



HAL
open science

Rapport introductif: Droit(s) européen(s) et protection de la santé: mettre en ordre?

Estelle Brosset

► To cite this version:

Estelle Brosset. Rapport introductif: Droit(s) européen(s) et protection de la santé: mettre en ordre?. Brosset (E.) (Dir.), Droit européen et protection de la santé, Bruylant, 2015, pp. 1-28., 2015. halshs-01470916

HAL Id: halshs-01470916

<https://shs.hal.science/halshs-01470916>

Submitted on 17 Feb 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Rapport introductif

Droit(s) européen(s) et protection de la santé : mettre en ordre ?

Estelle BROSSET

Maître de conférences en droit public

Chaire Jean Monnet

Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires

Université Aix Marseille

La vie crée l'ordre, mais l'ordre ne crée pas la vie¹.

Innombrables bilans de santé de l'Europe – Établir le bilan de santé de l'Europe est courant. Et pour cause, on ne cesse d'entendre, presque depuis l'origine, que l'Europe serait en crise², une crise « inscrite dans les gènes de l'Union européenne, dans son ADN »³. Or, la crise a d'abord une signification médicale, employée pour désigner « le moment d'une maladie caractérisée par un changement subi et généralement décisif ». Combien de maladies ont été évoquées à propos de l'Union, de sa structure, de son économie comme de ses principes juridiques tant ils ont pu défier, au moins au début, l'entendement⁴ ? Combien de diagnostics de vieillissement accéléré et de mort programmée à son propos ? Combien de voix nombreuses pour préconiser quelques remèdes à la crise et « sauver le patient européen »⁵ ? Dans le même temps, pour l'heure, les Communautés puis l'Union ont survécues, un peu à la manière d'« enfants terribles et immunisés »⁶...

Rare inversion de la formule : quid de l'Europe et du droit européen de la santé ? – Si les interrogations légitimes sur les maux de l'Europe sont nombreuses, l'inversion de la formule est finalement moins fréquente. Il n'est pas souvent⁷ discuté, dans une vision d'ensemble, de l'Europe de la santé, en particulier dans sa dimension juridique. Que disent, que font l'Europe et son droit à propos des maux de chacun ? Au contraire, à peine évoquée,

¹ A. DE SAINT-EXUPERY, *Lettre à un otage*, Folio n°410, p. 64.

² C. BLUMANN et F. PICOD, *L'Union européenne et les crises*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 349 p.

³ C. BLUMANN et F. PICOD, Rapport introductif général in *L'Union européenne et les crises*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1.

⁴ P. PESCATORE, The doctrine of Direct Effect : an Infant Disease of Community Law, *EL Rev.* 1983, pp. 155 et s.

⁵ F. DEDIEU et al. « Le protectionnisme pour sauver l'euro », *Le Débat*, 4/2012 (n° 171), pp. 60-65.

⁶ C. BLUMANN et F. PICOD, Rapport introductif général in *L'Union européenne et les crises*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 4.

⁷ Il est symptomatique de constater qu'en France, les premiers manuels de droit européen de la santé (dont les auteurs contribuent au présent ouvrage) sont ainsi tout à fait récents : M. BELANGER, *Droit européen général de la santé*, Les études hospitalières, 2013, 300 p. ; N. DE GROVE VALDEYRON, *Droit européen de la santé*, Paris, L.G.D.J., 2013. En dehors de la France, on peut repérer des manuels plus anciens, mais pas forcément plus nombreux : voir notamment, L. HANCHER et W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford University Press, 2012 ; R. K. HERVEY et J-V. MC HALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press, 2004. Soulignons toutefois que plusieurs auteurs, en particulier les professeurs M. Bélanger et L. Dubouis, se sont très tôt intéressés aux développements du droit communautaire et européen de la santé. Pour preuve : M. BELANGER, *Éléments de doctrine en droit international de la santé*, Les études hospitalières, 2012, p. 11.

la figure du droit européen de la santé est régulièrement « critiquée, et parfois même niée »⁸. Que viendrait faire ce droit « venu d'ailleurs »⁹ dans un domaine empreint du colloque singulier qui s'établit entre le médecin et le patient et marqué par les pouvoirs régaliens de police sanitaire des Etats¹⁰ ? L'europeanisation de ce secteur ne risque-t-il pas de « tuer les systèmes nationaux de santé »¹¹. Le droit européen ne doit-il pas se contenter de coordonner les grands principes pour permettre aux soignants et patients de connaître « les règles du jeu »¹², mais en aucun cas s'appliquer trop avant ?

Différences européennes dans le secteur de la santé – Il faut admettre que ces critiques peuvent sembler à première vue sages tant la diversité entre les Etats européens est, dans le secteur de la santé, souvent saisissante. Retenons ici et là quelques exemples. Les dépenses publiques de santé¹³ varient considérablement entre les différents Etats européens, avec des différences du simple ou double¹⁴, voire bien au-delà, si l'on compare le niveau des dépenses totales (publiques et privées) de santé par habitant¹⁵. Les Etats européens prévoient des critères « d'éligibilité » (tels qu'un contrat de travail ou une résidence régulière)¹⁶ très différents pour bénéficier des soins de santé et organisent de façon variable les exclusions et les limitations de remboursement pour certaines prestations¹⁷. S'y ajoutent évidemment les différences européennes en matière de protection sociale contre le risque de maladie, ici financée par la perception de cotisations sociales et gérées par des interlocuteurs sociaux, là financée par les recettes fiscales¹⁸. Sur bien d'autres sujets, les variations entre les Etats sont également importantes, d'ailleurs axiologiques tout autant qu'économiques. Les conditions du prélèvement *post-mortem* d'organes ou encore du don entre personnes vivantes (don altruiste ou restrictions familiales) ou encore celles relatives à la procréation médicalement assistée (pour les couples homosexuels, *post-mortem*, avec tiers donneur) et à son remboursement

⁸ R. K. HERVEY et J. V. MC HALE, *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press, 2004, p. 6.

⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, pp. 44 et s.

¹⁰ J.-M. CLEMENT, *La santé étatisée, triomphe ou échec ?*, Les études hospitalières, 2012. Pour une étude éclairante de l'exercice de ce pouvoir de police en France voir : D. TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Paris, Dalloz, 2009, 280 p.

¹¹ V. HATZOPOULOS, Killing national health and insurance systems but healing patients ? *Common Market Law Review*, 2002, pp. 683-696.

¹² G. MEMETEAU, « L'unification du droit médical en Europe ? », *RGDM*, n° 2, 2007, p. 115.

¹³ Statistiques de l'OCDE sur la santé 2013 : www.oecd.org/fr/els/systemes-sante/Panorama-de-la-sante-2013.pdf.

¹⁴ Ainsi, la part des dépenses courantes de santé dépassait en 2012, 11 % du PIB dans quatre États membres de l'UE (France, Allemagne, Pays-Bas et Danemark), ce qui représentait près du double de la part enregistrée en Roumanie et à Chypre (moins de 6 % du PIB).

¹⁵ À la même date et en ce cas, ces dépenses variaient de 1 (Roumanie) à 7 (Luxembourg).

¹⁶ Voir le rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « L'égalité de l'accès aux soins de santé », Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, M. Jean-Louis LORRAIN, Doc 13225, 7 juin 2013. Voir aussi la Communication de la Commission, Solidarité en matière de santé : réduction des inégalités de santé dans l'Union européenne, COM (2009) 567 final. Pt 16 du Rapport de l'Assemblée parlementaire précité : « Par exemple en Bulgarie, 46 % des Roms n'auraient aucune assurance maladie parce qu'ils ne remplissent pas les critères d'éligibilité. En avril 2012, en Espagne, une nouvelle loi a été mise en vigueur par un décret royal et l'accès aux soins de santé des personnes qui n'ont pas d'emploi est désormais plus difficile. Cela est également le cas en Grèce, sachant qu'on peut continuer de bénéficier d'une couverture pendant l'année qui suit la perte de l'emploi. La conséquence en est que des centaines de milliers de chômeurs et de migrants sans papiers n'ont quasiment pas accès aux soins de santé ».

¹⁷ L'exemple type concerne les soins dentaires qui, dans plusieurs pays, sont exclus des forfaits de remboursement (par exemple en Belgique, au Danemark, en Grèce, au Portugal et en Suisse).

¹⁸ Pour une explication et bien plus des différents modèles de protection sociale en Europe, voir : S. HENNION-MOREAU, M. DEL SOL et M. LE BARBIER-BRIS, *Droit social européen et international*, 2013, PUF, 496 p.

(nombre de tentatives, âge limite) sont quelques exemples parmi bien d'autres¹⁹.

Le(s) commun(s) européen(s) en matière de santé – Nonobstant ces différences, pourtant beaucoup rassemblent les Etats et finalement il existe un commun européen en matière de santé ou plutôt devrait-on dire, des communs, tant ce qui unit est également divers. Le premier commun, le plus évident, est consubstantiel à la santé, ou plutôt à son « double », la maladie. Celle-ci ne connaît pas de frontière, elle les passe « aussi aisément que les nuages toxiques ont survolé plaines et montagnes à peu près jusqu'à la barrière des Alpes après l'accident nucléaire que l'on sait »²⁰. Les maladies contagieuses²¹ mais aussi les pandémies (sida), les panzooties (grippe aviaire, virus Ebola) ou tout autres incidents physiques et biologiques majeurs concernent *de facto* l'ensemble des pays, et donc l'ensemble des pays européens sans exception. Même non transmissibles, plusieurs maladies (cancer) et autres fléaux pour la santé (tabagisme, alcoolisme) concernent de la même façon l'ensemble des pays européens, tous confrontés à leur généralisation²². Bref, des défis sont communs.

Les défis partagés sont parfois plus médiats mais tout aussi cruciaux. Les changements démographiques et le vieillissement de la population en constituent l'un d'entre eux, sûrement d'ailleurs le principal. Et pour cause, il est estimé qu'en 2050, le nombre de personnes de 65 ans et plus aura augmenté de 70% dans l'Union européenne et que la catégorie des personnes de 80 ans et plus aura progressé de plus de 170%²³. Or, du fait de ce vieillissement de la population et donc de la modification des schémas pathologiques, la demande de soins et du même coup des dépenses de santé devrait nécessairement brutalement augmenter²⁴ ce qu'il va falloir, partout, tenter de limiter²⁵ et digérer. La donne économique suscite également des défis en matière de santé²⁶ partout en Europe. Et pour cause, la crise économique et financière a en effet, partout, eu des incidences négatives sur les budgets de la santé des Etats membres et sur l'accès des citoyens aux soins de santé²⁷, plusieurs pays ayant augmenté les frais à la

¹⁹ Voir le rapport de l'Agence de biomédecine, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004*, point 2 - Étude comparative de l'encadrement juridique international de la législation des différents pays dans chaque domaine de la loi de bioéthique, octobre 2008, disponible sur le site : www.agence-biomedecine.fr

²⁰ G. MEMETEAU, « L'unification du droit médical en Europe ? », *R.G.D.M.*, n° 2, 2007, p. 114.

²¹ L'OMS a ainsi récemment constaté que certaines maladies transmissibles comme la poliomyélite, la diphtérie, le paludisme, l'infection au VIH, la tuberculose ou des maladies à prévention vaccinale augmentent ou resurgissent dans la Région européenne : <http://www.euro.who.int/en/health-topics/communicable-diseases>.

²² Les maladies chroniques sont en effet la principale cause des décès puisque plus de quatre millions de personnes meurent chaque année de maladies chroniques dans l'Union européenne (en particulier les maladies cardiovasculaires), qu'elles sont à l'origine de 87 % des décès prématurés et coûtent 192 milliards d'euros par an aux économies européennes.

²³ Chiffres cités dans le Livre Blanc : « *Ensemble pour la santé : une approche stratégique pour la santé pour l'UE 2008-2013* », COM 2007 (630) final.

²⁴ L'estimation est celle d'une augmentation des dépenses de santé de 25% dans le PIB. Il est aussi estimé que, d'ici à 2020, il manquera dans l'Union européenne un million de professionnels de la santé et, si l'on ne fait rien, 15 % des soins nécessaires ne seront pas assurés.

