

# L'arrêt *Costa* appréhendé par la doctrine communautaire contemporaine : une primauté voilée

Didier Blanc

Professeur de droit public

Université de La Réunion (CRJ EA 14)

« Parmi les institutions européennes, c'est sans doute la Cour européenne qui occupe la position, la plus forte (...) la Cour a acquis, du fait de sa revendication, une autorité "sacerdotale". Cela lui est utile pour accomplir sa tâche principale : veiller au respect du droit par la parole et la toge – mais sans l'épée »<sup>1</sup>.

L'étude de la réception de l'arrêt *Costa*<sup>2</sup> par la doctrine plus de cinquante ans après ne présenterait qu'un intérêt relatif s'il ne s'agissait que de souligner la pertinence ou au contraire<sup>3</sup> le manque de discernement de la doctrine contemporaine s'agissant de l'analyse de l'un des arrêts les plus importants de la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg<sup>4</sup>. Doctrine au demeurant clairvoyante dans son ensemble, alors même qu'elle est naissante en France s'agissant du droit communautaire<sup>5</sup>, après que la réforme des enseignements de 1962

---

<sup>1</sup> L. VAN MIDDELAAR, *Le passage à l'Europe. Histoire d'un commencement*, Paris, Gallimard, Bibliothèque des idées, 2012, p. 60.

<sup>2</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6-64, Rec., p. 1149.

<sup>3</sup> Cette approche se rencontre dans l'article de B. DE WITTE, Retour à "Costa". La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international, *RTDE*, 1984, n°3, pp. 425-454.

<sup>4</sup> V., Y. PETIT, L'arrêt *Costa c/ Enel*, grand arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, *RUE*, 2015, n°592, p. 554 et s.

<sup>5</sup> Sans prétendre « rendre compte de l'ensemble du processus de construction d'une doctrine communautaire », Julie BAILLEUX éclaire le contexte politico-institutionnel de sa naissance en s'attachant en particulier à analyser le rôle central de la Haute-Autorité dans l'apparition d'une doctrine défendant la spécificité et l'autonomie du droit communautaire en dépit de la contradiction portée par la doctrine internationaliste. Comment l'Europe vint au droit. Le premier congrès international d'études de la CECA (Milan-Stresa 1957), *RFSP*, 2010, vol. 60, n°2, p. 1 et s. Sur les principaux aspects de cette doctrine on se reportera à l'ouvrage dirigé par F. PICOD, *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

introduise un cours d'Organisations européennes<sup>6</sup>. A partir de cette réforme les premiers manuels d'Organisations européennes voient le jour<sup>7</sup> tandis que la première revue francophone consacrée aux Communautés, la *Revue du marché commun*, créée en 1958, est suivie au milieu des années soixante de plusieurs autres – dont l'apparition est parfois directement rattachée à *Costa*<sup>8</sup> - pour former ensemble les instruments de diffusion de « la pensée juridique savante »<sup>9</sup>.

Aussi le champ d'investigation est-il par nature limité, d'autant plus que les sources principalement utilisées ont directement trait à l'arrêt et accessoirement à celles relatives aux rapports de système entre droit communautaire et droit interne. Dans le temps, elles sont publiées essentiellement en 1964 et 1965 ; dans l'espace, il est frappant de relever que *Costa* fait l'objet à titre exclusif de seulement deux études en France, l'une au sein d'une chronique de jurisprudence, l'autre d'un article de doctrine<sup>10</sup>. Ce faible intérêt pour un affaire entre deux parties italiennes et concernant au premier chef la Cour constitutionnelle de ce pays, pourrait servir d'illustration au constat selon lequel une doctrine véritablement communautaire n'est pas constituée au milieu des années soixante, au point que parler de doctrine communautaire à cette époque là est un abus de langage ; on se trouve davantage en présence de doctrines nationales de droit communautaire que d'une doctrine européenne du droit communautaire. Au demeurant, il n'est pas absolument certain que les développements de la construction européenne et l'internationalisation des formations aient radicalement changé ce fait<sup>11</sup>. Quoiqu'il en soit, le faible écho dans la doctrine en France de l'arrêt *Costa*, présenté depuis comme

---

<sup>6</sup> Cours dispensé lors de la première partie du certificat de droit public et de science politique délivré en 4<sup>ème</sup> année de licence. Décret n°62-768 du 10 juillet 1962 fixant le régime des études et des examens de la licence en droit et de la première année de la licence es sciences économiques, JO, 11 juillet 1962, p. 6781. Précédemment la réforme des enseignements de 1954 avait introduit un cours obligatoire d'Institutions internationales. Cf. C. MOREAU DE BELLAING, Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit. Controverses autour de la réforme de la licence de droit de mars 1954, *Droit et société*, 2013, n°1, p. 83 et s.

<sup>7</sup> Il s'agit des manuels de Roger Pinto (Payot, 1963), de Louis CARTOU (Dalloz, 1965) et de Paul REUTER (PUF, 1965), tous intitulés : *Organisations européennes*. Il est à noter que Nicola CATALANO publiait en 1962 un *Manuel de droit des Communautés européennes*, Dalloz-Sirey.

<sup>8</sup> L'avertissement des fondateurs de la RTDE, C.-A. COLLIARD et R. HOUIN, ouvrant son premier numéro contient la mention centrale de *Costa* comme reconnaissant « un nouvel ordre juridique », pour soutenir la nécessité scientifique de la création d'une revue d'études juridiques européennes (*RTDE*, 1965, n°1).

<sup>9</sup> V. H. BOUTHINON-DUMAS et A. MASSON, Quelles sont les revues juridiques qui comptent à la Cour de justice de l'Union européenne ? *RTDE*, 2013, n°4, p. 781. La *Revue trimestrielle de droit européen* est lancée en 1965, tout comme les *Cahiers de droit européen* tandis que dès 1961 apparaissait la *Rivista di diritto europeo*, suivie en 1963 de la *Common market law review* et d'*Europarecht* en 1966.

<sup>10</sup> Respectivement : R. KOVAR, Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *JDI*, 1965, n°3, pp. 697-717 ; J. VIROLE, Questions posées par l'interprétation du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté Economique Européenne à propos de la nationalisation de l'électricité en Italie, *RTDE*, 1965, n°3, pp. 369-398.

<sup>11</sup> En ce sens, V. C. PROLEGOMENES : « entité doctrinale européenne » ou auteurs à titre individuel, in *Doctrines et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 9 et s.

l'un de ceux ayant profondément transformé le droit des Communautés et ses relations avec le droit des Etats membres<sup>12</sup>, ne manque pas d'étonner. Aussi s'agit-il ici de comprendre les raisons de l'intérêt mesuré dont il fait initialement l'objet, au point qu'il faille vingt ans après opérer un retour à *Costa*<sup>13</sup>. L'observation ne vaut pas seulement pour la doctrine de langue française, en témoigne le court appareil doctrinal mentionné par la Cour de justice dans la notice en relation avec l'affaire<sup>14</sup>. Pourtant, la question des rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux est à la fois l'une des plus épineuses et, sans doute pour cette raison, l'une des plus traitées en doctrine depuis les débuts de la construction européenne jusqu'à nos jours<sup>15</sup>.

