L'APPORT DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE AU « DROIT » À LA SANTÉ

Antoine BAILLEUX

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

La présente contribution entend s'interroger sur la plus-value qui résulte de l'inscription de la protection de la santé dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et singulièrement dans son article 35. Il s'agit plus précisément de mesurer l'impact d'une telle consécration sur le niveau de protection de la santé reconnu dans l'ordre juridique de l'Union européenne ainsi que son influence sur les législations nationales en matière de santé publique.

L'article 35 fait partie du Titre IV de la Charte, intitulé « Solidarité ». Il dispose que « [t]oute 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. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ».

On le sait, l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux au tournant du millénaire a été présentée comme un processus de codification à droit constant[1]. Soucieux de ne pas effrayer certains gouvernements peu enclins à voir se développer, à côté du Conseil de l'Europe et de sa Cour européenne des droits de l'Homme, une deuxième « Europe des droits fondamentaux », les membres de la Convention chargée d'élaborer la Charte ont été amenés à faire preuve de retenue. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que l'incorporation des préoccupations de santé publique dans la Charte se soit opérée en mode mineur et qu'elle n'ait pas révolutionné la place de la santé dans l'ordre juridique

1 *Cf.* E. Bribosia, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : un exemple de codification au plan européen », *Rev. dr. ULB*, 2003, pp. 231-258.

de l'Union européenne (§ 1). Pour autant, on aurait tort de ne voir dans l'article 35 de la Charte qu'une coquille vide dont l'utilité se cantonnerait au registre symbolique ou politique. Logée au cœur d'un instrument qui fait l'objet de toutes les attentions, cette disposition est porteuse de virtualités intéressantes, susceptibles de renforcer la protection de la santé publique dans l'Union (§ 2).

§ 1. – Les espoirs déçus – l'article 35, un tigre de papier

Il s'en faut de beaucoup que l'article 35 constitue une avancée décisive et immédiate pour la protection de la santé. Premièrement, son libellé manque singulièrement de souffle, qui se réfère aveuglément aux législations nationales et reprend mot pour mot les termes de l'article 168 du TFUE (A). Ensuite, il place la santé dans la catégorie des « principes », dont la justiciabilité est nettement plus restreinte que celle dont jouissent traditionnellement les droits fondamentaux (B). Par ailleurs, à l'instar des autres dispositions de la Charte, l'article 35 n'est opposable aux États membres de l'Union que dans des circonstances particulières (C). Enfin, force est de constater que l'entrée en vigueur de la Charte n'a eu guère d'influence sur la façon dont la Cour de justice arbitre les conflits entre la santé et des valeurs ou intérêts concurrents (D).

A. – *Un libellé modeste*

Les termes mêmes de l'article 35 révèlent la préoccupation de ses auteurs de le cantonner au registre confirmatif.

Penchons-nous d'abord sur la première phrase, en vertu de laquelle « [t]oute 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* » (nous soulignons). La référence au droit national n'est guère surprenante si l'on veut bien se rappeler que les États membres conservent l'essentiel de la compétence en matière de santé. Cette sujétion aux législations et pratiques étatiques n'en prive pas moins cette première phrase de tout son mordant, la réduisant à une inutile lapalissade. On conviendra sans peine qu'il n'y a pas grand-chose à espérer d'un « droit » dont le contenu et la portée sont subordonnés à la bonne volonté des autorités politiques nationales. On ajoutera, dans le sillage de Clemens Ladenburger, qu'en créant ainsi des droits à géométrie variable, l'article 35 de la Charte (comme du reste neuf autres de ses dispositions) cadre mal

avec les principes d'uniformité et d'autonomie du droit de l'Union[2]. De là à prétendre, comme le fait l'auteur précité, que le renvoi aux législations nationales doit être entendu comme une simple consigne d'interprétation enjoignant le juge de l'Union à dégager la portée de l'article 35 au bénéfice d'une analyse comparée des droits nationaux, il y a un pas que l'on se gardera de franchir.

La seconde phrase de l'article 35 ne dénote pas d'une plus grande ambition, qui se contente de reproduire le libellé de l'article 168, § 1er, du TFUE, dont l'origine remonte au Traité de Maastricht. Identiques, ces deux dispositions sont le plus souvent invoquées conjointement et indistinctement par les juridictions de l'Union européenne, révélant ainsi leur redondance. Qui plus est, ces deux dispositions elles-mêmes sont systématiquement présentées comme de simples *confirmations* de l'importance de la protection de la santé telle qu'elle ressort d'autres dispositions du droit primaire[3].

B. – *Une justiciabilité restreinte*

Force est de reconnaître que « l'accès, à la fois à la prévention de la santé et au bénéfice des soins médicaux, constitue un droit très général, trop général pour être juridiquement définissable […] de sorte qu'il ne constitue pas un droit individuel invocable devant la Cour européenne »[4].