²⁵ Il est estimé que si la population reste en bonne santé tout en vivant plus longtemps, la hausse des dépenses de santé résultant du vieillissement pourrait être réduite de moitié : « *The impact of ageing on public expenditure : projections for the EU-25 Member States on pensions, healthcare, long term care, education and unemployment transfers (2004-2050)* », Comité de politique économique et Commission européenne (DG ECFIN) 2006, Rapport spécial n° 1/2006.

²⁶ *Les Tribunes de la santé*, n° 36, 2012/3, 104 pages : dossier spécial sur la crise économique et la santé.

²⁷ Dans sa résolution 1884 (2012) « *Mesures d'austérité – un danger pour la démocratie et les droits sociaux* », l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a attiré une fois de plus l'attention sur l'impact négatif des mesures d'austérité sur les droits sociaux et leurs effets sur les catégories les plus vulnérables. A cet égard, elle note avec inquiétude l'impact de la crise économique et des mesures d'austérité sur l'accessibilité des soins dans plusieurs pays membres.

charge des patients pour les services de santé essentiels²⁸. La relation est d'ailleurs à double sens et la Commission européenne l'exprime sans particulière précaution de langage. La protection de la santé est non seulement « une valeur en tant que telle, mais aussi une condition préalable à la prospérité économique (...) Seule une population en bonne santé peut réaliser tout son potentiel économique (...) [et] [i]l est indispensable d'accroître l'espérance de vie en bonne santé si l'Europe souhaite parvenir à employer 75 % des 20 à 64 ans et éviter les retraites anticipées pour cause de maladie »²⁹. Et la Commission d'ajouter que les services sociaux et de santé représentent en moyenne 9,6 % de l'emploi en Europe et que l'emploi dans ce secteur devrait continuer d'augmenter³⁰.

Outre les défis, le commun européen ne peut-il pas également se lire du côté des valeurs ? D'abord, la santé est, pour les Européens, une valeur en tant que telle, leur premier idéal dans les sondages d'opinion³¹. Mais ce n'est peut être pas là le plus spécifique. L'essentiel est que les conceptions de l'homme, de ses droits dans la relation médicale et biomédicale, se rejoignent souvent. Protection de la dignité humaine, droit à l'autonomie personnelle, respect de l'intégrité physique sont des principes communs dans l'ensemble les Etats membres et le Conseil des Ministres de l'Union européenne a d'ailleurs souhaité lister officiellement ce commun³². Pour donner un exemple, si le consentement préalable et éclairé à l'acte médical est organisé très différemment selon les Etats et les types d'activités de soins, il demeure un préalable, un impératif partout³³. D'autres valeurs traversent l'Europe (tout au moins à l'échelle de l'Union) et ses Etats, comme l'organisation par la loi d'un accès aux services médicaux de santé et leur prise en charge par les administrations publiques et de sécurité sociale. Lorsqu'elles ne se rejoignent pas, les valeurs et options respectives ne s'hybrident-elles pas nécessairement du fait de la proximité territoriale des Etats et donc de la mobilité des patients entre les Etats ? Certes, les dépenses correspondant aux soins de santé transfrontaliers ne représentent encore qu'une part limitée dans les budgets publics (environ 1% des budgets publics)³⁴, mais elles progressent fortement³⁵ surtout lorsque, en plus des

²⁸ WHO, *Health policy responses to the financial crisis in Europe*, Policy Summary 5, 2012. Voir aussi la publication de l'Observatoire européen des systèmes et politiques de santé : « Crise économique, systèmes de santé et santé en Europe : impact et incidences politiques », à paraître en janvier 2015.

²⁹ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant le troisième Programme d'action pluriannuel de l'Union dans le domaine de la santé pour la période 2014-2020 intitulé « La santé en faveur de la croissance » (COM (2011) 0709 final).

³⁰ L'augmentation de la demande de main-d'œuvre dans le secteur des soins de santé est confirmée par la toute dernière édition de l'Observatoire européen des postes vacants qui vient d'être publiée par la Commission européenne. L'emploi dans le secteur des soins de santé de l'UE a progressé de presque 2 % par an entre 2008 et 2012. L'importance du secteur des soins de santé pour la création d'emplois en Europe a été mise en avant dans le paquet «emploi» d'avril 2012 (Voir IP/12/380 et MEMO/12/252) qui comporte un document de travail des services de la Commission sur un plan d'action en faveur du personnel de santé dans l'Union.

³¹ Voir les références données par F. SAUER, « Une Europe de la santé idéale », *Les Tribunes de la santé*, 2012/4, n° 37, p. 108.

³² Conseil des Ministres de l'Union, Déclaration sur les valeurs et principes communs qui fondent les systèmes de santé de l'Union européenne, *JOUE*, 22 juin 2006.

³³ Pour une analyse d'ensemble : voir, E. BROSSET, « Consentement, santé et droit européen », in LAUDE (A.) (Dir.), *Consentement et droit de la santé*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 163-187.

³⁴ Un cadre communautaire relatif à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM (2008) 415, 2 juillet 2008, p. 8.

³⁵ Selon le rapport annuel du Centre national des soins à l'étranger (CNSE), l'Assurance maladie française aurait déboursé 84 millions d'euros dans le cadre de prestations effectuées en dehors du territoire français en 2012, soit 26 % de plus que l'année précédente. Un peu plus de la moitié (55,3 %) de ces soins ont été pratiqués au sein de l'Union européenne, les destinations phares étant la Belgique, l'Espagne et, enfin, la Roumanie. Les plus recherchés sont les soins dentaires, avec 11,2 millions d'euros dépensés, et pour cela les déplacements se font en Hongrie, au Portugal ou encore en Espagne où les coûts sont bien plus bas.

coûts, les conditions prévues par la loi sont très différentes. C'est par exemple le cas en matière d'assistance médicale à la procréation car les « normes » retenues par chaque législation³⁶ varient considérablement entre les Etats. En franchissant la frontière, il est donc possible d'accéder à certaines pratiques interdites dans son propre Etat. Or, ces franchissements physiques emportent également des « franchissements » juridiques, c'est-à-dire des évolutions par imprégnation. Les évolutions françaises en matière de délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger de gestation pour autrui permettent à elles seules de l'illustrer³⁷.

Ambition de l'ouvrage : point de départ (et non d'arrivée) d'une recherche – L'ambition de l'ouvrage est d'inverser la formule et d'étudier de près la relation entre le(s) droit(s) européen(s) et la protection de la santé³⁸. Point de départ d'une recherche, l'angle de vue choisi est volontairement très large et n'a pas exclu, a priori, certains thèmes. Comment d'ailleurs le justifier quand on sait l'extraordinaire diversité des paramètres qui déterminent l'état de « bonne » ou « mauvaise » santé ? Par nature, les frontières du droit de la santé sont donc fluides³⁹ et obligent à considérer, bien au-delà du droit applicable aux actes participant à la préservation ou restauration de la santé. C'est ainsi que peut être inclus dans le droit de la santé, le droit relatif aux actes intervenant sur le déroulé même de la vie, soit le droit biomédical. Il serait en effet illogique, alors même que la vie, dans toutes ses composantes, de la naissance à la mort est médicalisée, de l'exclure. Pourquoi le droit de la santé n'inclurait-il pas également, dans son périmètre, le droit relatif à la protection de la santé animale⁴⁰ ? Outre que les animaux, en tant qu'êtres sensibles⁴¹, méritent protection de leur santé, d'un point de vue purement anthropocentrique, parce que les animaux sont « associés depuis toujours à la survie économique de l'Homme, devenus en quelques décennies indispensables à son équilibre affectif, et placés au cœur des crises sanitaires les plus aigues »⁴², une telle protection ne concerne-t-elle pas *de facto* celle de la santé humaine⁴³ ? « Exotique » et « déroutante »⁴⁴, cette vue large serait en quelque sorte consubstantielle à l'étude du droit en matière de santé.

Ces nombreuses « visions »⁴⁵ s'accroissent dans notre cas un peu plus car le droit européen emmène a minima à s'intéresser au droit de l'Union européenne et au droit du Conseil de l'Europe. Certes, l'ouvrage n'entend pas être exhaustif sur l'ensemble de ces points (comment

³⁶ On peut relever des variations relatives à trois types de « normes », la norme du couple (en union hétérosexuelle stable ?), celle de l'âge de la mère et celle de la parenté génétique : V. ROZEE, E. DE LA ROCHEBROCHARD, « L'accès à l'assistance médicale à la procréation en France : reflet de la norme sociale procréative ? » *Santé, Société et Solidarité*, n°2, 2010, pp. 109-114.

³⁷ Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger, NOR : JUSC1301528C. Voir aussi l'arrêt de validation par le Conseil d'Etat de la circulaire : CE, 12 déc. 2014, *Assoc. Juristes pour l'enfance et autres*, n°s 367324, 366989, 366710, 365779, 367317, 368861.

³⁸ C'est d'ailleurs également le thème de la Chaire³⁸ qui m'a été attribuée par la Commission européenne et donc le présent ouvrage constitue l'une des activités. Voir le site de la Chaire : <http://droiteuropeen.wix.com/cericsante>

³⁹ J-M. LEMOYNE DE FORGES, « Qu'est-ce que le droit de la santé », *R.G.D.M.*, n° 15, 2005, p. 17.

⁴⁰ C'est d'ailleurs ce qui explique que deux contributions, celles du Professeur O. Dubos et celle du Professeur M-P. Lanfranchi soient consacrées à la protection de la santé et du bien être animal.

⁴¹ Article 13 TFUE.

⁴² Avant-propos du premier numéro de la *Revue Semestrielle de droit animalier*, n° 1-2009, p. 7.

⁴³ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la santé animale, COM (2013) 260 final.

⁴⁴ J-M. LEMOYNE DE FORGES, « Qu'est-ce que le droit de la santé », *R.G.D.M.*, n° 15, 2005, p. 17.

⁴⁵ G. MEMETEAU, Une vision du droit médical, une parmi d'autres..., *R.G.D.M.*, n° 15, 2005, p. 21.

le pourrait-il ?) et on pourra certainement regretter l'absence ou le caractère insuffisamment approfondi de certaines réflexions. Mais c'est là une chance : tout n'a pas été dit et donc, beaucoup reste à faire, à partir de ce premier jalon.

But de l'introduction : tentative d'une mise en ordre ? – D'emblée, au moment d'introduire l'ouvrage, un impératif se fait jour tant la variété des propos qui s'annoncent paraît grande : celui de s'essayer à proposer une mise en ordre (et non à une mise au cordeau !) de l'ensemble. Sans espérer présenter l'ensemble du droit européen « dans une seule image »⁴⁶, il paraît nécessaire d'essayer de faire tenir les morceaux ensemble et de suggérer *a minima* une trame d'ensemble (I). La mise en ordre n'est pas totalement impossible car deux (voire trois) catégories principales permettent de saisir comment est appréhendée la protection de la santé par le droit européen (II). Cependant, louable, la tentative de mise en ordre achoppe rapidement dès lorsque l'on entre de plein pied dans chacune de ces différentes catégories. En effet, des asymétries nombreuses se dessinent qui relativisent sérieusement le schéma simple d'abord évoqué, mais, dans le même temps, annoncent des interrogations passionnantes qui vont précisément traverser l'ouvrage (III).

I - Nécessaire mise en ordre : les « désordres » du droit européen en matière de santé

Le volume impressionnant (1) et surtout la forte variété (2) du droit européen en matière de santé rendent nécessaire l'essai de mise en ordre.

1) Volume du droit européen en matière de santé

En écho aux commun(s) évoqués en matière de santé, il n'est guère surprenant de constater une forte densité du droit européen en matière de santé. Sans être ni « présomptueux »⁴⁷, ni « effrayé »⁴⁸ -et pour reprendre une célèbre formule⁴⁹-, pourrait-on ainsi dire : « le droit européen existe, je l'ai rencontré ... ! ».