Plutôt que de conclure à d'éventuelles erreurs de jugement de la doctrine, voire à sa cécité, il convient de rechercher dans l'arrêt et dans le contexte jurisprudentiel et doctrinal l'entourant les raisons de la discrétion entourant *Costa*. Pour l'essentiel comme on le verra, il est davantage présenté comme une étape supplémentaire vers la reconnaissance de la primauté du droit communautaire que comme servant d'assise jurisprudentielle au principe. Sans être totalement à l'image d'un artiste maudit, inconnu et rejeté de son temps, *Costa* est à l'évidence méconnu en raison de son association incomplète avec le principe de primauté (I). C'est un arrêt stellaire, sa lumière a mis du temps à nous parvenir, mais depuis sa luminosité loin de faiblir s'est progressivement accrue, sans atteindre toutefois l'éclat de *van Gend en Loos*<sup>16</sup>. L'association de *Costa* (le mot pour dire la primauté posée par la jurisprudence) avec la primauté (la chose réglant les rapports entre ordre juridique) ne s'impose pas d'emblée. A son origine elle est largement masquée par *van Gend en Loos* que *Costa* ne ferait que continuer. Il n'a pas immédiatement la postérité qu'il mérite précisément parce que tous les regards étaient alors tournés vers l'applicabilité directe principalement entendue pour désigner des normes possédant un caractère *self-executing*. Les rapports étroits entretenus entre ces

---

<sup>12</sup> V. R. LECOURT, Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964, in *L'Europe et le droit, Mélanges Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 349 et s.

<sup>13</sup> B. DE WITTE, *RTDE*, 1984, *op. cit.*

<sup>14</sup> Dix-sept articles contemporains dont près de la moitié émanant de la doctrine italienne sont mentionnés par la Cour de justice. A titre de comparaison près de trente émanant d'un nombre élargi de revues sont consacrés à l'affaire *van Gend en Loos* suivant un même cadre temporel (CJCE, 5 février 1963, *NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26-62, Rec., p. 7) et dix-huit à l'arrêt *Walt Wilhelm* intéressant également la primauté (CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*, aff.14/68, Rec., p. 1).

<sup>15</sup> Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à l'abondante production doctrinale découlant de l'arrêt *Abdeli et Melki* du 22 juin 2010, aff. C-188/10 et 189/10, Rec., p. I-5667.

<sup>16</sup> Sa commémoration a fait l'objet d'importantes manifestations en comparaison du cinquantenaire de *Costa*. La Cour de justice a par exemple consacré le 13 mai 2013 une journée de réflexion au cinquantième anniversaire de l'arrêt *van Gend en Loos* ; elle n'a rien organisé d'équivalent pour *Costa*.

deux principes existentiels<sup>17</sup> du droit communautaire sont à l'origine de cette occultation. D'autant plus que leur très forte proximité est longtemps entretenue par la Cour de justice<sup>18</sup>. Ce n'est qu'ensuite que le mot (*Costa*) et la chose (la primauté) sont indissolublement liés au point d'entraîner leur fusion ; *Costa* accède à la célébrité, mais à titre posthume (II).

I – *Costa*, un arrêt méconnu en son temps, une association incomplète avec le principe de primauté

Il est permis de paraphraser Simone de Beauvoir pour affirmer qu'une organisation internationale ne naît pas Communauté, elle le devient ; de toute évidence les arrêts *van Gend en Loos* et *Costa* participent de cet existentialisme communautaire. Dans ces conditions, le prononcé de *Costa* aurait dû entraîner en lui-même une importante production doctrinale. Il n'en est rien. Pour s'en convaincre, il suffit de confronter les analyses suivant l'arrêt et l'usage postérieur qui en fait. Initialement, *Costa* est présenté comme prolongeant la jurisprudence relative au renvoi préjudiciel et à l'applicabilité directe, non comme l'*alter ego* de *van Gend en Loos* s'agissant de la primauté, mais plutôt comme sa réplique. Si bien que ni le mot ni la chose ne sont liés (A). Pris dans le sillon tracé par *van Gend en Loos*, *Costa* est masqué alors même que la primauté n'est pas ignorée, la chose est là, mais sans le mot pour le dire (B).

A) *Costa*, réplique de *van Gend en Loos* : ni le mot, ni la chose

Le commentaire fait aux *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes* au sujet de *Costa* s'ouvre par une phrase d'une grande retenue : « Cet arrêt, l'un des plus célèbres de la jurisprudence de la Cour doit sa réputation à l'affirmation qu'il contient de la supériorité ou de la "primauté" du droit communautaire sur le droit national »<sup>19</sup>. Outre la prudence entourant la mention de la primauté, entourée de guillemets, cette réputation paraît presque usurpée quand on la compare à l'honneur accordé dans le même ouvrage à *van Gend en Loos* : « déjà rapporté et commenté à d'autres titres (...) cet arrêt,

---

<sup>17</sup> Suivant l'expression de P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes : étude des sources du droit communautaire*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1973, 2<sup>ème</sup> éd., p. 257.

<sup>18</sup> L'arrêt *Simmenthal* rendu en 1978 en offre la parfaite illustration, en ce sens : J.-V LOUIS *et alii*, *Commentaire Mégret, La Cour de justice. Les actes des institutions*, vol. 10, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, 2<sup>ème</sup> éd., pp. 546-547.

<sup>19</sup> J. BOULOUIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, 1974, 1<sup>ème</sup> éd., p. 146.

justement célèbre, statue ici sur l'une des questions fondamentales du droit communautaire »<sup>20</sup>. Le premier a une « réputation » quand le second est « justement célèbre »<sup>21</sup>. En réalité, point ici un repentir quant à l'analyse de *Costa*. Dans sa chronique de « Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes » parue à l'*Annuaire français de droit international* en 1964, Jean Boulouis traite de l'affaire 6/64 sans jamais établir de relation avec le principe de primauté.

Constat extravagant aux yeux de l'observateur bénéficiant du confort du recul historique, l'arrêt n'est pas même cité comme opposant *Costa* à E.N.E.L, mais plus fidèlement sur un plan procédural par la question posée par le *giudice conciliatore* de Milan au sujet du conflit opposant *Costa* à l'E.N.E.L. Formellement *Costa* n'existe pas ! Ce silence est parlant puisque techniquement le renvoi préjudiciel met seulement en relation le juge national et la Cour de justice de sorte que devrait apparaître dans le mode de citation de l'arrêt uniquement le nom de la juridiction de renvoi. Désigner l'arrêt rendu par la Cour de justice, comme elle le fait elle-même, en se référant au nom des parties établit un lien entre ces dernières et le juge communautaire témoignant implicitement d'une intégration juridique<sup>22</sup>. Celle-ci est au centre du raisonnement du juge alors qu'auparavant, la Cour de justice soulignait la séparation des ordres juridiques<sup>23</sup>. Sur le fond, l'arrêt est présenté comme éclairant l'appréciation par le Cour de justice de son rôle en matière de renvoi préjudiciel<sup>24</sup> et comme ayant « également conduit la Cour à interpréter les articles 53, 93 et 102 du Traité »<sup>25</sup>, pour reconnaître au premier une applicabilité directe.

Sans atténuer la portée des solutions apportées par *Costa* en la matière, l'essentiel n'est pas là et à la vérité les conclusions présentées pour cette affaire n'aident guère à le découvrir. L'avocat général Lagrange, que l'on a connu plus audacieux<sup>26</sup>, témoigne d'une

---

<sup>20</sup> *Idem*, p. 134.

<sup>21</sup> De plus *van Gend en Loos* est le premier arrêt étudié de l'ouvrage tandis que *Costa* est en 31<sup>ème</sup> position dans la première édition de 1974 (le plan de l'ouvrage est thématique et non chronologique).

<sup>22</sup> En ce sens la remarque de R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, LGDJ, 1964, note (33), p. 242. Au renfort de l'observation, il faut noter qu'à ses débuts, l'arrêt *van Gend en Loos* était présenté comme celui de la *Tariefcommissie* (Tribunal des affaires fiscales).

<sup>23</sup> V. J. BOULOUIS, Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, *AFDI*, 1960, p. 502.

