ainsi que l'attractivité de l'Europe auprès des chercheurs étrangers (...) les informations sur la R&D bénéficiant d'un financement public devraient être mieux diffusées, tout en respectant les droits de propriété intellectuelle, notamment par l'établissement d'un inventaire des projets de R&D financés par l'UE, parallèlement à l'établissement d'inventaires similaires

⁷⁷ « Il invite les colégislateurs à clôturer d'urgence les dossiers liés à l'Acte pour le marché unique I qui restent en suspens. En particulier, les travaux devraient être accélérés sur les qualifications professionnelles, les marchés publics, le détachement de travailleurs, ainsi que la signature et l'identification électroniques ». Conclusions du Conseil européen des 13 et 14 décembre 2012, pt. 17, p. 7.

⁷⁸ « Dans ce contexte, le Conseil européen appelle le Conseil et le Parlement européen à mener à bien pour la fin de l'année au plus tard les travaux sur la proposition de l'UE relative au dossier passager ». Conclusions du Conseil européen du 30 août 2014, pt. 18, p. 6. Volonté réalisée par la directive 2016/681/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, JOUE 2016 L 119, p. 132-149.

⁷⁹ V. par exemple les conclusions du Conseil européen des 20 et 21 mars 2014 : « L'achèvement du marché intérieur de l'énergie d'ici 2014 et le développement des interconnexions de manière à mettre fin d'ici 2015 à toute situation d'isolement d'un État membre par rapport aux réseaux européens de gaz et d'électricité restent des objectifs prioritaires », pt. 19, p. 9.

⁸⁰ « Le Conseil examinera sans tarder les propositions de la Commission relatives à la lutte contre le terrorisme et aux armes à feu, en particulier en ce qui concerne les armes semi-automatiques de gros calibre ». Conclusions du Conseil européen des 17 et 18 décembre 2015, pt. 9, p. 4. Il s'agit de la proposition de directive du 18 novembre 2015 modifiant la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes, COM/2015/0750 final.

⁸¹ Il peut être extrêmement précis hors du champ législatif, les discussions relatives à l'Instrument de convergence et de compétitivité en témoignent, v. conclusions du Conseil européen des 19 et 20 décembre 2013, pt. 36, p. 19.

pour les programmes de R&D financés au niveau national »⁸², ou de l'importance qu'il y a « de progresser dans la reconnaissance des qualifications professionnelles, la réduction du nombre des professions réglementées et la suppression des barrières réglementaires injustifiées »⁸³.

La marque du Conseil européen se fait plus sensible quand il se pose, hors du cadre prévu par les traités, en arbitre législatif : « Les chefs d'État ou de gouvernement des États membres participants sont convenus d'une solution pour résoudre la dernière question en suspens dans le dossier du brevet, à savoir celle du siège de la division centrale du tribunal de première instance de la juridiction unifiée en matière de brevets (JUB). Ce siège, de même que le bureau du président du tribunal de première instance, seront établis à Paris. Le premier président du tribunal de première instance devrait être originaire de l'État membre accueillant la division centrale sur son territoire »⁸⁴. Et s'il ne fait en la matière que « suggérer » la suppression de dispositions législatives, il ne s'immisce pas moins au cœur de la discussion législative entre le Conseil et le Parlement européen⁸⁵. En vertu de cette fonction d'arbitrage qui découle de sa composition mais non d'une quelconque mission générale dévolue par les traités⁸⁶, il « invite le Conseil à parvenir au début de 2014 à un accord politique unanime sur la directive relative à la coopération administrative »⁸⁷ et double cette recommandation d'une précision quant au contenu même de la directive : « Le Conseil européen invite le Conseil à faire en sorte que, avec l'adoption de la directive relative à la coopération administrative d'ici la fin de 2014, la législation de l'UE soit pleinement alignée sur la nouvelle norme mondiale »⁸⁸.

L'ensemble de ces recommandations témoigne d'une conception purement procédurale de l'interdiction faite au Conseil européen quant à l'*exercice* d'une fonction

⁸² Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011, pt. 19, p. 7.

⁸³ Conclusions du Conseil européen des 1^{er} et 2 mars 2012, pt. 11, p. 4.

⁸⁴ Conclusions du Conseil européen des 28 et 29 juin 2012, pt. 3, p. 2.

⁸⁵ « Nous suggérons que les articles 6 à 8 du règlement mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection par brevet unitaire devant être adopté par le Conseil et le Parlement européen soient supprimés ». *Idem*, pt. 3 *in fine*. De fait, les dispositions en cause ont soit été supprimées, soit profondément remaniées : règlement (UE) n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, JOUE 2012 L 361, p. 1-8.

⁸⁶ Elle est au contraire spécifiquement prévue, v. *supra* note 24.