Au plan numérique, l'abondance ne fait guère de doute. Les 340 textes principaux cités dans les 2228 pages du « Code européen de la santé »⁵⁰ publiées sous la direction de nos collègues A. Laude et D. Tabuteau permettaient déjà d'avoir un ordre de grandeur. Dans sa préface, Monsieur le Juge Jean-Claude Bonichot soulignait d'ailleurs combien ce recueil permettait de « mesurer » l'importance du droit européen de la santé. S'y ajoutent d'autres chiffres, par exemple ceux qui peuvent être collectés du côté des bases de données des jurisprudences des Cours européennes. Par exemple, du côté de la Cour européenne des droits de l'Homme, en ne sélectionnant pourtant que les arrêts qui apportent « une importante contribution à l'évolution, la clarification ou la modification de la jurisprudence », il en résulte pourtant plus d'une centaine d'arrêts et décisions faisant référence à la « santé » ou à la « santé publique ». Du côté de la Cour de justice de l'Union, l'ensemble est également vertigineux puisque durant les cinq dernières années, 1052 affaires peuvent être recensées intégrant le mot clef « protection de la santé ».

⁴⁶ S. L. GREER et A., *Everything you always wanted to know about European Union health policies but afraid to ask*, European Observatory on Health Systems and Policies, Studies Series, 34, 2014.

⁴⁷ N. DE GROVE VALDEYRON, p. 13

⁴⁸ S. L. GREER et A., *Everything you always wanted to know about European Union health policies but afraid to ask*, European Observatory on Health Systems and Policies, Studies Series, 34, 2014.

⁴⁹ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, t. 237 (1992-VI), p. 47.

⁵⁰ A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Code européen de la santé*, Hygiéa, 2009, 2228 p.

Sûrement plus évocateur que l'alignement de chiffres est d'évoquer les nombreux processus de révisions ou de codifications en cours ou achevés dans le secteur de la santé qui, par eux-mêmes, supposent l'existence d'une succession de textes, pour certains anciens. Dans l'Union européenne ainsi, la directive 2005/36 sur les qualifications professionnelles vient tout juste d'être révisée⁵¹, la directive sur les essais cliniques vient également de l'être⁵², de même que la directive relative à la fabrication, de présentation et de vente du tabac et de ses produits⁵³. Est en cours la révision des directives en matière de dispositifs médicaux⁵⁴. Les codifications ont également été importantes depuis celle réalisée tout à fait officiellement par la directive 2001/83 instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain⁵⁵ jusqu'à celle menée, d'une manière moins affichée mais tout aussi certaine, par la directive 2011/24 relative aux droits des patients en matière de soins transfrontaliers⁵⁶ en passant par celles enregistrées dans le domaine alimentaire⁵⁷. Du côté de la jurisprudence, la première génération d'arrêts est déjà loin et apparaissent, au contraire, des blocs⁵⁸ de jurisprudence bien constituée. Du côté de la CJUE par exemple, les raisonnements par analogie⁵⁹ et les jurisprudences confirmatives sont récurrents⁶⁰.

2) Remarquable variété du droit européen en matière de protection de la santé

⁵¹ Voir la directive 2013/55 du Parlement Européen et du Conseil du 20 novembre 2013 modifiant la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, *JOUE* L 354/132 du 28-12-2013, pp. 132–170.

⁵² Règlement n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments à usage humain et abrogeant la directive 2001/20/CE, *JOUE* L 158, 27-5-2014, pp. 1-76.

⁵³ Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE, *JOUE* L 127 du 29.4.2014, pp. 1-38.

⁵⁴ Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil relatif aux dispositifs médicaux, et modifiant la directive 2001/83/CE, le règlement (CE) n° 178/2002 et le règlement (CE) n° 1223/2009, COM/2012/0542 final.

⁵⁵ *JO* L 311 du 28.11.2001, pp. 67-128.

⁵⁶ Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, *JO* L 88 du 4.4.2011, pp. 45–65, voir notamment le considérant 10.

⁵⁷ Par exemple, le Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires qui vient modifier et abroger pas moins de 9 textes précédents.

⁵⁸ B. BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *R.T.D.E.*, 2013, p. 741.

⁵⁹ CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C-159 et C-161/12. Pour valider une interdiction prévue par la loi italienne de vendre en parapharmacie, y compris par des pharmaciennes habilitées, tous les médicaments soumis à prescriptions, et y compris ceux dont le coût est totalement à la charge du client au regard de la liberté d'établissement, la Cour procède ainsi. Elle va rappeler que, conformément à sa jurisprudence déjà constante, un État membre peut prendre les mesures qui réduisent, autant que possible un risque pour la santé, y compris plus précisément un risque de pénurie de pharmacies dans certaines parties de son territoire et, par conséquent, de défaut d'approvisionnement en médicaments sûr et de qualité citant par analogie, plusieurs arrêts.

⁶⁰ CJUE, ord., 8e ch., 11 juill. 2013, *Luca*, aff. C-430/12. En vertu de l'article 99 de son règlement de procédure, lorsque la réponse à une question posée à titre préjudiciel peut être clairement déduite de la jurisprudence, la Cour peut à tout moment décider de statuer par voie d'ordonnance motivée. En l'espèce, une ressortissante roumaine a subi, entre 2008 et 2009, les examens et les différentes phases d'un traitement dans une clinique autrichienne, sans aucune demande d'autorisation préalable de recevoir les soins à l'étranger et elle ne reçut de l'organisme roumain compétent qu'un remboursement partiel des dépenses engagées. La Cour n'a qu'à rappeler la jurisprudence constante qui énonce, bien qu'une autorisation préalable constitue, tant pour les patients que pour les prestataires, un obstacle à la libre prestation des services, cela ne s'oppose pas, en principe, à ce que le droit d'un patient d'obtenir des soins hospitaliers dans un autre État membre à la charge du système dont il relève soit soumis à une autorisation préalable à condition qu'elle soit justifiée par la prévention d'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale ou par l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous et qu'elle soit fondée sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance.

Le volume pouvait laisser présager une variété du droit adopté en la matière. Elle l'est effectivement et apparaît tout à fait vertigineuse. Cette variété est d'ailleurs impossible à décrire précisément, sauf à effectuer un inventaire fastidieux.

Quelques exemples permettent de s'en convaincre. Soulignons par exemple, qu'en France a été adoptée il y a peu la loi du 26 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union dans le domaine de la santé⁶¹. Or, cette loi prévoit la transposition d'un grand nombre d'obligations issues du droit de l'Union dans des secteurs très divers de la santé soit : l'obligation d'assurance de responsabilité professionnelle pour les chiropracteurs et les ostéopathes ; l'introduction en droit interne des dispositions de l'Union relatives aux produits cosmétiques ; la clarification de la réglementation encadrant la vente en ligne des lentilles de contact ; le renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et la lutte contre la falsification de médicaments conformément au droit de l'Union et l'application des dispositions de l'Union en ce qui concerne la pharmacovigilance. Autre exemple, du côté de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la simple consultation de la fiche thématique « santé » préparée par l'Unité presse rappelle que la Cour s'est prononcée sur l'accès à une thérapie ou un médicament expérimental, l'accès des patients à leur dossier médical, la confidentialité des informations personnelles concernant la santé, la diffusion au public d'informations à caractère médical, l'exposition à des dangers présents dans l'environnement, l'expulsion de personnes malades, l'intervention ou le traitement médical forcé, le prélèvement d'organes à des fins de transplantation, les procédures disciplinaires contre des professionnels de la santé et la responsabilité des professionnels de santé. Et la fiche précise de façon liminaire qu'il faut également se référer aux fiches « Détention et santé mentale », « Droits des détenus en matière de santé », « Droits en matière de procréation », « Euthanasie et suicide assisté », « Grèves de la faim en détention », « personnes âgées et la CEDH », « personnes handicapées et la CEDH » et « Santé mentale »...

La variété est d'ailleurs telle que des questions « identitaires » de la protection de la santé sont désormais sous l'empire du droit européen. Par exemple, s'il était possible d'affirmer pendant un temps que le droit de l'Union ne s'intéressait pas à la relation de santé en tant que telle, mais aux professionnels ou aux produits de la santé, cela ne correspond plus à la réalité actuelle. De ce point de vue, l'adoption de la directive 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière des soins transfrontaliers⁶² peut être considérée comme un « point tournant »⁶³ puisque tant le patient que les soins de santé sont désormais considérés directement par une directive. Certes, l'objectif du texte est resserré : permettre l'accessibilité financière aux soins de santé dans un autre Etat membre. Mais, dans la directive, des dispositions vont incontestablement au-delà de cet objectif principal, depuis celles sur l'information du patient⁶⁴ jusqu'à celles sur le suivi médical⁶⁵ et la reconnaissance mutuelle des prescriptions⁶⁶, en passant par celles relatives à la qualité et de sécurité des soins⁶⁷. Et

⁶¹ Loi n° 2014-201 du 24 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la santé, *JO* n°0047 du 25 février 2014, p. 3250.

⁶² Directive du 9 mars 2011, *JOUE*, L 88, 4-4-2011.

⁶³ L. HANCHER et W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford University Press, 2012, p. 24.

⁶⁴ Articles 4-2), 5 b), 6 notamment.

⁶⁵ Article 5-c.

⁶⁶ Article 11.

⁶⁷ Voir la contribution de N. DE GROVE-VALDEYRON dans l'ouvrage. Voir aussi E. BROSSET, « Le droit à la sécurité des soins est-il un droit du patient européen ? » in A. LAUDE et D. TABUTEAU, *Les droits du patient*

même si elles sont très ébauchées, bien loin de forger un statut juridique européen du patient⁶⁸, un point de bascule s'est opéré. D'ailleurs, comme souvent, la bascule en a entraîné d'autres. Songeons que la Cour a eu à répondre⁶⁹ à une Cour constitutionnelle (belge) qui l'interrogeait sur la définition à donner, pas moins, aux services de soins santé. Or, même si la réponse de la Cour est d'une grande prudence, en ce qu'elle renvoie au juge national et en ce que ses quelques indications « frisent la tautologie »⁷⁰, il est symptomatique de voir que les questions terminologiques à propos de ce qui doit être considéré comme un soin de santé viennent désormais devant le prétoire luxembourgeois après avoir été débattues par les institutions de l'Union⁷¹. Surtout que, dans d'autres jurisprudences, la prudence de la Cour est moins importante ; le renvoi au juge national absent⁷² ou les indications très concrètes⁷³.

II - Possible mise en ordre : les catégories de la protection de la santé en droit européen

Pour réduire quelque peu le désordre, il n'est pas inutile de rappeler que la protection de la santé est considérée par le droit européen de façon certes multiple, mais régulière. Autrement dit, des catégories principales apparaissent. La protection de la santé est en effet soit exposée en tant politique nationale, soit recherchée en tant qu'impératif européen lui-même relié à d'autres impératifs distincts (protection des droits fondamentaux, réalisation du marché

européen au lendemain de la transposition de la directive mobilité des patients, Société de législation comparée, pp. 79-99.

⁶⁸ N. DE GROVE-VALDEYRON, « La directive sur le droit des patients en matière de soins de santé transfrontaliers : véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ? », *R.T.D.E.*, n° 2, avril/juin 2011, p. 299.

⁶⁹ CJUE, 11 juillet 2013, *Fermabel*, aff. C-57/12, non encore publiée au *Rec.* Les centres d'accueil de jour et de nuit en raison du fait qu'ils fournissent des aides et des soins de santé aux personnes âgées peuvent-ils être qualifiés comme tels ?

⁷⁰ D. GUINARD, « Services sociaux et services de santé dans le droit de l'Union européenne », Note sous CJUE, 11 juillet 2013, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique*, aff. C-57/12, *RDSS* 2013 p. 835, Pt 41 : Il incombera pour cela au juge national de vérifier si les activités de soins dispensés par un praticien de l'art infirmier ou par le personnel soignant ou paramédical visant « à évaluer, à maintenir ou à rétablir l'état de santé des personnes âgées, sont fournies par un professionnel de santé et constituent une partie principale de l'ensemble des services offerts par ces centres ».