<sup>24</sup> V. la citation de l'arrêt par les notes de bas de pages 43, 45, 47 et 49, *AFDI*, 1964, p. 409.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 416.

<sup>26</sup> Dans ses conclusions relatives à l'arrêt de la Cour de justice CECA du 16 juillet 1956, Fédération Charbonnière de Belgique (aff. 8/55, Rec., p. 223) il affirmait : « On pourrait sans doute rappeler que notre Cour n'est pas une juridiction internationale, mais la juridiction d'une Communauté créée par six Etats sur un type qui s'apparente beaucoup plus à une organisation fédérale qu'à une organisation internationale, et que le Traité dont la Cour a pour mission d'assurer l'application, s'il a bien été conclu dans la forme des traités internationaux, et

grande prudence<sup>27</sup>, alors même que l'enjeu est clairement posé en termes shakespearien : « le problème est celui de la coexistence de deux normes juridiques contraires (par hypothèse) et également applicables dans l'ordre interne, l'une émanant du traité ou des Institutions de la Communauté, l'autre des instances nationales : laquelle doit prévaloir tant qu'il n'a pas été mis fin à la contrariété ? Telle est la question »<sup>28</sup>. Pour y répondre, il ne veut pas « faire appel à des conceptions doctrinales, trop sujettes à controverse, sur la nature des Communautés européennes, ni prendre parti entre « l'Europe fédérale » et « l'Europe des patries », ou entre le « supranational » et l'« international »<sup>29</sup>, mais préfère consacrer l'essentiel de sa réflexion sur l'applicabilité directe et le caractère *self-executing* ou non des dispositions communautaires en cause. Rien qui ne ressemble à la préparation d'artillerie théorique préalable à l'assaut porté par un arrêt de principe. *Costa* apparaît bien comme se situant en prolongement de *van Gend en Loos*<sup>30</sup>. Etonne parfois plus que ce « fait n'est pas apparu à tous avec une égale évidence »<sup>31</sup> que l'écho atténué de *Costa* concernant la primauté du droit communautaire.

Dès lors, est plus compréhensible l'observation selon laquelle *Costa* n'apparaît pas aux yeux d'une partie de la doctrine comme fondant cette primauté. Au moment où il est rendu, l'arrêt est pris dans les filets jurisprudentiels de *van Gend en Loos* et de toute évidence il n'est pas directement relié à l'affirmation de la primauté du droit communautaire. Aussi, l'attention doit-elle être portée sur l'applicabilité directe, la prévalence du droit communautaire est littéralement seconde, voire postulée<sup>32</sup>. Dès lors que le juge affirme l'applicabilité directe du droit communautaire, il va de soi qu'une fois en présence du droit interne, il s'impose à celui-ci, à défaut le principe serait dénué de toute véritable portée. Pour le dire autrement, *Costa* est bien masqué dans le sillage de *van Gend en Loos*, mais cette constatation n'explique pas que le mot (*Costa*) demeure sans la chose (la primauté).

---

s'il en est un incontestablement, n'en constitue pas moins, du point de vue matériel, la charte de la Communauté ». Conclusions présentées le 12 juin 1956, Rec., p. 263.

<sup>27</sup> « Or, il est évident qu'un conflit entre la Cour de justice et les plus hautes instances nationales pourrait être de nature à ébranler de façon sérieuse le système de contrôle juridictionnel institué par le traité qui repose sur une collaboration nécessaire, et souvent même organique, entre les deux ordres de juridiction ». Conclusions en date du 25 juin 1964, Rec., p. 1179.

Rec., p. 1172.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 1174.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> En ce sens I. SAMKALDEN : « In various respects it continues the line established by the Van gend en Loos Judgment ». Annotation of Case 6/64, "Costa" v. Ente Nazionale Energia Elettrica (ENEL), *CMLR*, 1964, n°2, p. 215.

<sup>31</sup> *Commentaire Mégret, op. cit.*, p. 546.

<sup>32</sup> Cette interprétation se retrouve dans les *Grands arrêts* : « Affirmée dans le prolongement de l'applicabilité directe, la primauté en apparaît comme le complément nécessaire au plan national ». *Op. cit.*, p. 180.

B) *Costa* masqué par *van Gend en Loos*, la chose sans le mot

En raison des termes du débat doctrinal de l'époque, *Costa* n'est pas analysé comme réglant sur le plan des principes la question des rapports entre ordres juridiques en posant la primauté du droit communautaire. L. Constantinesco, dans son article fondateur sur la spécificité du droit communautaire paru en 1965, revient en ces termes sur la jurisprudence de la Cour : « On peut essayer d'affirmer la primauté du droit communautaire en s'appuyant sur le caractère unitaire et communautaire de ce droit » et de citer *Costa* au renfort de cette analyse, mais il apporte immédiatement un contrepoint : « affirmer la nécessité de son existence, ce n'est pas l'établir pour autant ». Ici l'auteur fait observer en note de bas de page : « Pour appuyer son avis la Cour de Justice ne peut se référer qu'à l'art. 189 du traité C.E.E. »<sup>33</sup>. Cette appréciation traduit la vision doctrinale dominante en vertu de laquelle la reconnaissance de l'applicabilité directe, en l'occurrence du règlement, vaut affirmation de la primauté dès lors que sans elle l'applicabilité directe est comme désactivée<sup>34</sup>, puisqu'il pourrait se voir opposer une norme postérieure contraire. Est ainsi soutenue en doctrine que « c'est l'effet direct qui fait de la primauté une obligation pour le juge », et de préciser en note : « Ce qui était exprimé discrètement dans l'arrêt "Costa" c. E.N.E.L est explicitement souligné dans l'arrêt Simmenthal »<sup>35</sup> ; la discrétion du juge contaminant la doctrine.

Dans ces conditions, on comprend doublement mieux les réticences doctrinales à lier *Costa* à la primauté. D'une part, le raisonnement de la Cour est discuté, prenant ses désirs jurisprudentiels pour la réalité conventionnelle, dans la mesure où la seule source textuelle à la primauté tiendrait dans l'applicabilité directe du règlement et d'autre part, conséquence de ce qui précède, la substance de *Costa* n'apparaît pas comme tissant précisément le canevas d'une jurisprudence inédite dans ses fondements et dans le principe qu'elle pose. En somme, si le principe de primauté existe, il se trouve posé ailleurs que dans *Costa*.

Pour comprendre cette vision neutralisée de *Costa* au milieu des années soixante, il convient de se rapprocher des arguments de la doctrine « dont le dénominateur commun

---

<sup>33</sup> La spécificité du droit communautaire, *RTDE*, 1965, n°1, p. 29 et notes 2 et 3.

<sup>34</sup> V. le raisonnement développé par R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire...*, *op. cit.*, pp. 242-243.

<sup>35</sup> *Commentaire Mégret*, *op. cit.*, p. 548.

demeure la reconnaissance de la primauté du droit de la Communauté »<sup>36</sup>. Trois grandes approches peuvent être retenues<sup>37</sup>. Tout d'abord la première conception, classique, pose la question des rapports entre le droit communautaire et le droit national suivant les termes du droit international, c'est-à-dire par le renvoi aux solutions posées par les constitutions nationales. Ainsi pour une partie de la doctrine française, l'interrogation centrale porte essentiellement sur les destinataires de l'article 55 de la Constitution. Certains auteurs proches des Communautés, tels le Professeur Reuter, pensent qu'il revient au juge ordinaire d'assurer la primauté des traités sur la loi. En tout état de cause, la doctrine estime dans sa grande majorité que la question des rapports entre l'ordre juridique communautaire et national est réglée par la Constitution alors que de nos jours et l'inverse, tous soutiennent que l'apport fondamental de *Costa* est précisément d'apporter une solution commune, car communautaire, fondée sur le droit des Communautés. Au fond, la détermination du siège de la règle régissant les rapports entre le droit communautaire et le droit national emporte la solution au fond. Considérer qu'elle est dans les traités capitolins c'est affirmer l'*imperium* de Rome, considérer au contraire qu'elle se situe dans les constitutions nationales c'est réserver *in fine* à d'autres que Rome le soin d'assurer – ou pas - sa protection. Deux visions politiques empruntent les atours de la logique juridique.