Cette imprécision du libellé de l'article 35 conduit à s'interroger sur la nature des prérogatives qu'il consacre. Or, il ressort des articles 51 et 52 de la Charte que celle-ci contient tant des *droits* que des *principes*. La « densité normative » de ces derniers est pour le moins obscure. Rappelons que l'article 51 de la Charte enjoint l'Union et ses États à « observe[r] les principes », tandis que l'article 52, § 5, prévoit

2 C. Ladenburger, « Fundamental rights and citizenship of the Union », in *Genèse et destinée de la Constitution européenne* (G. Amato *et a*l. dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 311-365, spéc. pp. 335-336.

3 *Cf*., p. ex., CJUE, 1er juin 2010, *Blanco Pérez*, aff. C-570 et C-571/07 *Rec*., p. I, pt 65 : « L'importance dudit objectif est confirmée par les articles 168, paragraphe 1, TFUE et 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en vertu desquels, notamment, un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union européenne ». Voy aussi CJUE, 21 juin 2012, *Susisalo*, aff. C-84/11, non encore publ. au *Rec*., pt 37 ; CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C-159 à C-161/12, non encore publ. au *Rec*., pt 41.

4 Réseau européen d'experts indépendants en droits fondamentaux, *Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, juin 2006, p. 308, https://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/infobaseShowContent.do ?infobaseItemCategoryIdVar=285&idCountryVar=169&clktree=yes&btnLanguage_.

que « [le]s dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». Pour sibyllines que soient ces dispositions, il semble au minimum en ressortir que les principes « ne donnent pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres » (explications *ad* art. 52, § 5[5]). En revanche, il apparaît que ces principes peuvent être invoqués en justice en vue de l'interprétation et du contrôle des mesures nationales et des actes de droit dérivé qui les mettent en œuvre. On reconnaîtra qu'ainsi interprétée, l'invocabilité des principes est relativement limitée. Il semble en effet quelque peu circulaire, voire absurde, de considérer que les seuls actes susceptibles d'être invalidés pour violation d'un principe sont ceux-là mêmes qui visent à leur donner une consistance.

Ce constat est renforcé par l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Glatzel*[6] relative à la validité, au regard notamment de l'article 26 de la Charte (intégration des personnes handicapées), d'une disposition d'une annexe à la Directive 2006/126 relative au permis de conduire. Cette disposition subordonne la conduite d'un véhicule à moteur à la preuve d'une acuité visuelle minimale pour chaque œil. Dans le premier temps de son raisonnement, la Cour fait preuve de générosité. Considérant que l'article 26 de la Charte relève de la catégorie des principes, elle estime qu'il peut être invoqué pour contester la légalité de la Directive 2006/126 dès lors que celle-ci met en œuvre le principe consacré par ce même article 26. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour note qu'aux termes du considérant 14 de la Directive, « il convient d'arrêter des dispositions spécifiques pour favoriser l'accès des personnes physiquement handicapées à la conduite des véhicules ». Il y a là manifestement une interprétation très extensive de la notion de « mise en œuvre » utilisée à l'article 52, § 5, de la Charte. Cette audace interprétative n'est toutefois pas suivie d'effet. Après avoir conclu que la Directive 2006/126 tombe dans l'orbite de l'article 26 de la Charte,

5 Rédigées par le *praesidium* (c.-à-d. les président et vice-présidents) de la Convention ayant élaboré la Charte et mises à jour par le *praesidium* de la Convention qui rédigea le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, les explications visent à expliciter le sens de chacune des dispositions de celle-ci (*JOUE*, n° C 303/17 du 14 décembre 2007). En vertu de l'art. 6, § 1er, du TUE et de l'art. 52, § 7, de la Charte, ces explications doivent être « dûment prises en compte » dans l'interprétation et l'application de la Charte.

6 CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, non encore publ. au *Rec*.

la Cour note que « le principe consacré à cet article n'implique pas, en revanche, que le législateur de l'Union soit tenu d'adopter telle ou telle mesure particulière. En effet, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. Par conséquent, ledit article ne saurait, en lui-même, conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel » (pt 78). Elle conclut à l'absence de violation de l'article 26.

Cette interprétation n'est pas loin de dénier aux principes le statut de norme de contrôle. Elle aboutit à considérer que les principes ne peuvent, seuls, servir à invalider les actes de droit dérivé qui les mettent en œuvre. De tels actes ne peuvent être censurés que s'ils violent un principe *tel que concrétisé dans un autre acte de droit dérivé*[7]. Ce constat d'« innocuité » se confirme à la lecture de l'arrêt *Association de médiation sociale*, dans lequel la Cour déclare qu'un article de la Charte qui « ne se suffit pas à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif en tant que tel » – en d'autres termes, un « principe » ? – ne peut être invoqué dans un litige entre particuliers aux fins d'écarter une mesure nationale contraire audit article[8]. On peut raisonnablement déduire de cet arrêt que, s'ils sont dépourvus d'effet direct vertical, les principes sont également dénués d'effet direct horizontal.