⁷¹ La directive 2011/24 a en effet défini dans son article 3-a) les soins de santé comme étant des services « fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux ».

⁷² CJUE, 3e ch., 21 mars 2013, *Skatteverket c/ PFC Clinic AB*, aff. C-91/12, non encore publié au *Rec.* L'affaire concerne la définition des soins médicaux et des prestations de soins à la personne effectués dans le cadre d'un conflit relatif à l'exonération de TVA en application de la directive TVA du 28 novembre 2006 pour des actes de chirurgie cosmétique et de chirurgie reconstructrice. La Cour énonce elle-même que des opérations de chirurgie (en l'espèce esthétique) pouvaient relever des notions de « soins médicaux » dès lors « qu'elles ont pour but de traiter ou de soigner des personnes, qui, par suite d'une maladie, d'une blessure ou d'un handicap physique congénital, ont besoin d'une intervention de nature esthétique ». Elle ajoute, par ailleurs, que la conception subjective du patient n'est pas déterminante dans l'appréciation du caractère thérapeutique de l'opération et que, en revanche, la détermination par le professionnel de santé d'une telle finalité est « de nature à influencer sur » son appréciation.

⁷³ CJUE, 26 septembre 2013, *Ottica New Line*, aff. C-539/11, non encore publié au *Rec.* Parce que la Cour considère qu'est un service de soins de santé, un service fourni par un professionnel de la santé, le juge doit parfois se plonger *in concreto* dans les activités quotidiennes de certains professionnels pour évaluer s'il s'agit bien d'activités liées à la protection de la santé et éventuellement en conclure à l'existence de services de soins de santé. Dans l'affaire, la Cour conclut que si l'activité d'opticien ne se limite pas à des activités liées à la protection de la santé (examens de mesure de l'acuité visuelle, contrôle de la correction oculaire, détection des troubles de la vision, correction optique, orientation vers un médecin spécialiste), mais comprend également des activités techniques (montures, réparation des lunettes, vente de lunettes sans verre correcteur ou de produits d'entretien) qui relèvent d'une activité commerciale sans lien direct avec la protection de la santé publique, ce constat ne suffit pas à considérer que l'activité d'opticien n'est pas une profession de santé.

intérieur). Elle est donc tout à la fois un motif de restrictions de certains principes européens (1) tout autant qu'une exigence du droit européen (2).

1) La protection de la santé, motif de restriction des principes du droit européen

Il est d'abord nécessaire de rappeler que l'exposition des mesures nationales de protection de la santé au droit européen n'est pas surprenante. En effet, on pouvait pressentir qu'une mesure de protection de la santé puisse entrer en collision avec certains droits fondamentaux consacrés par le droit européen. Il ne fait, par exemple, pas de doute que la liberté d'entreprise et/ou le droit de propriété pouvaient être atteint du fait de certaines mesures de santé (une mesure d'abattage obligatoire pour des raisons sanitaires⁷⁴, une obligation d'identification individuelle électronique pour les ovins et caprins⁷⁵ ou un retrait du marché d'un médicament⁷⁶). De même, l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée du fait d'une mesure de protection de la santé, comme par exemple l'obligation, sous peine de sanction, de se soumettre à une vaccination⁷⁷ était prévisible.

L'exposition aux libertés économiques ne devait pas faire naître davantage de doutes. Il faut dire que le juge de l'Union considère, de façon constante, que les libertés du traité constituent, que la matière relève ou non du champ de compétence de l'Union, « un cadre de comparution »⁷⁸. Même si les produits et les prestations de santé présentent des particularités, leur qualification comme marchandises et comme prestations de services devait être et a été rapidement retenue. Par exemple, même si les médicaments ne sont « ni un casse-noisettes, ni un tire-bouchon »⁷⁹ et qu'ils possèdent « un caractère très particulier (...) leurs effets thérapeutiques les distinguant substantiellement des autres marchandises (...) (car ils) ont pour conséquence que, si les médicaments sont consommés sans nécessité ou de manière incorrecte, ils peuvent gravement nuire à la santé »⁸⁰, ces derniers demeurent soumis aux règles générales de la libre circulation des marchandises. De la même façon, les soins de santé ont été qualifiés de prestation de service depuis longtemps⁸¹, même si l'on doit aux affaires *Kohll* et *Decker*⁸² de l'avoir soudainement révélé⁸³ : a été explicitement confirmé que « la nature particulière de certaines prestations de services – ici de santé – ne saurait faire

⁷⁴ CJCE, 10 juillet 2003, *Boker Aquaculture Ltd*, aff. C-20/00 et C-64/00, pt. 86 : « Des mesures de destructions de poissons atteints de certaines maladies en l'absence d'indemnisation en faveur des propriétaires affectés ne constituent pas une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit de propriété ».

⁷⁵ CJUE, 5e ch., 17 oct. 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, non encore publié au *Rec*.

⁷⁶ Par exemple, s'agissant de la mise sur le marché d'un médicament, le juge a bien rappelé que seules les exigences liées à la protection de la santé publique doivent être prise en considération lors de la délivrance et du maintien d'une autorisation de mise sur le marché et non les éventuels préjudices économiques susceptibles de découler d'une telle décision, par exemple d'une décision de retrait : TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH et a. c/ Commission*, aff. jtes. T-74/00, T-83/00 à T-85/00, *Rec*. 2002, p. II-4945.

⁷⁷ Cette position a été confirmée expressément dans une décision d'irrecevabilité pour incompétence *rationae temporis* Cour EDH, 9 juill. 2002, *Salveti c/ Italie*, n° 42197/98, non publié : une vaccination obligatoire, en tant que traitement médical non volontaire, constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée reconnu par l'article 8§1 de la Convention EDH.

⁷⁸ L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la CJCE tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *R.T.D.E.*, 2008, pp. 35-36.

⁷⁹ Conclusions sous l'arrêt CJCE, 7 mars 1989, *Heinz Schumacher*, aff. 215/87, *Rec*. 1989, p. 617.

⁸⁰ *Ibidem*, pts 31-32.

⁸¹ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jtes 286/82 et 26/83, *Rec*. 1984, p. 377

⁸² CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec*. 1998, I-01931.

⁸³ E. MOSSIALOS et A. (Ed.), *Health Systems Governance in Europe, The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge University Press, 2010, p. 2.

échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation »⁸⁴. Le « magnétisme sur le juge de la libre prestation de service »⁸⁵ s'est dévoilé encore plus vivement dans l'arrêt *Smits et Peerbooms* car, alors même que les soins de santé étaient dispensés gratuitement au patient, pris en charge directement par le système néerlandais, en nature, d'assurance maladie, la Cour a estimé que les paiements, même forfaitaires, effectués par les Caisses de maladie constituaient la contrepartie économique et présentaient un caractère rémunérateur et que donc, lesdits soins étaient des prestations de service. Certes, parfois la gêne de la Cour est perceptible, qu'il s'agisse de qualifier une interruption volontaire de grosse prestation de service⁸⁶ ou de considérer l'application des règles déontologiques nationales aux professionnels de santé comme des entraves à cette liberté⁸⁷. Mais, cela n'empêche pas l'application des libertés⁸⁸.

Cependant, la comparaison « veut dire simplement que le système en cause est mis en demeure de se justifier. Il n'est pas *ipso facto* condamné ; il est exposé. Il lui revient de montrer qu'il est « objectivement justifié »⁸⁹. Or, c'est à ce stade précisément que les motifs de restrictions entrent en jeu, parmi lesquels figure la protection de la santé. La protection de la santé et de la vie des personnes constitue en effet un intérêt visé par le traité (aux articles 36, 52 et 62 TFUE) permettant aux Etats de justifier une entrave aux libertés économiques, nous en donnons plus loin plusieurs exemples⁹⁰. C'est également le cas sur le terrain des droits fondamentaux. Par exemple dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, la protection de la santé est exclusivement envisagée comme un motif d'ingérence dans l'exercice de certains droits et libertés proclamés. La Convention, dans son article 5- 1 e), évoque les privations de liberté autorisées, notamment la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond⁹¹. L'article 8 qui consacre le droit au respect de la vie privée et familiale autorise en son paragraphe 2 l'ingérence d'une autorité publique nécessaire à la protection de la santé. « Les États ont le droit de contrôler (...) les activités préjudiciables à la vie et à la sécurité d'autrui. Plus grave est le dommage encouru et plus grand est le poids que pèseront dans la balance les considérations de santé et de sécurité publique face au principe

⁸⁴ Arrêt *Kohll* précité, § 20.

⁸⁵ F. KESSLER et J-P. LHERNOULD, « L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la prestation de service », *R.D.S.S.*, n° 7-8/2002, p. 757.

⁸⁶ CJCE, 4 octobre 1991, affaire C 159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan e.a.*, Rec., 1991, p. I-4685 et s.

⁸⁷ CJUE, 4e ch., 12 sept. 2013, *Kostas Konstantinides*, aff. C-475/11, Obs. V. MICHEL, *Europe* n° 11, Novembre 2013, comm. 458 : sollicitée à propos de l'application des règles disciplinaires à un médecin grec effectuant des prestations de santé en Allemagne, la Cour renvoie au juge *a quo* le soin non seulement de trancher l'existence ou non d'entrave (contrairement à son Avocat général) mais également son éventuelle justification.

⁸⁸ Par exemple dans l'affaire *Kostas Konstantinides*, elle donne quelques recommandations (au juge national) sur le terrain même des règles disciplinaires relatives au régime de facturation et à la publicité de l'activité médicale. Concernant la réglementation des honoraires, elle observe que l'entrave pourrait provenir de « l'absence de toute flexibilité du régime » institué et pour la réglementation relative à la publicité, la Cour relève que quand bien même elle n'emporte pas une interdiction totale de la publicité, la formulation de l'interdiction « visant le caractère contraire à l'éthique professionnelle du contenu d'une publicité » et son « ambiguïté certaine » constitue une donnée importante.

⁸⁹ L. AZOULAI, « A propos de la libre circulation des patients dans l'Union. (CJCE 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04) », *R.D.S.S.*, 2006, p. 843.

⁹⁰ I. BUESCHEL, *Les rapports entre santé et libertés économiques fondamentales dans la jurisprudence de la CJCE et du Tribunal*, Thèse Doct., 2009, Aix Marseille Université. Voir aussi, E. BROSSET, « La protection de la santé et les libertés de circulation dans l'Union européenne ou la modernité d'un classique », in *Mélanges en l'honneur de M. Bélanger, Modernité du droit de la santé*, Les études hospitalières, à paraître.

⁹¹ Pour une vue de la jurisprudence fournie : voir le guide édité par la Cour européenne des droits de l'homme sur l'article 5 : www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_FRA.pdf.

concurrente d'autonomie personnelle »⁹². Et, sur la base de cet article, le juge européen a effectué cette pesée à propos de questions aussi diverses que l'interdiction du suicide assisté, les pratiques sadomasochistes⁹³ ou les dépistages et vaccinations obligatoires⁹⁴. On retrouve ce motif de restriction à propos de la liberté de pensée, de conscience et de religion⁹⁵, la liberté d'expression⁹⁶ et encore la liberté de réunion et d'association⁹⁷. Il a permis de justifier des obligations nationales tout à fait diverses depuis celle imposée par la législation anglaise aux conducteurs de moto de porter un casque réglementaire (au lieu du turban pour un Sikh)⁹⁸ jusqu'à celle interdisant la publicité en faveur des produits du tabac en vue de lutter contre le tabagisme et protéger la santé publique⁹⁹.