Ensuite, d'autres auteurs se rattachent à une autre conception en considérant que le droit communautaire présente les caractères d'un droit fédéral<sup>38</sup>. Sans nécessairement ancrer leur raisonnement à partir de l'existence d'un droit fédéral, on rencontre des thèses « fédéralistes » soutenues par des juristes influents tels MM. Catalano et Lagrange, qui n'envisagent pas les rapports entre l'ordre juridique des Communautés et celui des Etats membres sur un mode conflictuel réglé par l'application de la primauté du premier sur les seconds, mais sur le mode pacifique de la répartition des compétences<sup>39</sup>. Pour celles transférées aux Communautés, il est naturel que le droit communautaire l'emporte soit parce que les autorités nationales sont devenues incompetentes<sup>40</sup>, soit parce que « le respect mutuel

---

<sup>36</sup> R. KOVAR, *Le pouvoir règlementaire...*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>37</sup> R. KOVAR en retient quatre, mais concernant le traité CEE, il convient d'éliminer la conception supranationale exprimée au sujet de la CECA, *idem*, p. 229 et s.

<sup>38</sup> *Idem*, pp. 232-233.

<sup>39</sup> P. REUTER envisage déjà les rapports entre le droit de la CECA et le droit interne sous l'angle des compétences pour conclure à la supériorité du premier : « il s'agira au profit des Etats que d'une compétence hiérarchiquement subordonnée à celle de la Communauté ». *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier*, Paris, LGDJ, 1953, p. 100.

<sup>40</sup> V. R. SAINT ESTEBEN, *Droit communautaire et droit nationaux*, Paris, PUF, Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, Série Europe, n°4, 1967, pp. 31-32.

et constant des compétences respectives des organes communautaires et des organes nationaux est une des conditions fondamentales d'un fonctionnement du système conforme au traité et, par suite, de la réalisation des objets de la Communauté »<sup>41</sup>. L'idée même de la subsistance de règles internes dans un domaine de compétences communautaires est hérétique. Cette approche est partagée par le service juridique de la Commission, la solution de la Cour de justice est analysée en termes de compétences, au motif qu'elle n'a « nullement exclue (cette thèse) dans son célèbre arrêt 6/64 »<sup>42</sup>. S'il est vrai que la Cour de justice se réfère au système de compétences du traité<sup>43</sup>, sa répartition entre la Communauté et les Etats membres ne constitue aucunement une grille d'analyse globalement explicative pour appréhender Costa.

Enfin, opérant une synthèse entre les tenants d'une conception classique et fédéraliste, une frange de la doctrine voit dans le droit international classique rehaussé « de la prise en considération de données originales », le fondement de « la primauté du Traité et des décisions des organismes de la Communauté sur toutes les règles internes des Etats, que ces règles soient des règles législatives ordinaires ou des règles constitutionnelles »<sup>44</sup>.

Au regard de ce paysage doctrinal contrasté, apparaissent plus nettement les raisons pour lesquelles *Costa* ne s'est pas d'emblée imposé comme un arrêt fondateur. D'une part, l'affirmation sans équivoque par la Cour de justice de la primauté de son droit apparaissait comme extravagante en regard des enjeux politiques et de sa signification jugée fédéraliste. D'autre part, la Cour de justice n'abordant pas la question de la primauté entièrement dans les termes et dans le cadre conceptuel posés par la doctrine, sa portée fondatrice pouvait ne pas apparaître comme immédiatement évidente<sup>45</sup>. A ce titre est révélatrice la tonalité générale du

---

<sup>41</sup> Conclusions de l'avocat général Lagrange, préc., Rec. p. 1179-1180.

<sup>42</sup> M. GAUDET, *Conflicts du Droit Communautaire avec les Droits Nationaux*, Nancy, Université de Nancy. Publications du centre européen universitaire, Coll. des conférences européennes n°4, 1967, pp. 35-36. Egalement en ce sens Ch. SASSE : « *In order to avoid misunderstandings which might all too easily arise from the independance of the Community as a "legal order," it would better to speak only of Community's own sphere of competence, or of the interlocking of Community and national spheres of competence* ». *The Common Market : between international and municipal law*, *The Yale Law Journal*, 1966, vol. 75, n°5, p. 749.

<sup>43</sup> Il est vrai que la Cour appuie notamment son raisonnement sur le fait que les Etats membres ont institué « une Communauté de durée illimitée, dotée (...) plus particulièrement de pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions ».

<sup>44</sup> R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire...*, *op. cit.*, respectivement p. 235 et 234.

<sup>45</sup> La manière dont N. CATALANO s'efforce d'interpréter la solution de la Cour de justice comme réglant « plutôt qu'un conflit de compétence, un véritable conflit d'attributions », est emblématique de la lecture d'une solution jurisprudentielle à l'aune d'une vision doctrinale que pourtant rien ne rattache au raisonnement du juge. Portée des traités instituant les Communautés européennes et limites des pouvoirs souverains des Etats membres, *Le droit et les affaires*, 23 novembre 1964, n° 49, doc. LXXXVI, p. 2. Pour la version originale : *Portata dei*

colloque organisé en Bruges en 1965 par le Collège d'Europe, bien que les « participants se sont facilement mis d'accord sur la nécessité d'assurer, dans chacun des Etats membres, la primauté du droit communautaire sur le droit national (...) Aucun accord n'est cependant intervenu sur la justification et sur *l'habillage* juridique qu'il convenait de donner à cette solution »<sup>46</sup>.

Lorsque *Costa* est rattaché à une réflexion élaborée par la doctrine, c'est sous un autre angle, éloigné de la primauté : celui de la « théorie d'ordre procédural ». Cette construction doctrinale « se fonde en grande partie sur le sens et la portée de l'article 177 du traité C.E.E », donnés par *Costa*<sup>47</sup>. La question de savoir si le juge interne peut déférer une loi nationale à la Cour de justice sur la base de cette disposition (art. 177 CEE, devenu 267 TFUE) constitue « de toute évidence [le] point essentiel de l'affaire soumise à la Cour »<sup>48</sup>. Réduire l'apport de *Costa* à une clarification quant à l'étendue du pouvoir du juge national en matière de renvoi préjudiciel justifie d'y consacrer une attention réelle mais mesurée ; mesure qui devient incompréhensible quand *Costa* devient le lieu d'invention de la primauté.

Au final, la solution de la Cour de justice s'abreuve à diverses sources doctrinales<sup>49</sup> et conventionnelles pour reconnaître la primauté du droit communautaire. Cette oeuvre synchrétique a pu provoquer des erreurs d'appréciations, qui une fois dissipées permettront à *Costa* d'accéder à une célébrité posthume et en tout point méritée.

## II - La célébrité posthume de l'arrêt *Costa* : vers sa fusion avec le principe de primauté

---

trattati istituiti delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri, *Il foro italiano*, 1964, vol. LXXXVII, Parte IV-1, col. 151-159. Ch. Sasse rattache en partie à la répartition des compétences la solution des litiges, *op. cit.*, p. 748.

<sup>46</sup> Nous soulignons. Annexe du rapport présenté par F. Dehousse, Rapport fait au nom de la commission juridique sur la primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres, 25 mai 1965, Doc. 43, p. 25. Pour une présentation synthétique : J. Touscoz, *AFDI*, 1965, pp. 1242-1245.