Si la portée normative des « principes » demeure controversée, il n'en va pas différemment de leur identité. La Charte ne procède pas elle-même à l'identification de ses dispositions qui contiennent des principes en lieu et place de droits. Quant aux explications adossées à la Charte, elles ne fournissent guère que des indications partielles. Elles mentionnent à titre illustratif « les articles 25 [droit des personnes âgées], 26 [intégration des personnes handicapées] et 37 [protection de l'environnement] ». Il est précisé, de surcroît que « [d]ans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe : par exemple, les articles 23 [égalité entre les hommes et les femmes], 33 [vie familiale et professionnelle] et 34 [sécurité sociale et aide sociale] ». Mais qu'en est-il des autres dispositions de la Charte ? Quel est le critère susceptible de différencier un droit d'un principe ? Si la Cour ne s'est pas encore prononcée sur cette question délicate, certains avocats généraux l'ont,

7 Nous soulignons.
8 CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/13, non encore publ. au *Rec*., pts 47 à 51.

en revanche, abordée de front[9]. Selon ceux-ci, le libellé même de la disposition en cause contient des indications utiles à cet égard. Ainsi, l'utilisation du terme « droit » dans la disposition elle-même est révélatrice de l'existence d'un droit. À l'inverse, le renvoi aux « conditions prévues par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales » laisse penser que la disposition en cause consacre un principe. Il en va de même des dispositions qui « sont formulées dans le sens d'une garantie de droit objectif, à savoir que les droits qu'elle confère sont "reconnus" ou "respectés" »[10]. Plus délicate en revanche semble être la prise en compte d'une donnée systémique liée à la partie de la Charte dans laquelle s'insère la disposition concernée. On peine ainsi à se rallier à la proposition de l'avocat général Cruz Villalon qui, parlant des dispositions regroupées sous le Titre « Solidarité » de la Charte, considère qu' « il existerait une forte présomption d'appartenance des droits fondamentaux visés dans ce titre à la catégorie de "principes" », eu égard à la substance et au contenu desdits droits (sociaux)[11]. Avec Koen Lenaerts, on notera ainsi que le Titre « Solidarité » reprend un certain nombre de droits, et notamment le droit d'accès aux services de placement (article 29), le droit à des conditions de travail justes et équitables (art. 31) et le droit à un congé parental et à un congé de maternité (art. 33, § 2)[12].

Eu égard à ce qui précède, il faut sans doute conclure que l'article 35 de la Charte relève davantage de la catégorie des « principes » que de celle des « droits ». D'une part, s'il est vrai que la première phrase de cette disposition est libellée en termes de droits, elle contient une référence aux législations et pratiques nationales qui dément le caractère *self-sufficient* des prérogatives qu'elle confère. D'autre part, et surtout, les Explications *ad* article 35 utilisent le terme « principes » pour détailler le contenu de cette disposition. Si cette analyse est correcte, force est d'en conclure que l'article 52, § 5, de la Charte réduit à peu de choses l'« efficacité contentieuse » de l'article 35.

9 *Cf.* not. les concl. présentées le 8 septembre 2011 par l'av. gén. TRSTENJAK, *Dominguez*, aff. C-282/10 pts 75-79 ; concl. av. gén. CRUZ VILLALON présentées le 18 juillet 2013, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, non encore publ. au *Rec*., pts 50-56.

10 Concl. av. gén. TRSTENJAK, *Dominguez*, aff. C-282/10, préc., pt. 76.

11 Concl. av. gén. CRUZ VILLALON *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12, préc., non encore publ. au *Rec*., pt 55.

12 K. LENAERTS, « La solidarité ou le chapitre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RTDH,* 2010, pp. 217-236, spéc. pp. 225-227.

C. – *Une opposabilité limitée*

L'article 35 de la Charte ne peut être invoqué en toutes circonstances contre les États membres. L'instrument (la Charte) et le Titre (« Solidarité ») dans lesquels il s'insère corsètent doublement son opposabilité aux États membres.

Concernant la Charte, d'une part, on rappellera qu'aux termes de son article 51, ses dispositions ne lient les États membres que « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Il est aujourd'hui établi que cette formulation doit être entendue comme visant les situations dans lesquelles les États agissent dans le « champ d'application du droit de l'Union »[13]. Certes, toute la difficulté réside dans la délimitation de ce « champ d'application », que la Cour de justice semble éprouver bien des difficultés à borner[14]. Il est cependant acquis que l'article 51 « impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre »[15]. En d'autres termes, le simple fait que l'Union européenne ait adopté certaines mesures en matière de santé ne suffit pas à faire rentrer dans le champ d'application du droit de l'Union – et dès lors dans celui de la Charte – toute législation nationale ayant une incidence en matière de santé publique[16]. Dans ces conditions, l'on comprendra que la Cour de justice se soit déclarée incompétente pour connaître d'une question préjudicielle relative à la compatibilité avec l'article 35 de la Charte d'une législation nationale autorisant la fabrication, l'importation, la promotion et la vente de produits du tabac[17]. Il est par ailleurs probable que les juges de Luxembourg réserveront le même sort à une question préjudicielle, actuellement pendante, portant sur l'obligation vaccinale[18].