2) La protection de la santé, exigence du droit européen

La protection de la santé n'est pourtant pas simplement un motif d'exemption au droit européen, elle est aussi une exigence du droit européen, d'abord parce qu'elle figure parmi les objectifs et compétences assignés à l'Union et au Conseil de l'Europe (a), ensuite, parce qu'elle est aussi considérée comme relevant de l'ensemble des droits fondamentaux européens (b).

a) Un objectif et une compétence du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne

L'objectif de protection de la santé est un objectif ancien du côté du Conseil de l'Europe. Certes, elle ne figure pas expressément dans le statut du Conseil de l'Europe, mais son article 1^{er} qui fait référence d'une manière générale au mandat du Conseil dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif et de la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est susceptible d'englober des actions dans le domaine de la santé. Le développement de l'activité du Conseil de l'Europe en la matière a été d'ailleurs conforté par l'adoption de l'Accord partiel dans le domaine social et de la santé publique c'est-à-dire par la résolution du Comité des ministres n° 59/23 du 16 novembre 1959 par laquelle les sept Etats membres du Conseil de l'Europe ont décidé de mener des activités dans les domaines social et culturel et notamment dans celui de la santé publique¹⁰⁰.

⁹² CEDH 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, req. 2346/02, § 74. Pour une vue plus exhaustive sur ce thème : v. E. BROSSET, « La fin de vie et le droit européen », in S. Negri (dir.), *Between Life and Death : Regulating Advance Directives. National and International Perspectives*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 87-106.

⁹³ CEDH 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, req. 21627/93, 21826/93 et 21974/93 et CEDH, 17 février 2005, *K.A et A.D contre Belgique* Requête n° 42758/98 et 45558/99.

⁹⁴ Comm. EDH 10 déc. 1984, *Acmanne et a. c. Belgique* (irrecev.), n° 10435/83, D.R. 40, p. 251, 253. Voir aussi Comm. EDH 15 janv. 1998, *Boffa c. Saint-Marin*, (irrecev.), n° 26536/95, non publié.

⁹⁵ Article 9-2. Voir pour une étude d'ensemble : E. BROSSET, « Santé, religion et laïcité en droit européen », in LECA (A.), *Santé, religion et laïcité*, Les études hospitalières, 2011, pp. 11-41.

⁹⁶ Article 10-2.

⁹⁷ Article 11-2.

⁹⁸ Comm. EDH, déc. 12 juill. 1978, *X. c/ Royaume-Uni* : DR 14, p. 234.

⁹⁹ CEDH, 5 mars 2009, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France* req. n° 13353/05 et *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France*, req. n° 26935/05.

¹⁰⁰ La dite résolution a été plusieurs fois complétée et modifiée par les résolutions R(61)40 du 16/12/1961 ; R(96)34 du 02/10/1996 ; R(96)35 du 02/10/1996 et par la Décision 1031/6.1 - 02/07/2008 (qui a dissout l'Accord partiel et transféré les activités dans le cadre de « *European Directorate for the Quality of Medicines and Health Care* »). Au sein de cet Accord Partiel, deux traités européens ont été conclus : la Convention pour l'élaboration d'une pharmacopée européenne (STE n° 50) et l'Accord européen sur la limitation de l'emploi de certains détergents dans les produits de lavage et de nettoyage (STE n° 64). Depuis voir également la Convention MEDICRIME sur la contrefaçon des médicaments et autres actions similaires menaçant la santé publique adoptée le 28-10-2011.

Du côté de l'Union, l'objectif est plus récent puisque ce n'est que depuis le traité de Maastricht que la protection de la santé a été inscrite explicitement dans des objectifs de l'Union¹⁰¹ et qu'une compétence de l'Union a été reconnue en la matière¹⁰². Toutefois, sans nier la portée de cette modification, on peut admettre que l'objectif concerne l'Union et les Communautés depuis longtemps depuis le projet de Communauté européenne de santé soumis par la France aux États membres de l'Organisation européenne de coopération économique (OECE) en 1952¹⁰³ jusqu'au traité Euratom qui a pour objectif notamment d'assurer la protection sanitaire contre les radiations ionisantes¹⁰⁴ en passant par l'objectif général de bien-être des peuples et d'amélioration des conditions de vie évoqué dans le traité CEE. Quoiqu'il en soit, l'objectif et la compétence de l'Union sont désormais solidement établis. Rappelons d'abord que la protection de la santé est considérée, depuis son officialisation dans le TUE, comme un objectif transversal que l'Union doit poursuivre et intégrer dans la définition et mise en œuvre de toutes ses politiques et actions. Plus qu'un impératif politique, rappelé souvent par la Commission¹⁰⁵, cette transversalité est une obligation du traité répétée à plusieurs endroits¹⁰⁶. Soulignons aussi que les objectifs de l'Union ont été progressivement enrichis. La comparaison entre l'article 129 du traité de Maastricht et l'article 168-1 TFUE (version traité de Lisbonne) est éclairante : l'action de l'Union portait « sur la prévention des maladies, et notamment des grands fléaux, y compris la toxicomanie ». Désormais, les objectifs sont l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies ce qui comprend la lutte contre les grands fléaux dont la toxicomanie mais aussi le tabac et l'alcool. C'est aussi la surveillance des menaces transfrontières graves, et plus largement la protection et l'amélioration de la santé humaine tant physique que mentale. C'est enfin « certains enjeux communs de sécurité en matière de santé publique¹⁰⁷ : la qualité et la sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et dérivés du sang ; la protection de la santé publique dans les domaines vétérinaires et phytosanitaires et la qualité et la sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical¹⁰⁸ ».

¹⁰¹ L'article 3 TCE indiquant que « l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité (...) une contribution à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé ».

¹⁰² Article 129 TCE.

¹⁰³ La résolution, adoptée le 13 décembre 1952 par la conférence préparatoire, est explicite : « considérant qu'une paix durable ne peut être assurée que par une solidarité de fait. Que les conquêtes dans le domaine de la santé et du bien-être social constituent les réalisations les plus propres à établir cette solidarité de fait [...] cette coopération doit être réalisée dans les plus brefs délais ». D'ailleurs, il n'est pas souvent rappelé que l'échec de ce projet s'explique sans doute, moins par la volonté des gouvernements de préserver leur souveraineté nationale, que par des oppositions des industriels et des milieux médicaux et un contexte général (échec CED par exemple) qui a déterminé « ce que les gouvernements peuvent accepter d'intégrer, plus que les caractéristiques intrinsèques des secteurs d'activités » : A. DAVESNE et S. GUIGNER, « La Communauté européenne de la santé (1952-1954) », *Politique européenne*, 3/2013 (n° 41), pp. 40-63.

¹⁰⁴ Voir le chapitre III (articles 30 à 39) du traité qui est entièrement dédié à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les risques résultant des radiations ionisantes. L'article 30 est le cœur de ce dispositif et dispose que : « Des normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des radiations ionisantes sont instituées dans la Communauté. On entend par normes de base: a) les doses maxima admissibles avec une sécurité suffisante, b) les expositions et contaminations maxima admissibles, c) les principes fondamentaux de surveillance médicale des travailleurs ».

¹⁰⁵ Livre blanc, « Ensemble pour la santé : une approche stratégique pour l'UE 2008-2013 » (COM (2007) 630 final).

¹⁰⁶ Elle figure en effet désormais à l'article 168 dès le début au paragraphe 1, dans l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union ainsi que à l'article 9 TFUE parmi les dispositions d'application générale ce qui permet de l'asseoir encore plus solidement.

¹⁰⁷ Article 4-2 k) TFUE.

¹⁰⁸ Article 168-4 TFUE.

b) Un droit fondamental européen

En plus d'être un objectif et un titre de compétence européenne, la protection de la santé est également une exigence du droit européen en ce qu'elle fait partie de la catégorie des droits fondamentaux. Certes, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, le droit à la protection de la santé n'est pas mentionné en tant que tel. Mais d'autres Conventions confirment que le droit à la protection de la santé appartient à l'ensemble des droits fondamentaux. C'est le cas de la Charte sociale européenne¹⁰⁹ qui, dans sa partie I, dispose que « toute personne a le droit de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre »¹¹⁰. Dans la partie II, l'article 11 est spécifiquement consacré au « droit à la protection de la santé » et aux mesures que les Parties s'engagent à prendre par exemple en matière de santé déficiente et de protection contre les maladies épidémiques. C'est aussi le cas la Convention européenne sur les droits de l'Homme et la biomédecine d'Oviedo qui a précisément pour objet de garantir « à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine »¹¹¹.

En outre, dans sa jurisprudence, la Cour européenne a étendu la portée de certains droits de la Convention européenne des droits de l'Homme au domaine de la santé. Dans l'arrêt *Calvelli et Ciglio c. Italie* du 17 janvier 2002¹¹², la Cour le dit sans détour à propos de l'article 2 qui « impose aux États de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction » ce qui, selon elle, doit également s'appliquer « au domaine de la santé publique »¹¹³. L'article 3 de la Convention a été également considéré comme imposant à l'Etat par exemple de s'assurer que la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis¹¹⁴. Elle a pu également considérer qu'« une intervention médicale forcée, même mineure, constitue une ingérence dans l'exercice des droits au respect de la vie privée »¹¹⁵. D'ailleurs, la Cour a fait entrer dans le champ de l'article 8 tout à la fois « les questions liées à l'intégrité morale et physique des individus, à leur participation au choix des actes médicaux qui leur sont prodigués ainsi qu'à leur consentement à cet égard, à l'accès à des informations leur permettant d'évaluer les risques sanitaires auxquels ils sont exposés »¹¹⁶ sans oublier

¹⁰⁹ Charte adoptée à Turin le 18 octobre 1961.

¹¹⁰ §11.

¹¹¹ Article 1 de la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine adoptée par le Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe le 19 novembre 1996 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999.

¹¹² Cour EDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, n° 32967/96, Rec. 2002-I. Les requérants alléguaient la violation de l'article 2 en raison de la prescription de leur action pénale tendant à établir la responsabilité d'un médecin dans le décès d'un nouveau-né lors de l'accouchement. Cf. SUDRE (F.). chron. *JCP G*, n° 31, 31 juillet 2002, I 157,

¹¹³ Cour EDH, 17 janvier 2002, *Calvelli et Ciglio c/ Italie*, n°32967/96, Rec. 2002-I, § 49.

¹¹⁴ Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, n°30210/96, Rec. 2000-XI, § 94.

¹¹⁵ Cour EDH, 9 mars 2004, *Glass c/Royaume-Uni*, n° 61827/00, Rec. 2004-II (l'administration de la diamorphine à un enfant de 12 ans que les médecins estimaient être entré en phase terminale, contre la volonté de la mère, « s'analyse en une atteinte au droit du premier au respect de sa vie privée et plus particulièrement à son droit à l'intégrité physique ».

¹¹⁶ F. SUDRE, Chron., *JCP G* n° 30, 23 juillet 2008, I 167.

toutes celles reliées aux activités biomédicales (gestation pour autrui¹¹⁷, don de gamètes ou encore PMA¹¹⁸).

L'apparition sous cette forme a été plus longtemps discrète quasiment « accidentelle »¹¹⁹ en droit de l'Union. La Cour avait certes reconnu le droit de consentir à un examen préalable à l'embauche et le droit de tenir secret son état de santé¹²⁰ comme des droits fondamentaux. Certes, par l'élimination par le juge des restrictions à la réalisation d'un marché intérieur en matière de prestations de santé, « la Cour avait, d'une certaine manière, joué un rôle de précurseur dans la mise en œuvre du droit de toute personne d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux »¹²¹. Toutefois, c'est véritablement l'inscription dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de l'article 35 qui a fait entrer la santé dans l'univers des droits fondamentaux. L'article prévoit que « toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ». Désormais, « bien que la jurisprudence prenne pour référence principale les libertés fondamentales du traité, il existe un autre aspect (...) important dans le domaine communautaire, qui est celui du droit des citoyens aux soins médicaux (...) et la Cour ne peut pas ignorer cet aspect »¹²². On peut ajouter l'article 3 notamment son alinéa 2 de la même Charte qui consacre « le droit à l'intégrité physique et mentale de la personne dans le domaine de la médecine et de la biologie » et énumèrent les principes qui doivent être, dans ce but, respectés (la nécessité du respect du consentement, l'interdiction des pratiques eugéniques, l'interdiction de l'utilisation du corps comme source de profit et la prohibition du clonage humain reproductif).