<sup>47</sup> R.-M. CHEVALLIER et G. RASQUIN, De quelques problèmes soulevés par l'application du droit communautaire en droit interne, *RMC*, 1964, n°74, p. 493. R. Kovar voit également dans l'arrêt l'affirmation d'une supériorité principalement d'ordre « procédurale » car découlant de « l'analyse des dispositions du Traité » par la Cour de justice, *JDI, op. cit.*, p. 705. Dans le même temps la conclusion de l'arrêt est jugée comme « une véritable profession de foi pré-fédéraliste », *idem*. Chevalier et Rasquin observent que la Cour termine « sur des accents pré-fédéralistes », p. 495. Comment faire tenir la Raison juridique et la foi militante ?

<sup>48</sup> *Idem*, p. 494.

<sup>49</sup> La Cour souligne « que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité ». Ce faisant elle rejoint la position d'un représentant de la doctrine allemande exprimée quelques jours avant le prononcé de *Costa*, voyant dans « l'effet utile » du traité le fondement de la primauté. Cf. C. CONSTANTINIDES-MEGRET, *Le droit de la Communauté économique européenne et l'ordre juridique des Etats membres*, Paris, LGDJ, 1967, pp. 103-105. Dans cet ouvrage, issue d'une thèse, *Costa* est l'arrêt fondateur de « la suprématie du droit communautaire sur les différents droits nationaux », p. 107.

« Depuis son arrêt Costa/ENEL et, tout au long d'une jurisprudence parfaitement cohérente, la Cour de justice n'a cessé d'affirmer et de développer le principe de *la primauté essentielle, absolue et inconditionnelle du droit communautaire* en vertu de sa nature même »<sup>50</sup>. Formulée à l'occasion des trente ans de l'Europe communautaire cette observation fait de *Costa* l'arrêt fondateur de la primauté, le mot et la chose s'unissent au point de se confondre : c'est le « moment<sup>51</sup> *Costa* » (B). Mais il n'en a pas toujours été ainsi, *Costa* a parfois été analysé au regard du principe de primauté qu'il contient, davantage comme un marqueur supplémentaire de sa reconnaissance, que comme fondateur. La chose, la primauté, est détachée du mot, soit qu'elle y préexiste sur le terrain jurisprudentiel soit qu'elle y soit postérieure (A). Dans le premier cas, *Costa*, comme expression jurisprudentielle de l'affirmation du principe de primauté intervient avant *Costa*, dans le second, *Costa* est certes dans *Costa*, mais cela n'est vu qu'après.

A) *Costa* vu comme confortant le principe de primauté, la chose détachée du mot

La difficulté d'apprécier la mesure exacte de la portée de l'arrêt *Costa* peut procéder de deux situations. Soit l'affirmation jurisprudentielle de la primauté du droit communautaire est considérée comme le précédant, soit à l'inverse, elle repose sur *Costa*, mais cette construction du discours jurisprudentiel y est postérieure.

La première hypothèse a pour elle la tonalité d'un ensemble de commentaires consacrés à *Costa*. Est souligné son caractère confirmatif, aussi bien par la doctrine italienne<sup>52</sup> ou de langue anglaise, il ne constitue aucunement un revirement<sup>53</sup>. Cette position se retrouve dans la doctrine de française. L. Constantinesco ne mentionne *Costa* qu'en note de bas de

---

<sup>50</sup> R. KOVAR, Chapitre VI – Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux, in *Trente ans de droit communautaire*, Commission des Communautés européennes, Luxembourg, OPOCE, coll. Perspectives européennes, 1981, p. 118.

<sup>51</sup> Moins que pour *van Gend en Loos* (v. A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit*, Paris, Presses de SciencesPo, 2013, p. 181 et s.) il est tout de même possible de parler de « moment » dans le sens voulu par J.G.A. POCOK pour qui cette expression « dénote le moment où est apparue la pensée machiavélienne, ainsi que la manière dont elle a fait son apparition ». *Le moment machiavélien*, Paris, PUF, 1997, p. XLVII. Ici, le « Moment *Costa* » est pris dans le sens où durant cette période limitée de temps située dans la première moitié des années 1960, le principe de primauté devient la règle de conflit entre le droit communautaire et le droit interne.

<sup>52</sup> « nella sentenza 15-7-1964 (causa n. 6-64) decisamente riafferma l'assoluta preminenza del diritto comunitario sulla legislazione interna degli Stati membri ». G. SCARANGELLA, *Comunità europee. Ordine costituzionale e norma comunitaria, Jus Gentium* 1966, p. 282.

<sup>53</sup> En ce sens I. SAMKALDEN : « The “Costa” judgment is a development, not a restatement, of the views adopted by the Court in previous judgments », *CMLR*, 1964, *op. cit.*, p. 216.

page, cet emplacement subalterne s'explique par l'observation suivante : « La Cour de justice européenne a, dans l'affaire 6/64 (...) *confirmé* clairement sa conception concernant les caractéristiques indispensables du droit communautaire qui toutes exigent la reconnaissance de la primauté du droit communautaire »<sup>54</sup>. Celle-ci repose sur la nécessité d'assurer l'uniformité d'application du droit communautaire. *Costa* est analysé moins comme un arrêt fondant la primauté que la confirmant. De fait, la sobriété doctrinale à son endroit est parfaitement compréhensible. Mais dans cette hypothèse, il convient alors d'identifier l'arrêt fondateur, au risque de s'étonner ensuite le cas échéant de la discrétion l'entourant ou inversement de la postérité abusive de *Costa*.

L'analyse d'une supériorité du droit communautaire affirmée avant *Costa* découle le plus souvent de l'examen de l'arrêt *Humblet*<sup>55</sup> rendu en 1960 et relayé par *van Gend en Loos*<sup>56</sup>. Ce dernier précisant « mieux que ne le faisaient les arrêts précédents comment cette supériorité pouvait se matérialiser devant les juridictions nationales » tandis que *Costa* est lu comme permettant à la Cour de justice de prononcer « dans une série d'attendus brefs et précis les raisons impérieuses qui militent, selon elle en faveur de la supériorité du droit communautaire » et Robert Kovar de relever la « force avec laquelle la Cour de justice *réaffirme* la supériorité du droit communautaire sur le droit des Etats membres »<sup>57</sup>. Ainsi, une partie significative de la doctrine apprécie *Costa* comme intégré à la constellation de la primauté, non comme son soleil. Pour sa part, si le juge communautaire évite soigneusement d'employer le terme, préférant l'expression de « prééminence du droit communautaire », reste que *Costa* contient strictement la chose, mais ne peut se réclamer d'aucune préséance due à son antériorité.

---

<sup>54</sup> Nous soulignons, *RTDE*, 1965, *op cit.*, note 2, p. 24.

<sup>55</sup> R. KOVAR observe : « Depuis l'arrêt *Humblet*, en effet, la Cour avait toujours soutenu qu'elle possédait le droit d'affirmer elle-même la supériorité du droit communautaire ». *JDI*, *op. cit.*, p. 704. Deux attendus soutiennent l'analyse : « qu'en effet, si la Cour constate dans un arrêt qu'un acte législatif ou administratif émanant des autorités d'un Etat membre est contraire au droit communautaire, cet Etat est obligé, en vertu de l'article 86 du traité C.E.C.A., aussi bien de rapporter l'acte dont il s'agit que de réparer les effets illicites qu'il a pu produire ; que cette obligation résulte du traité et du protocole qui ont force de loi dans les Etats membres à la suite de leur ratification et qui *l'emportent sur le droit interne* » (nous soulignons) ; « 1) Attendu que, sous l'angle du droit applicable, le problème général doit être résolu selon le droit de la Communauté et plus particulièrement par voie d'interprétation de l'article 11 du protocole, et non pas selon le droit belge ; que, dès lors, ni la législation et la jurisprudence belges, ni la pratique suivie dans des cas analogues par l'administration belge ne sauraient être décisives en l'espèce, puisqu'elles tranchent le problème sur la base du droit national ». CJCE, 16 décembre 1960, Aff. 6/60, Rec., p. 1146 et 1152.