Concernant le Titre IV (« Solidarité »), d'autre part, on notera qu'il a fait l'objet des plus fermes réserves de la part du Royaume-Uni et de la Pologne. L'article 1er, § 2, du Protocole n° 30 sur l'application

13 *Cf.* not. CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci*, aff. C-256/11, *Rec.*, p. I-11315, pt 72. Sur cette question, *cf.* A. Bailleux, « Les droits de la défense et les (autres) droits fondamentaux devant les juridictions de l'Union », in *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies* (S. Mahieu dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 57-88, spéc. pp. 58-59.

14 Sur ce point, *cf.* i*bid.* ; D. Sarmiento, « Who's afraid of the Charter ? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe », *C.M.L. Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 1267-1304, spéc. pp. 1272-1287.

15 CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, non encore publ. au *Rec.*, pt 24.

16 *Cf.*, à propos de l'environnement, *ibid.*

17 *Cf.* CJUE, 23 mai 2011 (ord.), *Rossius et Collard*, C-267 et 268/10, *Rec.*, p. I-81

18 CJUE, *Siroka*, aff. C-459/13 non encore décidé.

de la Charte des droits fondamentaux au Royaume-Uni et à la Pologne dispose à cet égard que « rien dans le titre IV de la Charte ne crée des droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale ». Cette disposition confirme que l'article 35 ne peut être invoqué à l'encontre de ces États pour obtenir davantage que ce qui se trouve déjà consacré dans leurs législations nationales. On notera à cet égard que, selon le *European Scrutiny Committee* de la *House of Commons* du Parlement britannique, cette disposition ne fait que confirmer ce qui se déduit déjà de la référence, au sein de l'article 35, aux législations et pratiques nationales. En ce sens, « Member States other than the UK and Poland could avail themselves of that protection too »[19].

D. – *Une plus-value normative imperceptible*

Enfin, on observera que les juridictions de l'Union n'ont pas attendu la Charte des droits fondamentaux pour proclamer la primauté de principe des considérations de santé publique sur les intérêts économiques. Interrogée sur la validité de l'embargo frappant l'importation de viande bovine en provenance du Royaume-Uni en raison de la prévalence de la « maladie de la vache folle », la Cour a jugé que « [t]out en admettant les difficultés d'ordre économique et social engendrées au Royaume-Uni par la décision de la Commission, [elle] ne peut que reconnaître l'importance prépondérante à accorder à la protection de la santé »[20]. De même, amené à se pencher sur la légalité du retrait de l'autorisation d'un additif dans l'alimentation animale, le Tribunal a estimé que « l'importance de l'objectif poursuivi par le règlement attaqué, à savoir la protection de la santé humaine, est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, même considérables, pour certains opérateurs […]. Dans ce contexte, la protection de la santé publique, que vise à assurer le règlement attaqué, doit se voir accorder une importance prépondérante par rapport aux considérations économiques »[21].

19 « The application of the EU Charter of Fundamental Rights in the UK : a state of confusion », 26 mars 2014, pt 144, http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmeuleg/979/97902.htm.

20 *Cf.* e.a. CJCE, 12 juillet 1996, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-180/96 R, *Rec.*, p. I-3906.

21 CJCE, 11 septembre 2002, *Pfizer e.a. c. Commission*, aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-3318, pt 456. *Cf.* aussi CJCE, 26 novembre 2002, *Artegodan e.a. c. Commission*, aff. T-74/00 e.a., *Rec.*, p. II-4948, pt 186 : « Ce choix [de l'autorité compétente] doit cependant être conforme au principe de la prééminence de la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement sur les intérêts économiques, ainsi qu'aux principes de proportionnalité et de non-discrimination ».

L'entrée en vigueur de l'article 35 de la Charte n'a pas davantage affecté la façon dont la Cour concilie les impératifs de la libre circulation et les exigences de santé publique. D'une part, les juges de Luxembourg ont établi depuis fort longtemps que « parmi les biens ou intérêts protégés par l'article 36, la santé et la vie des personnes occupent le premier rang, et il appartient aux États membres, dans les limites imposées par le Traité, de décider du niveau auquel ils entendent en assurer la protection »[22]. En d'autres termes, la Cour de justice a, bien avant l'entrée en vigueur de la Charte, souligné l'importance de la protection de la santé en tant que raison expresse d'intérêt général susceptible de justifier une dérogation aux libertés de circulation. D'autre part, la consécration d'un « droit » à la santé n'empêche pas la Cour de continuer à arbitrer les rapports entre libre circulation et santé publique sur le mode principe/exception, faisant peser sur les défenseurs de la santé la charge de démontrer qu'ils ont fait le choix de la mesure la moins attentatoire à la libre circulation[23]. L'arrêt de grande chambre prononcé le 21 décembre 2011 dans une affaire *Commission c. Autriche*[24] est particulièrement éloquent à cet égard. La Cour y condamne l'Autriche pour avoir imposé aux camions de plus de 7,5 tonnes transportant certaines marchandises une interdiction de circuler sur un tronçon d'une autoroute en raison d'une concentration en dioxyde d'azote largement supérieure aux valeurs fixées par le droit dérivé. La Cour estime, contre toute évidence, que l'Autriche n'a pas prouvé qu'une limitation de la vitesse de circulation sur le tronçon concerné n'aurait pas suffi à assurer une réduction suffisante de la concentration en dioxyde d'azote. La référence à l'article 35 de la Charte (pt 121 de l'arrêt) s'avère ici totalement impuissante à contrer le « biais libre circulationniste » de la Cour.