III - Relative mise en ordre : exemples d'asymétries au sein du droit européen en matière de santé

Jusque là, la structure paraît simple, le droit européen de la santé est dense mais polarisé et ces pôles peuvent permettre d'organiser le tableau d'ensemble. La simplicité n'est toutefois qu'apparente : en effet, au sein de chacune des catégories, se profilent ici, là, des asymétries qui ne favorisent pas la limpidité de l'ensemble et tout au contraire suscitent des interrogations nombreuses. Par exemple, la protection de la santé, pourtant exception stricte au droit européen, plus particulièrement aux libertés économiques, a fait l'objet d'une interprétation plutôt libérale (1). Autre exemple, pour remplir l'ample exigence de protection de la santé issue du droit européen, les moyens prévus par le droit européen sont régulièrement limités (2). Certes, ces asymétries ne sont pas systématiques et leur signification peut en outre être discutée : il n'empêche, elles font réapparaître le désordre.

1) Interprétation libérale d'une stricte exception ?

¹¹⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, Req. n° 65192/11 et *Labassée c. France*, Req. n° 65941/11.

¹¹⁸ CEDH, 1^{er} avril 2010, *S. H. et autres c. Autriche*, n° 57813/00,; CEDH, 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05.

¹¹⁹ J.-S. BERGE, « Droit communautaire, biomédecine et biotechnologies : entre concordance et antinomie », *R.T.D.E.*, 38 (4), oct.-déc. 2002, p. 645.

¹²⁰ CJCE, 5 octobre 1994. *X. c. Commission*, aff. C-404/92 P, Rec. I- 128. Voir plus récemment : Tribunal de la fonction publique, 21 octobre 2009, *V contre Commission des Communautés européennes*, aff. F-33/08, § 221-228.

¹²¹ Conclusions de l'Avocat général M^{me} Trstenjak présentées le 14 avril 2011, Affaire C-255/09, Commission européenne contre République portugaise.

¹²² Conclusions de l'Avocat général, M. Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 11 janvier 2007, Affaire C-444/05, *Stamalelaki*, pt 40.

Du côté des motifs de restriction, on rencontre une première asymétrie, en particulier du côté du droit de l'Union. La santé y est en effet considérée comme un intérêt au nom duquel les Etats pouvaient déroger aux règles fondamentales du Traité, en particulier les libertés économiques. Or, comme toute exception, elle doit être entendue strictement. Pourtant, *in fine*, l'interprétation par la Cour de justice de l'Union européenne est plutôt libérale ce qui crée une surprenante asymétrie : celle d'une exception plus tout à fait exceptionnelle...

Souvenons nous d'abord que, de manière tout à fait rituelle, la Cour affirme que la « santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et intérêts protégés par le traité »¹²³. Certes, la Cour procède ici par affirmation plus que par explication. Mais, sans guère de doute, l'affirmation vise à conférer à l'intérêt sanitaire un poids important, par exemple, par rapport à d'autres considérations, l'harmonisation des législations¹²⁴ ou encore la préservation des intérêts économiques des opérateurs¹²⁵. Rappelons aussi que la santé publique a la particularité de constituer à la fois une justification prévue par le traité, mais également d'entrer dans les catégories jurisprudentielles d'exigences impératives d'intérêt général ou par des raisons impérieuses d'intérêt général¹²⁶. La Cour a même déjà pu considéré la protection de la santé comme un « intérêt légitime » qui pouvait justifier, *en principe*, une restriction à une liberté fondamentale¹²⁷. Si cette « cohabitation » de qualifications nourrit un peu plus la confusion générale à propos des justifications invocables¹²⁸, elle peut permettre et a permis une utilisation plus fréquente au contentieux.

Cette valorisation s'est accompagnée d'une dilation de l'intérêt relié à la protection de la santé. En effet, la Cour considère le motif de protection de la santé, comme une sorte de justification « tiroir » incluant en son sein des motifs variés ce qui ne peut d'ailleurs guère être contesté. Pour donner quelques exemples, la Cour considère que l'objectif de maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous¹²⁹ peut constituer « une dérogation pour des raisons de santé publique » dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé. Elle n'exclut pas non plus que la protection contre « risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale » puisse être

¹²³ CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. jtes C-171 et 172/07, *Rec.* p. I-4171.

¹²⁴ La protection de la santé est un « objectif du traité tout aussi fondamental que celui de l'harmonisation des législations » : TPICE, 27 juin 2007, *Pays-Bas c/ Commission*, aff. T-182/06, *Rec.* p. II-1983, point. 60.

¹²⁵ TPICE, 28 juin 2005, *Industrias Químicas del Vallés c/ Commission*, aff. T-158/03, *Rec.* p. II-2425, pt 134. Voir également Trib., 9 décembre 2011, *Dow AgroSciences Ltd c/ Commission*, aff. T-475/07. Par exemple, s'agissant de la mise sur le marché d'un médicament, le juge a bien rappelé que seules les exigences liées à la protection de la santé publique doivent être prises en considération lors de la délivrance et du maintien d'une autorisation de mise sur le marché et non les éventuels préjudices économiques susceptibles de découler d'une telle décision, par exemple d'une décision de retrait : TPICE, 26 novembre 2002, *Artgodan GmbH et a. c/ Commission*, aff. jtes. T-74/00, T-83/00 à T-85/00, *Rec.* 2002, p. II-4945.

¹²⁶ Pour un bilan : B. BERTRAND, « Que restent-ils des exigences impératives d'intérêt général », *Europe*, janvier 2012, *chron.* 1, p. 5.

¹²⁷ La lutte contre le tourisme de la drogue et les nuisances qui « se rattachent tant au maintien de l'ordre public qu'à la protection de la santé des citoyens » constituent ainsi un « intérêt légitime », (CJUE, 16 déc. 2010, *Josemans*, aff. C-137/09, *Rec.* pts 65/66).

¹²⁸ Les exigences et raisons impérieuses ne sont pas des dérogations supplémentaires aux libertés de circulation qui sont prévues strictement dans le traité ; elles devraient jouer en théorie uniquement en amont, en permettant d'écarter la qualification même d'entrave pour des mesures indistinctement applicables. Toutefois, la jurisprudence brouille les pistes et utilise ces raisons *ex-post* en tant que justification aux restrictions. Voir pour un bilan : V. HATZOPOULOS, *La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles*, Research Paper in Law, Collège d'Europe, 01/2013, pp. 6-8.

¹²⁹ CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie*, Affaire C-158/96, *Rec.* 1998, p. I-01931, point 50 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, Aff. C-157/99, *Rec.* 2001, I-5473, point 73 ainsi que CJCE, 13 mai 2003, *Müller Fauré et Van Riet*, Aff. C-385/99, *Rec.* 2003, p. I-4509, point 67.

une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services¹³⁰ et ce alors même que la Cour a constamment rappelé que les exigences impératives susceptibles d'être invoquées ne concernaient que des motifs extra-économiques¹³¹. C'est ce motif qui a notamment permis de couvrir les obligations nationales d'autorisation préalable au remboursement de certains soins hospitaliers en dérogation à l'objectif de libre circulation des patients. Certes, la formulation de la Cour est prudente et évite de se prononcer exactement sur le lien entre cette justification et l'exception générale relative à la santé. Toutefois, il est évident : il ne s'agit pas seulement, en validant l'autorisation préalable, de justifications purement financières mais de la possibilité pour l'Etat de maintenir la viabilité du système de remboursement et donc l'accès aux soins et donc *in fine* de participer à la protection de la santé.

Une interprétation de l'exception qui « admettrait l'importance de ce bien que constitue la « santé » mais interposerait des obstacles trop nombreux à sa protection serait manifestement contradictoire et, qui pis est, une mystification »¹³². Ainsi, si le juge considère l'exception sanitaire d'une façon souveraine et avec largesse, il est compréhensible que l'ouverture jurisprudentielle ne s'arrête pas là et qu'elle se poursuive à l'étape du contrôle de l'adéquation de la mesure nationale à un tel intérêt. La jonction s'opère d'ailleurs dans une formule qui régulièrement précède le déroulé du contrôle. La Cour énonce itérativement que, du fait de l'importance de l'intérêt de protection de la santé, il « appartient aux Etats membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint »¹³³. Or, par principe, la liberté de déterminer son propre niveau de protection « desserre l'étau du contrôle »¹³⁴ de l'adéquation de la mesure puisque, du fait de cette libre détermination, ladite mesure ne doit pas être comparée à d'autres pour déterminer sa proportion ou sa disproportion. Sauf quelques exceptions d'ailleurs remarquées¹³⁵, la Cour le dit d'ailleurs très clairement : « le fait qu'un Etat membre impose des règles moins (ou plus) strictes que celles imposées par un autre Etat membre ne saurait signifier que ces dernières sont disproportionnées »¹³⁶. Dans ce contexte, que le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la mesure nationale soit « escamoté »¹³⁷ et la conclusion souvent positive vis-à-vis des mesures étatiques de protection de la santé¹³⁸

¹³⁰ Arrêt précité *Kohll*, point 41.

¹³¹ « L'article 36 vise à sauvegarder des intérêts de nature non économique ; en effet un Etat membre ne saurait être autorisé à se soustraire aux effets des mesures prévues par le Traité sous prétexte de difficultés économiques occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intracommunautaire » (CJCE, 10 juill. 1984, *Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie*, aff. 72/83, Rec. 2727).

¹³² Conclusions de l'Avocat général M. G. F. Mancini, *Duphar*, aff. 238/82, 14 septembre 1983, p. 552.

¹³³ Parmi plusieurs exemples : CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. jtes. C-171 et C-172/07, Rec. p. I-4171, pts. 18-19. Voir également, CJUE, 1^{er} juin 2010, *Perez et Gomez*, aff. C-570/07 et C-571/07, pts. 43-44.

¹³⁴ A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », in D. KAMINSKI (Dir.), *La flexibilité des sanctions*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 519-540.

¹³⁵ Voir l'arrêt du 28 janvier 2010, *Commission/France*, C-333/08, Rec. p. I-00757, point 105 : « la circonstance que plusieurs autres Etats membres prévoient, au bénéfice des donneurs de sang, une indemnisation qui correspond au remboursement des frais encourus peut être pertinente lors de l'appréciation de la justification objective avancée à l'égard de la réglementation autrichienne et, notamment, à l'égard de l'appréciation de la proportionnalité de celle-ci ». Ici, à partir de là, la Cour conclut qu'en interdisant l'importation de produits de transfusion en provenance d'autres Etats membres dans lesquels le don du sang est gratuit, mais le défraiement permis, la réglementation est disproportionnée.

¹³⁶ CJCE, 11 sept. 2008, aff. C-141/07, *Commission c/ Allemagne*, pt 51.

¹³⁷ A. DEFOSSEY, « Le contrôle de proportionnalité réduit à peau de chagrin ? », *R.T.D.E.*, 2012, pp. 731 et s.

¹³⁸ F. BERROD, « Libre circulation et protection nationale de la santé, quelle conciliation des droits et des libertés », in L. POTVIN-SOLIS (Dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*,

n'est pas étonnante. La jurisprudence sur les monopoles et les maillages pharmaceutiques¹³⁹, compatibles selon la Cour à la liberté d'établissement en constituent les étendards¹⁴⁰ surtout qu'elle semble de plus en plus plastique ainsi qu'en atteste l'arrêt *Venturini*¹⁴¹ dans lequel la Cour a admis, au titre de la justification, une mesure participant à l'« effectivité »¹⁴² d'une mesure à proprement dite de planification pharmaceutique¹⁴³. Par un tel « raisonnement en cascade », de « garantie en garantie »¹⁴⁴, le processus pourrait être très extensible et témoigne en tous les cas de « la faveur dont jouit la protection de la santé publique »¹⁴⁵ ce qui peut déclencher de nombreuses discussions¹⁴⁶.