<sup>56</sup> Cette analyse repose sur l'étroitesse du lien entre applicabilité directe et primauté, v. R. KOVAR, *Le pouvoir réglementaire...*, *op. cit.*, p. 242.

<sup>57</sup> Nous soulignons. R. KOVAR, *JDI*, 1965, *op. cit.*, respectivement p. 703 et 704 et 705. «Costa» est au final interprété comme un coup de semonce adressé aux juridictions nationales pour qu'elles assurent la suprématie du droit communautaire.

Cette analyse doctrinale rejoint celle de la Commission<sup>58</sup>. Son directeur du service juridique, Michel Gaudet, estime que « les Traités semblent bien comporter à la différence des Traités internationaux en tout état de cause la priorité du droit communautaire »<sup>59</sup>. Son raisonnement procède de ce caractère communautaire, dont le respect impose une primauté, « corollaire de son caractère de droit commun aux six Etats » ; en ayant voulu la même règle pour tous, les Etats ont aussi voulu sa primauté. Dans ces conditions, nul besoin de l'*imprimatur* jurisprudentiel pour ce qui est « bel et bien l'expression du droit positif d'ores et déjà existant ». S'explique aussi à cette autre aune la réception de *Costa*, l'ignorer – ou à tout le moins le banaliser - c'est ne pas participer de la glorification de la primauté du droit communautaire par crainte de ses implications politico-institutionnelles, le célébrer c'est admettre que sans la découverte de la primauté par le juge celle-ci resterait à l'état de spéculations doctrinales. Par conséquent c'est aussi admettre que cette découverte n'a rien d'évident à la lumière des traités contrairement à ce qui est soutenu par la Commission. Aussi est-il simplement relevé que la primauté « est officiellement consacrée par la Cour de justice »<sup>60</sup>. D'une certaine manière, à l'imitation d'un archéologue, la Cour de justice ne fait qu'inventer un trésor du droit communautaire : le principe de sa primauté<sup>61</sup>.

S'il est possible de soutenir que la primauté est confirmée par *Costa*, est en revanche difficilement explicable le relatif oubli dans lequel est tombé *Humblot*, à moins d'admettre comme le fait la seconde hypothèse que ni l'un ni l'autre comme mythe n'aient été décisifs.

Si l'on en croit la base de données de la Cour de justice, la mention formelle du principe apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Wilhelm* : « les conflits entre la règle

---

<sup>58</sup> Il est même permis de penser qu'elle s'en nourrit. Sur le rôle joué par Haute-Autorité/Commission dans l'apparition d'une doctrine communautaire : J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, p. 167 et s. (spécialement sur l'action du Service juridique de la Commission, pp. 221-329) et A. VAUCHEZ, *op. cit.*, pp. 47-67 et p. 116 et s.

<sup>59</sup> *Conflits du Droit Communautaire avec les Droits Nationaux*, *op. cit.*, p. 34. Le président de la Commission affirmait quelques semaines avant le prononcé de l'arrêt devant le Parlement européen : « La réglementation du droit communautaire prévaut, quel que soit le niveau des deux ordres en conflit ; et, de plus, le droit communautaire ne déroge pas seulement au droit national antérieur, mais déploie aussi un effet dirimant contre tout droit national postérieur ». Son argumentation reposait principalement sur le « nouvel ordre juridique » affirmé par la Cour. Walter Hallstein, débats du Parlement européen, séance du 18 juin 1964, p. 149.

<sup>60</sup> *Conflits du Droit Communautaire avec les Droits Nationaux*, respectivement, *op. cit.*, p. 36, 34 et 37.

<sup>61</sup> L'allocation prononcée le 23 octobre 1968 par le président de la CJCE, R. Lecourt est emblématique de cette posture : « Il est donc réel, le solidaire enchaînement des principes juridiques sur lesquels repose le marché commun : pas de communauté de marché sans loi commune, pas de loi commune sans interprétation uniforme, pas d'interprétation uniforme sans la primauté d'un tel droit. En le reconnaissant, la jurisprudence n'innove pas, n'invente rien ». Audience solennelle à l'occasion du dixième anniversaire de la Cour de justice des Communautés européennes, Luxembourg, 23 octobre 1968, p. 22.

communautaire et les règles nationales en matière d'entente doivent être résolus par l'application du principe de la primauté de la règle communautaire »<sup>62</sup>. Quant à l'affirmation du caractère fondamental du principe, elle se trouve dans l'arrêt *Variola*<sup>63</sup>. Si bien que cet arrêt représente dans son achèvement la jurisprudence de la Cour de justice relative à la primauté<sup>64</sup>. L'absence de toute référence à *Costa* dans les conclusions précédents l'arrêt *Wilhelm* et l'usage extrêmement modéré qui en est fait concernant *Variola* viennent au renfort de sa banalisation.

Faut-il en conclure que *Costa* représente seulement un point sur une courbe partant de *Humblot*, prolongée par *van Gend en Loos*, *Wilhelm* et conclue par *Variola* ? Après tout le phénomène d'une création par touches successives d'une œuvre monumentale dont la grandeur n'apparaîtrait qu'une fois achevée ne serait pas inédit en droit. Toutefois, l'observation ne rendrait pas grâce à la frange de la doctrine qui a célébré en son temps *Costa*<sup>65</sup>, voyant dans cet arrêt en matière de primauté, la chose et le mot pour la dire.

#### B) « Le moment *Costa* », le mot et la chose unis

L'affaire 6/64 prend sa source dans la volonté de M. Costa de ne pas régler sa facture d'électricité au motif que la loi de nationalisation italienne du 6 décembre 1962, postérieure au traité y est contraire, le juge saisi opère un renvoi préjudiciel alors même que la Cour constitutionnelle italienne s'est précisément prononcée sur cette même loi dans le sens de sa validité<sup>66</sup>. Les termes des rapports entre les deux ordres juridiques sont clairement connus - avant même l'arrêt - suivant l'exposition qui en est faite par l'avocat général Lagrange<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm e.a. c/ Bundeskartellamt*, aff.14/68, Rec., p. 1. V., Commentaire, in C. BOUTAYEB (dir.), *Les grands arrêts du droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, p. 117 et s.

<sup>63</sup> « attendu que l'effet direct dans l'ordre juridique des États membres, propre aux règlements de la Communauté ainsi qu'à d'autres dispositions du droit communautaire, y compris l'interdiction de taxes d'effet équivalant aux droits de douane aux articles 9 et suivants du traité, ne pourrait pas se voir judiciairement opposer un texte législatif de droit interne sans que soit compromis le caractère essentiel des règles communautaires en tant que telles ainsi que le principe fondamental de la primauté de l'ordre juridique communautaire ». CJCE, 10 octobre 1973, *Fratelli Variola S.p.A.*, aff. 34-73, Rec., p. 992. Cette « fondamentalisation » de la primauté ne la détache pas pour autant de l'effet direct.

<sup>64</sup> C'est d'ailleurs sur cet arrêt que s'ouvrent les développements consacrés au principe dans le cours de P.-H. Teitgen, *Droit institutionnel communautaire*, Paris, Les cours de droit, 1977-1978, p. 268 et s.