⁸⁷ Conclusions du Conseil européen des 19 et 20 décembre 2013, pt. 27, p. 15. La base juridique pertinente (article 115 TFUE) impose le recours à l'unanimité : directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, JOUE 2014 L 359, p. 1-29.

⁸⁸ Conclusions du Conseil européen des 20 et 21 mars 2014, pt. 4, p. 3.

législative au point que la pertinence de la proscription est douteuse. Car, s'il s'agit d'indiquer que le Conseil européen doit rester extérieur à la production législative, le respect des mécanismes procéduraux prévus par le traité suffit à l'exclure de cet exercice. S'il s'agit au contraire de garantir aux institutions du triangle législatif qu'elles agiront dans une sphère hors d'atteinte du Conseil européen, de toute évidence l'objectif n'est pas atteint. A nouveau, le pouvoir d'impulsion reconnu au Conseil européen sert d'habillage juridique lui permettant d'échapper au corset prescriptif de l'article 15-1 TUE, le premier reçoit une acception dont l'étendue est inversement proportionnelle au second.

Si la question de sa justiciabilité doit naturellement se poser, sa réponse est assurée, la lettre de l'article 15, § 1, TUE est respectée et en tout état de cause, aussi forte que soit l'influence du Conseil européen sur la législation, elle ne constitue en rien une violation des formes substantielles dès lors qu'elle procède du triangle institutionnel associant la Commission au Parlement européen et au Conseil.

L'hypothèse/hypothèque du « Brexit » renouvelle à sa manière les réflexions entre le respect de la lettre de la règle et les libertés prises avec son esprit en donnant aux membres du Conseil européen en leur qualité de représentants des Etats membres, l'occasion d'agir à la jonction du conventionnel et du législatif au point d'apparaître d'une certaine manière comme un législateur organique. La décision « concernant un nouvel arrangement pour le Royaume-Uni dans l'Union européenne » figurant en annexe de ses conclusions des 18-19 février 2016⁸⁹ - augmentée du projet de décision du Conseil sur les dispositions particulières relatives à la bonne gestion de l'union bancaire et des conséquences d'une intégration plus poussée de la zone euro⁹⁰ -, ainsi que le relèvent D. Simon et A. Rigaux, « n'est pas imputable au Conseil européen (...) mais "aux chefs d'Etat ou de gouvernement réunis au sein du Conseil européen" »⁹¹. De sorte que ce n'est pas l'institution de l'Union qui agit au double risque d'une violation de l'article 15, § 1, TUE et d'un recours en annulation formé à l'encontre de cet « arrangement » mais la communauté inter-étatique⁹². Bien que sa démarche soit anéantie

⁸⁹ Annexe I, p. 8.

⁹⁰ Idem, Annexe II, p. 25 et s. Ces dispositions font place à l'opposition d'un membre du Conseil à l'égard d'un acte législatif susceptible d'être adopté dans le cadre de l'union bancaire en complément de la décision 2009/857/CE du Conseil du 13 décembre 2007 relative au calcul de la majorité qualifiée.

⁹¹ Le « paquet britannique » : petits arrangements entre amis, ou du compromis à la compromission, Europe, 2016, n° 4, pp. 8-9.

⁹² Avec pour résultat l'incohérence suivante : ce sont également les Chefs d'Etat ou de gouvernement, réunis au sein du Conseil européen, qui font une déclaration au sujet de l'adaptation de la décision 2009/857/CE alors

après que les électeurs britanniques ont affirmé leur volonté d'un retrait du Royaume-Uni à l'issue du référendum du 23 juin 2016, elle n'en constitue pas moins, à nouveau, la saisissante illustration de son intrusion dans la confection du droit dérivé de l'Union.

Au final, l'influence qu'exerce le verbe du Conseil européen sur l'action normative de l'Union est réelle et son exposition traduit les préoccupations dominantes des chefs d'Etat ou de gouvernement. Elles s'expriment le plus souvent en fonction des événements, des contingences et des enjeux politiques contemporains et donnent à voir les priorités du temps. Sur la période considérée, le Conseil européen s'est affranchi de l'esprit de l'exclusion législative à la suite de la crise financière de 2008 et aux difficultés économiques qui s'en sont suivies, de la crise ukrainienne nourrissant le spectre d'une crise énergétique, de la crise syrienne provoquant un afflux sans précédent de migrants, des attaques terroristes frappant le territoire européen, pour chaque fois susciter et orienter une réponse par le droit dérivé. Ainsi, le Conseil européen est le gouvernement de l'Union, qui comme tel ne détient pas en propre le pouvoir législatif, mais qui sans l'exercer est loin d'y être étranger.

même que le protocole annexé au traité de Lisbonne relatif à celle-ci habilite le Conseil européen à délibérer préalablement du projet de décision du Conseil.