§ 2. – Les raisons d'espérer – Les virtualités de l'article 35

On ne peut en rester à ce sombre tableau. S'il est vrai que l'article 35 ne recèle pas des « atouts » au sens dworkinien du terme, qui permettent au plaideur qui les a en main de gagner la partie à tous les coups, il n'est pas pour autant dénué de potentialités[25]. D'abord, on ne peut exclure que son insertion dans la Charte soit un vecteur d'ascension de la santé publique dans la hiérarchie des intérêts que les juges de l'Union sont amenés à mettre en balance (A). Ensuite, il n'est

22 CJCE, 7 mars 1989, *Schumacher*, aff. 215/87, *Rec.*, p. 617, pt 17
23 Pour un ex. entre mille, CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. C-159/12 à C-161/12, pt 41.
24 CJUE, 21 décembre 2011, *Commission c. Autriche*, aff. C-28/09, non encore publ. au *Rec.*
25 R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, pp. 279-304.

pas absurde d'argumenter qu'à l'instar des autres « principes », la santé publique se voit garantie par le principe de *standstill*, qui fait défense aux autorités de l'Union d'abaisser le niveau de protection de la santé déjà atteint (B). Par ailleurs, l'article 35 recèle des potentialités qui le distinguent de l'article 168 du TFUE et qui peuvent en faire la source d'obligations nouvelles pour les États membres (C). Ce même article peut en outre servir de tremplin aux « meilleurs élèves » de la « classe » européenne, qui entendent assurer un niveau plus ambitieux de protection de la santé (D). Combiné aux articles 52 et 53 de la Charte, l'article 35 permet encore d'assurer le respect, dans l'ordre juridique de l'Union, des standards de protection de la santé forgés par la Cour européenne des Droits de l'Homme (E). Enfin, il n'est pas impossible que la « fondamentalisation » des préoccupations de santé publique fasse profiter cette dernière d'une politique jurisprudentielle plus activiste de la part de la Cour de justice (F).

A. – *Une ascension dans la hiérarchie des droits ?*

Nul n'ignore que les droits fondamentaux peuvent tolérer des restrictions, pour autant que celles-ci obéissent à un motif légitime et soient proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent. En ce sens, tant la Cour de justice que la Cour européenne des droits de l'homme ont toujours considéré que la santé publique pouvait constituer un motif de dérogation aux droits fondamentaux. Cette jurisprudence classique confine cependant la santé dans un statut de « *challenger* ». Elle constitue l'intrus, la source de l'atteinte aux droits fondamentaux. Sa protection n'est acceptable que pour autant qu'elle limite au strict nécessaire le tort qu'elle cause aux autres droits.

Il semblerait que la Charte ait quelque peu modifié la donne de cette équation. La Cour de justice semble aujourd'hui disposée à considérer qu'en tant que droit (ou « principe ») fondamental, la protection de la santé jouit d'un rang normatif équivalent à celui des droits plus classiques tels que le droit au libre exercice de l'activité économique. Il en découle que, loin de devoir accorder au second la priorité sur le premier, le législateur de l'Union est appelé à « concilier les différents droits fondamentaux en présence et à établir un juste équilibre entre eux »[26].

26 En ce sens, CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, pt 59 :

Prolongeant cette approche, il se trouve même des avocats généraux pour considérer que, dans la mesure où il a partie liée au droit à la vie et au droit à l'intégrité physique et mentale, le droit à la santé doit jouir d'une prééminence sur des droits fondamentaux jugés plus « triviaux » comme la liberté d'expression en matière commerciale[27]. Ce lien avec le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique, qui est également opéré par le Comité européen des droits sociaux, n'est pas sans intérêt. Ces droits font en effet partie des droits dits « non dérogeables » énumérés à l'article 15 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Or, ces droits ont été identifiés par la Cour de justice comme étant en principe soustraits à toute pondération d'intérêts dans l'hypothèse où ils s'opposeraient à l'exercice d'une liberté de circulation[28]. Sans doute cette jurisprudence est-elle trop carrée pour emporter la conviction. Elle n'en crée cependant pas moins une brèche susceptible d'être exploitée par d'habiles plaideurs.