<sup>65</sup> C'est sous le titre : « *Sulla priorità del diritto comunitario* » que *Costa* est commenté par M. BERRI, *Giustizia civile*, 1964, Parte Prima, pp. 1894-1900.

<sup>66</sup> Sur la naissance de l'affaire et plus largement sur son contexte politico-institutionnel on lira avec profit : A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 197 et s. Pour une présentation traditionnelle de l'affaire : J. VIROLE, *op. cit.*, spéc. pp. 369-371.

<sup>67</sup> « un arrêt de la Cour constitutionnelle, en date du 24 février 1964-7 mars 1964, intervenu précisément à propos de la loi instituant l'E.N.E.L., a considéré qu'il y avait lieu (...) de dissocier la question de la violation

L'affaire est naturellement suivie de près en Italie, où ses enjeux, mais aussi sa portée apparaissent plus clairement qu'ailleurs : « *L'importanza capitale di questa sentenza sta nel fatto che essa si pronuncia direttamente sulla questione della posizione che compete al diritto comunitario rispetto alla legislazione statale, affermando in maniera incisiva la superiorità del diritto comunitario rispetto al diritto interno delui Stati membri della Comunità* »<sup>68</sup>. Si une partie de la doctrine italienne relie Costa à *van Gend en Loos*, c'est pour mieux les distinguer : celui-ci concernait « *la efficacia della norma comunitaria nell'ordinamento degli Stati membri* », celui-là « *delinearsi una definita prevalenza della norma comunitaria nell'ordine interno degli Stati membri* »<sup>69</sup>. La nationalité des parties et du juge n'excluent pas une appréciation comparable chez la doctrine de langue anglaise, également impatiente du prononcé de l'arrêt<sup>70</sup>.

La connaissance des enjeux de l'affaire et de l'état du droit permet à l'évidence de mieux en mesurer le traitement jurisprudentiel. A l'inverse, il est permis de se demander si l'éloignement géographique et la distance qu'il assure entre le système juridique observé et son observateur n'est pas le gage d'une appréciation pleine et entière de l'arrêt. L'analyse de *Costa* faite par Eric Stein<sup>71</sup>, à l'époque Professeur de droit à l'Université du Michigan, est l'une des plus nettes et tranchantes de la doctrine contemporaine, affirmant sans ambages : « *in the Costa case the Community court provided an answer to the second question by declaring the absolute supremacy of community law over national law* »<sup>72</sup>.

---

éventuelle du traité résultant de l'intervention d'une loi contraire à celui-ci (question ne relevant, de l'avis de la Cour, que de la responsabilité de l'État sur le plan international), du problème de la conformité de cette même loi avec la Constitution : le traité ayant été ratifié par une loi ordinaire, une loi postérieure contraire doit déployer ses effets selon les principes de la loi de succession dans le temps, d'où il suit « qu'il n'y a pas lieu de rechercher si la loi dénoncée viole les obligations assumées avec ce traité » et que, pour les mêmes raisons, un renvoi de l'affaire devant la Cour de justice des Communautés européennes (qui ne pourrait être utile que pour permettre la constatation d'une violation du traité, compte tenu de l'interprétation de ce même traité donnée par la Cour) est nécessairement sans objet ». Conclusions de l'avocat général Lagrange, préc., Rec., p. 1179.

<sup>68</sup> P. GORI, *La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri, Giurisprudenza italiana e la legge*, 1964, vol. CXVI, Parte prima, Sez. I, Col. 1075. L'auteur attaché à la Cour de justice de 1958 à 1988 est référendaire auprès du juge italien Trabucchi.

<sup>69</sup> G. SCARANGELLA, *op. cit.*, p. 280.

<sup>70</sup> « The above judgment has been awaited eagerly », I. SAMKALDEN, *CMLR, op. cit.*, p. 213.

<sup>71</sup> Pourtant assez peu connu en France, le Professeur Stein s'est imposé « comme le spécialiste américain de droit de l'intégration européenne » selon J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit...*, *op. cit.*, p. 242, note 68.

<sup>72</sup> E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat : On the Margin of the Costa Case. Michigan Law Review*, 1965, vol. 65, p. 504.

En France, deux travaux de recherche lient étroitement l'affirmation de la primauté et *Costa*. Dans le premier, le centre de gravité de l'arrêt est clairement identifié<sup>73</sup>. Dans le second, une thèse consacrée au « problème de l'insertion du droit communautaire dans les Etats membres »<sup>74</sup>, Colette Mégret-Constantinides analyse *Costa* à partir de l'argument central de la Cour de justice d'un système communautaire constitué en « un ordre juridique propre », à partir duquel « elle en a déduit la suprématie du droit communautaire sur les différentes droits nationaux »<sup>75</sup>. *Costa* n'est pas ici appréhendé dans le simple prolongement de *van Gend en Loos*, là où ce dernier évoque que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international », le premier rappelle « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E a institué un ordre juridique propre ». Le passage d'une formule à une autre traduit plus qu'un glissement sémantique, il vaut rupture. D'autant plus que, et le fait est moins signalé, dans un précédent arrêt *Bosch* du 6 avril 1962, la Cour considérait : « cette interprétation de l'article 177 n'est pas confirmée par la lettre de celui-ci ; qu'en outre elle méconnaît que le droit national de la juridiction, qui demande une décision préjudicielle, et le droit communautaire constituent deux ordres juridiques distincts et différents »<sup>76</sup>. Or, le raisonnement de *Costa* en 1964 est ordonné autour d'un principe inverse : celui d'un « ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions ». La prise en considération de ce renversement ouvre les clés de la compréhension de la véritable portée de *Costa*. Dès 1966, R. Kovar, commence par analyser les effets du droit communautaire sur les particuliers en mentionnant les principaux extraits de l'arrêt. Il est désormais présenté de la manière suivante : « Selon la thèse exprimée par la Cour dans cette longue citation, l'ordre juridique communautaire se caractérise d'abord par la supériorité de son droit sur celui des Etats-membres »<sup>77</sup>.

Cette diffusion académique de *Costa* doit beaucoup à la Commission et tend plus que jamais à découvrir la part de fiction de tout phénomène juridique. Dans une conférence faite à la Faculté de Droit et de Sciences Economiques de Paris le 19 novembre 1964, le président de la Commission Walter Hallstein reprend l'argumentation développée devant le Parlement

---

<sup>73</sup> Dans son mémoire de troisième cycle, R. SAINT ESTEBEN relève : « Nous possédons par conséquent, et la Cour de Justice l'a confirmée (arrêt "Costa" c/ E.N.E.L.) la règle de conflit : primauté... ». *Op. cit.*, p. 39

<sup>74</sup> C. CONSTANTINIDES-MEGRET, *op. cit.*, p. 107

<sup>75</sup> *Idem*, p. 107.

<sup>76</sup> CJCE, 6 avril 1962, aff. 13-61, *Bosch*, Rec., p. 101.

<sup>77</sup> Le droit des personnes privées à obtenir devant la Cour des Communautés le respect par les Etats membres du droit communautaire, *AFDI*, 1966, p. 509.

européen en juillet de la même année et reposant sur l'affirmation par *Costa* de cet « ordre juridique propre »<sup>78</sup>. Pour sa part, le Parlement européen<sup>79</sup>, mais aussi d'influents jurisconsultes du Conseil<sup>80</sup> lient l'affirmation du principe de la primauté à *Costa*. Dès lors, l'arrêt devient progressivement non seulement le point de départ de toute étude des rapports de système entre droit communautaire et droit national, mais l'icône jurisprudentielle de l'intégration européenne, quand est soulignée « l'importance capitale de cet arrêt de principe dont la doctrine (...) constitue en quelque sorte la clé de voûte du Droit communautaire »<sup>81</sup>. Pour autant la tendance n'est pas univoque, le Professeur Reuter dans la deuxième édition de son manuel paru en 1970 présente les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les droits nationaux en s'appuyant marginalement sur *Costa*, arrêt « préparé » par *van Gand en Loos* et témoignant du « recours à un vocabulaire nettement fédéral pour affirmer la supériorité du droit communautaire »<sup>82</sup>. L'interprétation par une partie de la doctrine de *Costa* comme révélateur d'une posture fédéraliste de la Cour a nécessairement rendu délicat son positionnement dans la jurisprudence, alimenté par la contestation durable de ses fondements<sup>83</sup>. A l'inverse, apprécier la solution de *Costa* comme bien fondée permet de lui conférer immédiatement un plus grand retentissement<sup>84</sup>.