Visible à certains endroits, cette asymétrie, et c'est que ravive encore la discussion, semble pourtant moins nette à d'autres endroits. Rappelons, même si cela est peut-être évident, que les tests de nécessité et de proportionnalité ne sont pas toujours passés avec succès et surtout que le contrôle exercé par la Cour est parfois tout à fait précis¹⁴⁷. Par exemple, le juge de l'Union exige toujours une évaluation « approfondie »¹⁴⁸ du risque qui devra faire apparaître un risque « plausible »¹⁴⁹ pour la santé, opérant en cela un contrôle plutôt exigeant de la nécessité de la mesure. Soulignons également que, si à certains égards, le contrôle de la proportionnalité semble se « raccourcir », il s'allonge à d'autres endroits, enrichi de nouveaux

Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 10. J-C. BONICHOT, « La Cour de justice et la santé publique : prudence limitée ou audace mesurée ? », *Gazette du Palais*, 20 juin 2009, n° 171, p. 8.

¹³⁹ CJCE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. Jtes. C-171 et C-172/07, *Rec.* p. I-4171 et CJCE, 19 mai 2009, *Commission c/ Italie*, Aff. C- 531/06, *Rec.* p. I- 4103. Voir aussi CJUE, 1^{er} juin 2010, aff. C-570/07 et C-571/07, *Blanco, Pérez et Gómez* et CJUE, 13 févr. 2014, *Susanne Sokoll-Seebacher*, aff. C-367/1, non encore publiée au *Rec.* Voir à ce propos : D. BLANC, « La planification des services de santé et le droit de l'Union européenne : vers la reconnaissance d'une « exception sanitaire » ou l'intégration de la santé au marché ? », *R.T.D.E.*, 2013, p. 217.

¹⁴⁰ V. MICHEL, « L'épouvantail du tout marché écarté, la santé publique valorisée », *Europe*, juillet 2009, pp. 11-13. J. PEIGNE, « La propriété des pharmacies d'officine : quand capitalisme ne rime pas avec libéralisme », *R.D.S.S.*, 299/5, p. 903.

¹⁴¹ CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C- 159 et C-161/12, non encore publié au *Rec.*

¹⁴² *Ibidem*, pt 54.

¹⁴³ Pour valider une interdiction prévue par la loi italienne de vendre en parapharmacie (sous la responsabilité de pharmaciennes diplômées) des médicaments (soumis à prescription, mais dont le coût était entièrement à la charge du client) au regard de la liberté d'établissement, la Cour a en effet considéré « qu'il n'est pas exclu » qu'une faculté de commercialisation libre de certains médicaments dans les parapharmacies « risque d'entraîner une diminution de la clientèle des pharmacies et, dès lors, de priver celles-ci d'une part importante de leurs revenus » et « aboutir, le cas échéant, à la fermeture définitive de certaines pharmacies ». Et de conclure que le risque de défaut d'approvisionnement de médicaments sûr et de qualité » est constitué.

¹⁴⁴ V. MICHEL, *Europe* n° 2, Février 2014, comm. 70

¹⁴⁵ A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ, *R.T.D.E.*, 2010. 636.

¹⁴⁶ La référence au respect de l'identité nationale et aux « fonctions essentielles de l'Etat », dans le traité ne pourrait-elle pas « couvrir » la « défense de l'Etat providence » et la préservation des systèmes nationaux de santé ce qui impliquerait que l'on raisonne non pas depuis le registre des exceptions, mais avec le registre des droits ? Voir les nombreuses contributions dans l'ouvrage : J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance des droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

¹⁴⁷ Voir par exemple CJUE, 2 décembre 2010, *Ker-Optika*, aff. C-108/09, *Rec.* 2010, I-12213 : la Cour conclut après un long et précis raisonnement que l'interdiction absolue de commercialiser les lentilles sur internet est excessive.

¹⁴⁸ CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c. Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* 2003, p. 9693. Ne satisfait pas à cette exigence l'avis qui se borne à évoquer « de manière vague ce risque général d'apport excessif, sans préciser les vitamines concernées, le degré de dépassement desdites limites ou les risques encourus en raison de tels dépassements (pts. 55-57).

¹⁴⁹ TPICE, 26 novembre 2002, *Artogodan GmbH e.a. c. Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.* 2002, p. II-4945, pt. 192. Voir aussi TPICE, 11 septembre 2002, *PfizerAnimal Health SA c. Conseil*, aff. T-13/99, *Rec.* 2002, p. II-3305.

tests, comme celui du contrôle de la cohérence de la mesure nationale adoptée. La Cour considère ainsi qu'une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué, la protection de la santé, que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique¹⁵⁰. En fait, par cette condition, le juge substitue à la comparaison externe de la mesure nationale, une évaluation en soi, « à l'intérieur de chaque ordre juridique national »¹⁵¹ de la mesure nationale pour en vérifier la rationalité interne ce qui implique nécessairement un examen très concret et matériel de la mesure. La récurrence du contrôle de cette condition à propos d'une législation régionale soumettant à autorisation l'ouverture des magasins d'optique¹⁵² puis à nouveau d'une législation soumettant un autorisation préalable l'autorisation d'ouverture d'officines de pharmacie¹⁵³ « confirme l'importance croissante accordée depuis quelques temps à la vérification de la cohérence des mesures nationales restrictives des libertés de circulation garanties par le traité »¹⁵⁴. La reconfiguration passe également par l'insertion d'un autre test, celui de la transparence de la mesure nationale. Par exemple, pour qu'un régime d'autorisation préalable à la création de pharmacies soit considéré comme justifié, « il doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, qui assurent qu'il soit propre à encadrer suffisamment l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales »¹⁵⁵. Ce test, parfois également désigné sous l'expression « test du pouvoir discrétionnaire »¹⁵⁶ a d'ailleurs déjà permis d'invalider certaines mesures nationales (en l'espèce d'autorisation préalable à l'ouverture de magasins d'optique)¹⁵⁷.

2) Moyens limités pour une ample exigence ?

Cette asymétrie en réunit deux différentes. La première est relative aux activités normatives de l'Union ou du Conseil de l'Europe. Si les objectifs assignés à ces organisations sont ambitieux, il est curieux de constater que les compétences confiées sont souvent mesurées (a). La seconde est relative au droit à la protection de la santé, qui pourtant consacré expressément ou par ricochet comme un droit fondamental, est souvent libellé avec une grande prudence (b). Là encore, les asymétries ne sont pas systématiques mais se répètent à plusieurs endroits.

a) Des compétences mesurées pour un objectif ambitieux

Du côté des objectifs et des compétences, une première asymétrie peut se lire, particulièrement dans l'Union où elle se voit nettement. Il y a en effet une déconnection

¹⁵⁰ Voir CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, Rec. 2009, I-1721, pt 63, s'agissant de l'autorisation de création d'une polyclinique privée dispensant des soins dentaires ambulatoires. Dans cet arrêt, un régime d'autorisation préalable à la création d'une polyclinique dentaire, pourtant justifié par des raisons de santé publique, n'a pas été considéré comme justifié du fait même de son « incohérence », en l'espèce de la distinction opérée entre les polycliniques – soumises à l'autorisation – et les cabinets de groupe – exemptés –, alors même que ces deux catégories de prestataires pouvaient fournir des volumes de prestations médicales équivalents. Selon la Cour, cette incohérence « s'oppose à ce qu'il soit reconnu que la législation concernée est propre à garantir la réalisation des objectifs susmentionnés ».

¹⁵¹ V. HATZOPOULOS, *La justification des atteintes aux libertés de circulation : cadre méthodologique et spécificités matérielles*, Research Paper in Law, Collège d'Europe, 01/2013, p. 13.

¹⁵² CJUE, 26 septembre 2013, *Ottica New Line di Accardi Vincenzo*, aff. C-539/11.

¹⁵³ CJUE, 13 février 2014, *Susanne Sokoll-Seebacher*, aff. C-367/12.

¹⁵⁴ D. SIMON, « Limitations démographiques et géographiques à l'implantation des magasins d'optique », *Europe*, n° 11, Novembre 2013, comm. 456.

¹⁵⁵ CJUE, 13 février 2014, *Susanne Sokoll-Seebacher*, aff. C-367/12, pt 27.

¹⁵⁶ V. MICHEL, *Europe* n° 4, Avril 2014, comm. 159.

¹⁵⁷ CJUE, 26 septembre 2013, *Ottica New Line di Accardi Vincenzo*, aff. C-539/11, pt 52.

sérieuse entre les objectifs amples de l'Union en matière de protection de la santé et les compétences mesurées qui lui sont attribuées. La protection de la santé humaine appartient en effet, depuis son apparition, principalement à la catégorie des compétences « secondes »¹⁵⁸ qui permettent à l'Union uniquement « de mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres »¹⁵⁹. Certes, relèvent de la compétence partagée de l'Union certains « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique »¹⁶⁰, cependant ces compétences d'harmonisation sont très sérieuses et sont en outre verrouillées définitivement par le paragraphe 7 de l'article 168 qui énonce que l'Union respecte pleinement la « responsabilité des Etats dans la définition de leur politique de santé ainsi que l'organisation et la fourniture des services de santé et de soins médicaux ». Il n'est pas anodin d'observer que ce verrou a été consolidé¹⁶¹ et décliné¹⁶² comme impossible à faire sauter.

Certes, l'asymétrie peut être réduite par le rattachement de la protection de la santé à d'autres compétences que la compétence expresse, par une sorte de « double vie – celle en propre sur le fondement des dispositions spécifiques (...) et celle indirecte au travers des autres politiques »¹⁶³. C'est ce qui a très clairement eu lieu dans le secteur de la santé. Est-il ainsi utile de rappeler combien l'article 114 TFUE a servi de base juridique à l'harmonisation dans le domaine de la santé¹⁶⁴ ? Cette utilisation, admise par la Cour¹⁶⁵, est d'ailleurs impliquée précisément par le principe d'intégration qui permet un ajustement des compétences sur le fondement d'un objectif transversal. En outre, elle est encadrée par le principe selon lequel les institutions visent un « niveau « élevé » de protection de la santé »¹⁶⁶ fondé sur les données techniques et scientifiques disponibles. Elle n'est enfin pas spécifique à la santé. Cependant, elle est toutefois assez extrême dans ce domaine ce qui doit amener à s'interroger.

b) La prudence des libellés du droit fondamental

La seconde asymétrie est reliée au droit à la protection de la santé. Reconnu régulièrement et solennellement comme un droit fondamental, les libellés du droit à la protection de la santé ou encore des droits à l'égard de la médecine et de la biologie contrastent par leur prudence.

¹⁵⁸ M. BLANQUET, Compétences de l'Union, fasc 170, *Jcl Europe*, 3, 2012, pt 100.

¹⁵⁹ Article 6 TUE.

¹⁶⁰ Article 4-2 k) TFUE.

¹⁶¹ Au moment de son apparition dans le Traité d'Amsterdam la clause était très élémentaire et imposait de respecter « pleinement les compétences des Etats membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux ». Avec le traité de Lisbonne, la clause de respect de la compétence nationale a été largement affinée.

¹⁶² Ladite clause est d'ailleurs reprise, sous une forme quelque peu différente, dans l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux sur le droit de toute personne « d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux » qui énonce en effet que le droit est reconnu « dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales ».

¹⁶³ V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », in E. NEFRAMI (Dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 204.

¹⁶⁴ V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », in E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 113. Voir aussi V. MICHEL, « Entre logique économique et sanitaire : la conception des droits des patients en matière de soins transfrontaliers », *R.A.E.*, 2011/13, p. 508.

¹⁶⁵ CJCE, 5 octobre 2000, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-376/98, *Rec.* p. I- 8419, pt. 88, 12 décembre 2006, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-380/03, *Rec.* 2006, I- 11573, pt. 80. Elle estime que, lorsque les conditions du recours à cet article comme base juridique se trouvent remplies, le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur cette base juridique du fait que la protection de la santé publique est déterminante dans les choix à faire.

¹⁶⁶ Voir l'article 114-3 TFUE. On retrouve l'impératif dans l'article 35, deuxième phrase de la Charte ainsi que dans le paragraphe d'ouverture de l'article 168 TFUE.