B. – *Une normativité « dopée » par le principe de* standstill

L'article 35 de la Charte pourrait également renforcer la normativité du droit à la santé dans l'Union européenne par le biais du principe dit de *standstill*. Largement reconnu dans le droit international des droits de l'homme, et « déduit *a contrario* du caractère progressif des obligations positives expressément consacrées ou implicitement contenues dans les droits fondamentaux, le principe de *standstill* interdit à l'État [ou à l'Union], en l'absence de motifs impérieux, de diminuer le plus haut niveau de protection conféré à ces droits depuis le moment où la norme internationale ou constitutionnelle qui les consacre s'impose à lui, ou de le diminuer de manière significative lorsque l'État [ou l'Union] fait usage de la marge de manœuvre que lui confère ce principe en choisissant de garantir différemment ledit niveau de protection »[29].

Un certain courant doctrinal considère que les principes inscrits dans la Charte de droits fondamentaux sont le siège d'une telle obligation de non-régression[30]. S'il ne trouve pas (encore) de soutien

27 *Cf.* concl. av. gén. Jääskinen présentées le 19 octobre 2010, *Novo Nordisk AS*, aff. C-249/09, non encore publ. au *Rec.*, pts 49-50.

28 *Cf.* CJUE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, *Rec.*, p. I-5659, pt 80.

29 I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux. Une irréversibilité relative*, Athènes/Bruxelles/Baden-Baden, Sakkoulas/Bruylant/Nomos, 2008, p. 4.

30 O. De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne* (O. De Schutter et P. Nihoul dir.), Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 113-114. ; L. Burgorgue-Larsen, « Ombres

explicite dans la jurisprudence de la Cour de justice, ce point de vue est en revanche soutenu par le Comité économique et social, selon lequel « l'inscription de droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne […] signifie […] que les actes des institutions de l'Union ou les actes étatiques adoptés dans le domaine d'application du droit communautaire doivent […] ne pas constituer des mesures aboutissant à diminuer le degré de réalisation déjà atteint des principes »[31]. Le réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux partage cette position, considérant que les principes « peuvent servir de "boucliers" pour faire obstacle à l'adoption de certains actes des institutions de l'Union ou des États membres qui remettraient en cause le niveau de réalisation déjà atteint par des mesures de mise en œuvre »[32].

Nul doute que rehaussé du principe de *standstill*, l'article 35 est porteur de virtualités intéressantes : il pourrait ainsi servir à remettre en cause tout acte qui, dans le champ d'application du droit de l'Union, entraînerait une diminution injustifiée ou disproportionnée du niveau de protection de la santé.

C. – *Une source d'obligations nouvelles pour les États membres*

On a dit plus haut que la seconde phrase de l'article 35 de la Charte se contentait de reproduire à l'identique le libellé de l'article 168, § 1er, du TFUE. Il faut maintenant ajouter qu'en dépit de cette équivalence de contenu, l'article 35 est susceptible de corseter davantage l'autonomie des États membres que l'article 168 du TFUE. Il y a deux raisons à cela.

D'une part, l'article 168 du TFUE n'a *a priori* pas vocation à s'appliquer aux États membres. Le niveau élevé de protection qu'il requiert concerne en effet uniquement « la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ». Cette exigence ne semble donc concerner les États membres qu'à la marge, dans les seuls cas où ils participent directement à la mise en œuvre des politiques

et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *C.D.E.*, 2004, p. 663-690, spéc. pp. 689-690.

31 Avis du Comité économique et social sur « Vers une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 20 septembre 2000, CES 1005/2000 – SOC/103, pt 3.1.3.

32 Réseau européen d'experts indépendants en droits fondamentaux, *Commentaire de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, juin 2006, p. 407, https://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/infobaseShowContent.do ?infobaseItemCategoryIdVar=285&idCountryVar=169&clktree=yes&btnLanguage_.