*Costa* finit par s'imposer en doctrine comme moment fondateur de la primauté à la fin des années soixante<sup>85</sup>, et ne va plus jamais perdre cette qualité, au point que son association

---

<sup>78</sup> V. J. VIROLE, *op. cit.*, pp. 372-373. V. également l'intervention du président de la Commission, Walter Hallstein, devant le Parlement européen, séance du 17 juin 1965, p. 218 et s. Par la suite lors de divers colloques et conférences ayant un caractère académique ou non, la Commission n'a eu de cesse d'enfoncer le clou de la primauté à l'aide du marteau *Costa*.

<sup>79</sup> A l'occasion de la présentation de son rapport sur la primauté du droit communautaire, F. DEHOUSSE souligne « l'extrême importance » de l'arrêt, débats du Parlement européen, séance du 17 juin 1965, p. 185.

<sup>80</sup> J. MEGRET présente « *Costa* » (« un arrêt bien connu ») comme le siège de la primauté. La spécificité du droit communautaire, *RIDC*, 1967, n° 3, pp. 574-575.

<sup>81</sup> P.-H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 293. L'auteur insiste à plusieurs reprises sur l'importance de *Costa* au point qu'il est permis de se demander s'il s'agit moins du rappel d'une évidence que de la volonté de révéler l'arrêt dans tout son éclat (« *Costa* » est accompagné d'arrêts postérieurs progressivement éclipsés tels Lutticke et Salgoil), p. 308.

<sup>82</sup> *Organisations européennes*, Paris, PUF, 1970, 2<sup>ème</sup> éd., p. 286.

<sup>83</sup> En ce sens : V. CONSTANTINESCO, pour qui *Costa* n'est que l'expression d'une « opinion » de la Cour de justice. La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration – Gedächtnisschrift für L.-J. Constantinesco*, Cologne, Verlag, 1983, p. 114.

<sup>84</sup> En ce sens Ch. SASSE : « *There can be no doubt that the Court of Justice was correct in founding its decision in the E.N.E.L. case on the idea that the EEC Treaty, correctly interpreted, provides a rules for cases of conflict which measures adopted by the legislatures of individual countries, these being without competence in the matter concerned* ». *Op. cit.*, p. 748.

<sup>85</sup> V. R. GARRON, Réflexions sur le principe de primauté du droit communautaire, *RTDE*, 1969, n°1, pp. 32-33.

avec ce principe est à ranger parmi les lieux communs du droit de l'Union<sup>86</sup>. Au-delà de la simple déclaration de la primauté du droit communautaire, *Costa* vaut par la relation qu'il implique entre le juge national et communautaire suivant le renvoi préjudiciel. La Cour de justice se place en retrait s'agissant de l'application pratique de la primauté ; « elle s'est rigoureusement interdit de résoudre un cas concret et d'examiner si une incompatibilité entre une norme interne et les dispositions du traité existe ou non »<sup>87</sup>. C'est en revanche au juge national que revient cet office, avec le risque que sa créature (*Costa*) échappe à son créateur, tant sa position est parfois délicate eu égard aux règles constitutionnelle ; quand des questions de légalité entraînent le juge national sur le terrain du conflit de légitimités<sup>88</sup>. En tout état de cause le relais du juge national<sup>89</sup>, bien que contraint par le système général des Communautés, constitue sans nul doute un biais très habile, pas tant parce qu'il fait peser sur ce dernier la responsabilité de trancher le conflit entre le droit communautaire et le droit national mais parce que la Cour de justice et les juridictions nationales ont en commun le langage du droit et qu'elle ne doute pas qu'à terme, en dépit des résistances exprimées par certaines Cours constitutionnelles ou suprêmes, elles se rangeront à ses arguments, à sa raison juridique<sup>90</sup>.

Que la primauté soit analysée par une frange de la doctrine comme confortée dans *Costa* ou consacrée par *Costa*, une chose est sûre : à partir de *Costa*, la chose et le mot vont devenir indissolublement liés que ce soit en doctrine ou devant les juridictions de l'Union<sup>91</sup>. *Costa* devenue une métonymie pour traiter de l'intemporelle question des rapports de système entre le droit de l'Union et de États membres. Au-delà de ce constat, le traitement doctrinal de *Costa* renvoie à cette vérité que le temps plus que l'instant révèle les grandes œuvres et qu'il est la mesure de toute chose.

\*\*\*

---

<sup>86</sup> Pour un exemple parmi tant d'autres v. A. BARAV : « Dans le célèbre arrêt *Costa c. ENEL* (...) le premier à énoncer le principe de primauté du droit communautaire ». *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p. 856.

<sup>87</sup> N. CATALANO, *Le droit et les affaires*, op. cit., p. 5.

<sup>88</sup> En présence des positions contraires de la Cour constitutionnelle et de la Cour de justice, le juge conciliateur de Milan a privilégié la seconde pour écarter la loi nationale au profit du traité.

<sup>89</sup> Le rôle du juge national dans l'intégration européenne est très tôt perçu par les acteurs de la Communauté, en ce sens la stratégie déployée par le service juridique de la Commission à destination des juridictions nationales suprêmes, v. J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit...*, op. cit., p. 284 et s. V également, J. H. WEILER, *Une révolution tranquille. La Cour de justice des Communautés européennes et ses interlocuteurs*, *Politix*, 1995, n°32, spéc. p. 125 et s.

<sup>90</sup> En découleront plus tard des implications procédurales sur le juge national, v. D. SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses*, in *Mélanges Boulouis*, op. cit., pp. 481-493.

<sup>91</sup> Pour une illustration récente : conclusions de l'avocat général Mengozzi présentées le 21 juin 2012, dans l'affaire C-249/11, *Hristo Byankov c/Glaven sekretar na Ministerstvo na vatrešnite raboti*.

A l'appui de cette vision, il faut relever l'absence même du terme de primauté dans l'arrêt. Terme à la connotation trop forte, fédérale, voire impériale, rendant son maniement risqué<sup>92</sup>. Costa" est d'autant plus facilement masqué par "van Gend en Loos" que le juge a avancé à pas comptés, et en ce sens "Costa" est malgré tout un arrêt politique

Par ailleurs, la prudence de la Cour ressort de ce qu'elle ne prend pas partie directement sur la compatibilité de la loi italienne avec le Traité, ce qui est conforme au cadre de ses attributions préjudicielles ;

Conclure sur la cécité le hasard pour chercher les arrêts importants,

La question de la primauté se pose justement parce que l'applicabilité directe fait coexister deux règlements communautaire et nationale

Oùli actuel 15 janvier 2014 et principe de précaution hasard.. ;modestie du travail doctrinal

Parler de Kovar effet bquant (rapport primauté applicabilité, P. 546

---

<sup>92</sup> Toujours risqué est-on tenté de dire, on se souvient que la référence expresse au principe de primauté n'a pas survécu à l'échec du traité-constitutionnel.