La formule régulièrement déclarative de la Convention sur la biomédecine fournit une première illustration¹⁶⁷. Par exemple, l'article 2 de la Convention prévoit de manière très théorique que « l'intérêt et le bien être de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société et de la science » ou encore énonce, sans plus de précision, que le principe de consentement au traitement ou à la recherche médicale¹⁶⁸ ou encore l'accès équitable aux soins de santé appropriés¹⁶⁹ devront être garantis. Certes, on peut repérer certaines formulations plus catégoriques¹⁷⁰ et qui contiennent, selon le rapport explicatif de la Convention, « des dispositions qui, aux termes du droit interne de nombreux Etats, remplissent les conditions pour être directement appliquées »¹⁷¹. Toutefois, globalement, « (...) on ne saurait prendre ce texte pour ce qu'il n'est pas et ne prétend pas être : un code international de bioéthique. Il s'agit d'une convention-cadre qui se borne à poser certains principes »¹⁷².

Du côté de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, le libellé de l'article 35 est également très prudent lui conférant par avance une « attristante vacuité »¹⁷³. En effet, l'article consacre un droit à la protection de la santé mais dans « les conditions établies par les législations et pratiques nationales »¹⁷⁴. Or, un tel renvoi nourrit la thèse de la qualification de l'article 35 en principe¹⁷⁵, principe,, qui à la différence d'un droit, aurait la particularité de devoir être « mis en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des Etats membres »¹⁷⁶ et donc d'être dépourvu d'invocabilité directe, « leur invocation devant le juge n'étant admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes »¹⁷⁷. On ajoutera que ce principe, au terme de l'article 51 de la Charte, ne lie les Etats membres que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union », c'est-à-dire, dans le « champ d'application du droit de l'Union »¹⁷⁸. Or, en dépit de quelques jurisprudences généreuses¹⁷⁹, cette condition du « champ d'application » pourrait créer des obstacles supplémentaires dans le domaine de la santé. Les rares occasions d'utilisation de l'article 35 qui se sont présentées à la Cour n'ont pas pu aboutir précisément

¹⁶⁷ C. BYK, « La Convention européenne sur la biomédecine et les droits de l'homme et l'ordre juridique international », *J.D.I.*, n°1, 2001, p. 51.

¹⁶⁸ Article 5, Convention biomédecine

¹⁶⁹ Article 3, Convention biomédecine.

¹⁷⁰ Voir par exemple l'article 11 qui énonce que « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite » ou encore l'article 18 selon lequel « La constitution d'embryons humains à des fins de recherche est interdite ».

¹⁷¹ Voir à ce sujet L. DUBOIS, « La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine », *R.D.S.S.*, 34 (2), avril-juin 1998, p. 217.

¹⁷² *Ibidem*, p. 212.

¹⁷³ L. DUBOIS, « Article II-95-Protection de la santé », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 465.

¹⁷⁴ « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux » dans ces conditions.

¹⁷⁵ Dans la Charte, une distinction entre « droits » et « principes » est introduite à l'article 51, paragraphe 1 et dans l'article 52, paragraphe 5. L'Union et les États membres sont uniquement tenus de « promouvoir » les « principes » énumérés dans la Charte et, à cette fin, ils adoptent les mesures d'« application » nécessaires pour garantir que cette promotion soit effective.

¹⁷⁶ Article 52-5 de la Charte.

¹⁷⁷ CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor eG contre Land Rheinland-Pfalz*.

¹⁷⁸ Sur cette question, cf. A. BAILLEUX, « Les droits de la défense et les (autres) droits fondamentaux devant les juridictions de l'Union », in S. MAHIEU (Dir.) *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 57-88, spéc. pp. 58-59.

¹⁷⁹ CJUE, arrêt du 26 février 2013 dans l'affaire C-617/10, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*.

pour cette raison¹⁸⁰. Ainsi, dans l'affaire *Siroka*¹⁸¹, la Cour s'est déclarée incompétente pour interpréter la Charte et son article 35¹⁸² à propos d'un litige relatif à la vaccination obligatoire des mineurs en Slovaquie faute de lien de rattachement au champ d'application du droit de l'Union.

Certes, là encore, l'asymétrie ne doit pas être surestimée. Et pour cause, même sans libellé, la Cour européenne des droits de l'Homme a forgé une jurisprudence tout à fait constructiviste, même si certaines jurisprudences assombrissent quelque peu l'ensemble¹⁸³. Surtout que, certains avocats généraux font référence à l'article 35, estimant même que « bien que la jurisprudence prenne pour référence principale les libertés fondamentales du traité, il existe un autre aspect de plus en plus important dans le domaine communautaire, qui est celui du droit des citoyens aux soins médicaux et qui est proclamé par l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »¹⁸⁴. La Cour elle-même fait montre de bonne volonté, par exemple en examinant d'office la compatibilité¹⁸⁵ – qui n'a pas posé de difficulté – d'un règlement relatif aux allégations de santé à l'article 35 de la Charte. En outre, la qualification de « principe » n'a pas encore été confirmée par le juge à propos de l'article 35. Il n'en demeure pas moins que les obstacles à l'utilisation de l'article sont nombreux et la proposition de raisonner sur la base d'une conciliation équilibrée, dans l'Union, entre les principes de libertés et les droits fondamentaux de l'individu en particulier ici, le droit à la prévention et à l'accès aux soins, reste encore largement une perspective mobilisatrice plus qu'une réalité¹⁸⁶.

Pour conclure, nécessaire, la mise en ordre paraît bien éphémère et le désordre, constaté au départ de notre analyse, durable. En effet, à l'extraordinaire variété thématique des développements du droit européen de la santé (partie 2) s'ajoutent la mixité des leviers de construction du droit européen en matière de santé et les nombreuses discussions que leur application suscitent (partie 1). Il s'accroît d'ailleurs encore un peu plus lorsque l'on quitte

¹⁸⁰ CJUE, Ordonnance du 23 mai 2011, *André Rossius et Marc Collard contre État belge*, Affaires jointes C-267/10 et C-268/10, *Rec.* 2011, I-00081.

¹⁸¹ CJUE, Ordonnance, 17 juillet 2014, *Siroka*, aff. C- 459/13.

¹⁸² L'article était d'ailleurs invoqué sous une forme intéressante afin de savoir si le droit d'accéder à la prévention pouvait impliquer celui « de choisir d'accéder ou non à la prévention » (pt 31).

¹⁸³ Voir la jurisprudence de la Cour sur l'expulsion des étrangers malades et la contribution du Professeur J-P. Marguénaud à ce sujet dans l'ouvrage.

¹⁸⁴ Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire *Stamalelaki*, 11 janvier 2007, C-44/05, par. 40.

¹⁸⁵ CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor eG contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. C- 544/10, non encore publiée, pt 45. La demande portait en partie sur la validité de certaines dispositions du règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires (JO L 404, p. 9), tel que modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 116/2010 de la Commission, du 9 février 2010 (JO L 37, p. 16) au regard des articles 15, paragraphe 1, et 16 de la Charte. Or, la Cour énonce qu' « il importe également de tenir compte de l'article 35 » et que « c'est au regard non seulement de la liberté professionnelle et de la liberté d'entreprise, mais également de la protection de la santé, qu'il y a lieu d'apprécier la compatibilité de l'interdiction, sans exception, d'une allégation du type de celle en cause au principal ». La Cour a finalement validé – au terme d'une conciliation rapide avec d'autres droits fondamentaux tels que la liberté professionnelle – des interdictions – pourtant absolues – motivées par des raisons de santé (ici des allégations de santé dans les boissons alcooliques).

¹⁸⁶ Voir A. BAILLEUX, « Entrave et droits fondamentaux », in L. AZOULAI (Dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 233. Voir aussi Voir l'étude très synthétique de G. MARTI, « La conciliation entre les droits et les libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation », in L. POTVIN-SOLIS (Dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 284 et s.

la « monade isolée »¹⁸⁷ du droit européen et qu'on tourne le regard en direction de l'influence du droit européen sur les droits des Etats membres (ou encore sur le droit international public) (partie 3). Véritable boîte noire, le processus d'européanisation¹⁸⁸ est toujours un phénomène complexe. Il l'est, et des analyses de sciences politiques et de sociologie l'ont bien montré¹⁸⁹, aussi dans le champ de la santé. En effet, si *a priori*, l'influence du droit européen est déclenchée par l'existence d'un décalage avec le droit national, elle ne se réalise jamais pas de façon mécanique et linéaire¹⁹⁰, mais au contraire par séquences successives selon des stratégies variables des Etats (et des acteurs nationaux) qui font usage des ressources et contraintes européennes. Et tous les types de stratégies (et donc d'influence) sont envisageables depuis l'appropriation rapide à la résistance dure. Les transferts juridiques depuis le droit européen vers les droits nationaux de la santé sont donc extraordinairement variés, fonctions à la fois des Etats et des règles concernées, en tous les cas difficiles à saisir avec « une précision numérique »¹⁹¹.

Certes on pourrait alors conclure cette introduction avec un relatif sentiment d'échec. Il faut dire qu'en droit, le graal est d'ordonner le désordre, de réduire en plusieurs éléments simples un phénomène complexe. La notion même d'ordre juridique continue, quoiqu'abondamment discutée, de structurer la pensée juridique¹⁹². Or « le désordre du droit revient à contester le présupposé selon lequel le droit est ordre (juridique) et ordonnancement (des règles) »¹⁹³. Toutefois, il a également été lumineusement démontré que, suivant les théories scientifiques du chaos, il est possible de concevoir que le droit lui-même est un désordre permanent surtout « s'il prétend retraduire une recherche constante d'équilibre entre valeurs diversifiées »¹⁹⁴. En droit européen d'ailleurs, sûrement parce que l'ordre juridique européen ne répond pas de manière aussi évidente aux exigences constitutives d'un ordre juridique, le désordre est un donné à partir duquel il faut souvent composer¹⁹⁵.

Sans s'engager dans ces discussions hautement théoriques, on se contentera de souligner que penser le désordre est sans aucun doute souvent plus « fécond » que réfléchir sur l'ordre dont le « caractère sclérosé, schématique, abstrait et simplificateur »¹⁹⁶ est bien moins stimulant. Or quoi de plus enthousiasmant que d'ouvrir sur une féconde réflexion ?

¹⁸⁷ P. REUTER, « La CJCE et le droit international », *Mélanges Guggenheim*, Genève, IHEI, 1968, p. 670.

¹⁸⁸ T. DELPEUCH, *L'européanisation et ses coins d'ombres*, Congrès AFSP Strasbourg 2011 : <http://calenda.org/204081>.

¹⁸⁹ Voir les travaux de P. HASSENTEUFELD, par exemple : « Quelles européanisation des systèmes de santé », *Informations sociales*, n° 175, pp. 48-59 ou encore S. GUIGNER, *L'institutionnalisation d'un espace européen de la santé. Entre intégration et européanisation*, Thèse de science politique, Université Rennes 1.

¹⁹⁰ S. SAURUGGER et Y. SUREL, « L'européanisation comme processus de transfert de politique publique », *Revue internationale de politique comparée*, 2006/2, vol. 13, pp. 179 à 211.

¹⁹¹ J. MAÏA, « La contrainte européenne sur la loi », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, pp. 53-71.

¹⁹² Pour comprendre les discussions, voir C. LEBEN, « Ordre juridique » et G. TIMSIT « Système juridique » in D. ALLAND et S. RIALS (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003. Voir aussi F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1988.

¹⁹³ G. KOUBI, « Des-Ordre/s juridiques/s », in *Désordre(s)*, CURAPP, PUF, 1997, pp. 201 à 214.

¹⁹⁴ J. CHEVALLIER, *Présentation in Désordre(s)*, CURAPP, PUF, 1997.

¹⁹⁵ S. BESSON, N. LEVRAT, *(Dés)ordres juridiques européens - European Legal (Dis)orders*, Schulthess, 2012, 290 p. Voir aussi H. OBERDORFF, « Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne », *R.D.P.*, 1^{er} janvier 2006, n° 1, pp. 113 et s. Voir enfin les développements substantiels à ce propos de L. GUILLOUD-COLLIAT, *L'action normative de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 312 p.

¹⁹⁶ E. MORIN, *Introduction à la complexité*, ESF éd., Paris, p. 122.