et actions de l'Union, par exemple en transposant une directive ou en assurant la bonne exécution d'un règlement. Du reste, la jurisprudence récente fait apparaître qu'en soulignant l'importance des considérations de santé publique, l'article 168 du TFUE renforce l'argumentation des États membres qui souhaitent déroger au cadre uniformisant du marché intérieur[33]. Il nous semble que l'article 35 pourrait opérer selon une logique différente. Certes, à lire l'article 51 de la Charte, l'article 35 s'applique lui aussi uniquement aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Force est cependant d'observer que la Cour fait de cette notion de « mise en œuvre » une interprétation généreuse, qui l'amène à considérer que les États membres sont tenus au respect de la Charte dès qu'ils agissent « dans le champ d'application du droit de l'Union ». Regardant le verre à moitié vide, on a dit plus haut les limites d'une telle opposabilité, qui ne saurait s'étendre à toutes les situations dans lesquelles une mesure de droit de l'Union « environne » ou « avoisine » la mesure nationale contrôlée. Sur un ton plus optimiste, il convient à présent de pointer l'extrême plasticité de cet étalon du « champ d'application », qui a récemment permis à la Cour d'y inclure une procédure pénale dans une situation purement interne (poursuite, en Suède, d'un ressortissant suédois)[34]. On notera à cet égard qu'entre dans le champ d'application du droit de l'Union et est, partant, soumise à l'article 35 de la Charte, toute mesure causant une entrave aux libertés de circulation[35]. À la lumière de cette jurisprudence, on peut imaginer une mesure qui limiterait la mise à la consommation de nouveaux types de biocarburants alors même que ces biocarburants seraient commercialisés dans certains États membres et que leur combustion entraînerait moins de rejets toxiques dans l'atmosphère que des produits concurrents plus anciens. Dès lors qu'elle constituerait une dérogation au principe de la libre circulation des marchandises, une telle mesure entrerait dans le champ d'application du droit de l'Union. Elle devrait donc, outre les exigences de l'article 34 du TFUE (libre circulation des marchandises), respecter le prescrit de l'article 35 de la Charte.

D'autre part, il convient d'observer que les Explications *ad* article 35 précisent que les principes contenus dans celui-ci sont fondés notamment sur les articles 11 – droit à la protection de la santé – et 13 – droit à l'assistance sociale et médicale – de la Charte sociale

33 *Cf.* la jurispr. cit. *supra*, n° 3.
34 CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, non encore publ. au *Rec.*
35 Pour un ex., *cf.* concl. av. gén. Jarabo Colomer prononcées le 11 janvier 2007, *Aikaterini Stamatelaki*, aff. C-444/05 *Rec.*, p. I-2187, pts 50, 56 et 70.

européenne. Or, en vertu de l'article 6, § 1er, du TUE et de l'article 52, § 7, de la Charte, ces Explications doivent être « dûment prises en compte » dans l'interprétation et l'application de la Charte. Par conséquent, il semble logique que la portée de l'article 35 soit interprétée à la lumière des articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne, voire de la jurisprudence de son interprète officiel, à savoir le Comité européen des droits sociaux. En d'autres termes, les juridictions de l'Union pourraient, au prix d'un minimum d'audace, imposer aux États membres – et à l'Union, du reste – le respect des articles 11 et 13 de la Charte sociale européenne par le truchement de l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux. Un État qui, par exemple, se trouverait incapable d'assurer la prise en charge en milieu hospitalier d'un ressortissant d'un autre État membre en raison d'un nombre de lits d'hôpitaux inférieur à 3 par 1000 habitants pourrait ainsi se voir condamner par la Cour de justice, laquelle serait en mesure de s'appuyer sur les travaux du Comité européen des droits sociaux sur ce point[36]. Ce tour de passe-passe serait certes remarquable dès lors que plusieurs États membres ont explicitement refusé de s'engager à respecter l'article 11 et/ou l'article 13 de la Charte sociale européenne. Il ne serait pas pour autant illégitime dans la mesure où, en acceptant les Explications *ad* article 35, ces mêmes États ont consenti à donner à ces dispositions une certaine valeur juridique dans le droit de l'Union.

D. – *Un tremplin pour les « meilleurs élèves » de la classe européenne*

Mais l'article 35 de la Charte n'est pas seulement susceptible d'encadrer l'autonomie des États. Il peut également donner à ces derniers une arme pour défendre des mesures de protection de la santé plus généreuses que celles prévues par le droit dérivé. L'article 53 de la Charte prévoit en effet qu'aucune disposition de celle-ci « ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par […] les États membres ».

Dans son arrêt *Melloni*, la Cour a considéré que cette disposition autorise les États à appliquer leurs propres standards de protection des droits fondamentaux lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union « pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par

36 *Cf.*, p. ex., Addendum aux concl. XV-2, Turquie, p. 257.

la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »[37]. Si la portée de cette affirmation demeure passablement nébuleuse, elle semble militer en faveur d'une lecture « minimaliste » du droit dérivé qui fasse la part belle à l'harmonisation minimale et limite au strict nécessaire les cas d'harmonisation exhaustive[38].

E. – *Un trait d'union avec la jurisprudence strasbourgeoise*

On ajoutera qu'en vertu de l'article 52, § 3, et de l'article 53 de la Charte, le niveau de protection du « droit » à la santé consacré par la Charte ne peut jamais être inférieur à celui garanti par la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour du même nom.

Or, si la Convention ne consacre pas explicitement de droit à la santé, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme que ce droit peut être indirectement protégé *via* le droit à la vie (art. 2), l'interdiction des traitements inhumains et dégradants (art. 3) et le droit à la vie privée (art. 8)[39]. En d'autres termes, dans l'attente de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des Droits de l'Homme, l'article 35 combiné aux articles 52 et 53 de la Charte assure le respect, dans l'ordre juridique de l'Union, des standards de protection de la santé forgés par la jurisprudence strasbourgeoise.

La combinaison des articles 35 et 53 a donc ici un double effet. D'une part, elle rend la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme pleinement applicable aux institutions et organes de l'Union. D'autre part, elle renforce l'effectivité de cette jurisprudence à l'égard des États membres en mettant tout l'arsenal du droit de l'Union européenne (recours en manquement, recours en indemnité, renvoi préjudiciel, etc.) à son service.

---

37 CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, non encore publ. au *Rec*., pt 60. Voy. aussi CJUE, 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, non encore publ. au *Rec*., pt 29. Pour un comm., *cf*. A. Bailleux, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte face à son destin – À propos des arrêts *Stefano Melloni* et *Åkerberg Fransson* de la Cour de justice », *RTDH*, 2014, n° 97, pp. 215-235.

38 *Cf*. dans un sens proche, mais à propos de l'obligation d'assurer un niveau élevé de protection de l'environnement, les concl. rendues par l'av. gén. Cruz Villalon dans l'aff. C-120/10, *European Air Transport SA*, pts 77-82.

39 Pour une synthèse de la jurispr. de la Cour en matière de santé, *cf*. www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_FRA.pdf.

F. – *Le bénéfice d'une politique juridictionnelle plus « activiste »*

Enfin, force est d'observer que l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux a enhardi la Cour de justice, qui n'hésite plus désormais à censurer un acte de droit dérivé à portée générale pour non-respect des droits de l'homme[40]. Dans ce contexte, l'article 35 de la Charte pourrait constituer un intéressant passeport pour la protection de la santé. Son assise dans la Charte semble ainsi accroître la capacité de la protection de la santé à entraîner l'invalidation d'un acte des institutions de l'Union.

CONCLUSION

Il est peu probable que l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux entraîne une révolution dans la protection de la santé en droit de l'Union européenne. Ce n'était du reste pas l'ambition de ses rédacteurs de faire de cette disposition le siège d'un « droit » à la santé qui dicterait l'agenda des législateurs nationaux et européen ou qui prévaudrait systématiquement sur les valeurs concurrentes. Sa formulation modeste, son rattachement à la catégorie des « principes », son inscription dans un texte (et dans un Titre) au champ d'application restreint et son utilisation à des fins confirmatives par la Cour de justice témoignent de la plus-value limitée de cet article 35.

Ce constat réaliste ne saurait pour autant dissimuler les virtualités de cette disposition. Celle-ci confère à la protection de la santé ce « supplément d'âme » qui lui permet de rivaliser sur un pied d'égalité avec les (autres) droits fondamentaux. Une jurisprudence un tant soit peu activiste pourrait de surcroît en faire le siège d'une obligation de *standstill*, mais aussi un cadre plus contraignant pour les autorités nationales et un tremplin pour les États soucieux d'aller plus loin dans la protection de la santé. Il est également permis d'espérer que cette disposition servira à étendre (à l'égard de l'Union) et à renforcer (envers les États membres) les standards forgés par la Cour européenne des Droits de l'Homme en la matière. Enfin, sur le plan de la psychologie et de la politique juridictionnelles, l'article 35 de la Charte accroît sans

40 *Cf.* CJUE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. C-402/05, *Rec.*, p. I-6351 ; 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR*, aff. C-92 et C-93/09, *Rec.*, p. I-11063 ; 1er mars 2011, *Test-Achat*, aff. C-236/09, *Rec.*, p. I-773 ; 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil et Commission*, aff. C-355/10, non encore publ. au *Rec.* ; 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger*, aff. C-293 et C-594/12, non encore publ. au *Rec.*

aucun doute les chances de voir la Cour un jour invalider un acte de l'Union pour non-respect d'un haut niveau de protection de la santé.

Il ne manquera sans doute pas d'esprits chagrins pour balayer ces virtualités d'un revers de la main, les jugeant plus proches de la rêverie que de l'analyse juridique. À ceux-là on se contentera de rappeler le fabuleux destin de l'article 21 du TFUE (ex-art. 18 du Traité CE), qui accorde aux citoyens européens le droit de circuler et séjourner librement sur le territoire de l'Union « sous réserve des limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application ». Cette « réserve » avait amené nombre de commentateurs à conclure à l'inanité de l'article 18 CE, le reléguant un peu vite au nombre des dispositions à portée exclusivement symbolique. La Cour eut tôt fait de leur donner tort, reconnaissant l'effet direct de l'article 18 CE et l'utilisant pour assouplir les conditions d'exercice de la libre circulation imposées par le droit dérivé.

Nul ne sait si l'article 35 de la Charte connaîtra un destin semblable à celui de l'article 18 CE ou s'il restera cantonné dans les limbes d'un droit (surtout) cosmétique. Ce que l'on peut en revanche dire dès à présent, c'est que des voies existent pour se saisir de cette disposition et lui donner une densité normative à la hauteur des valeurs qu'elle consacre.