

Le protectionnisme et le motif de protection de la santé en droit de l'Union européenne

Estelle Brosset

► **To cite this version:**

Estelle Brosset. Le protectionnisme et le motif de protection de la santé en droit de l'Union européenne. S. Barbou des Places. Protectionnisme et droit de l'Union européenne, Pedone, à paraître, 2014. hal-00872162v2

HAL Id: hal-00872162

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00872162v2>

Submitted on 6 Feb 2014

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.

Le protectionnisme et le motif de protection de la santé en droit de l'Union européenne

Estelle Brosset

Maître de conférences en droit public
Chaire Jean Monnet

*Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires
Faculté de Droit, Université Aix Marseille*

Annnonce du plan¹

On a longtemps considéré qu'il était « aventuré » d'appliquer aux relations de santé « un droit édicté par le monde du négoce et de l'argent »². « L'idée que l'éthique de la médecine requiert un traitement indépendant de la disposition à payer du patient était profondément ancrée »³. Ce temps est désormais révolu et les questions de santé sont « considérées à la lumière sévère de l'économie »⁴. Même si la relation de cause à effet n'est pas directe et certaine⁵, l'amélioration de la santé d'une population contribue à un meilleur taux d'activité et une réduction des dépenses de santé, alors que « la mauvaise santé fait augmenter les coût et constitue un fardeau pour l'économie »⁶. Le recours aux soins est en plus fortement déterminé par l'organisation et le financement de soins qui structure le remboursement⁷. Coût de la santé, coût des soins, la rationalité économique est donc partout.

Dans ce contexte, que le droit de l'Union ait inséré la santé dans le champ d'application des libertés économiques n'étonne guère. Ne refusant pas la qualification de marchandises aux produits de santé, il a également admis l'assimilation des soins de santé à des services marchands⁸. Ainsi, depuis longtemps, la Cour considère que les prestations de santé entrent dans la libre prestation de service y compris lorsque la mobilité est le fait du patient-destinataire de services (qui se rend dans un autre Etat membre pour y recevoir ces soins)⁹, y compris lorsque la prestation est prise en charge par un service national de santé¹⁰ ou par un régime de prestations en nature¹¹ et y compris lorsqu'il existe des règles de droit dérivé qui pourraient faire écran.

Or, dès lors que les produits et soins de santé appartiennent au monde du marchand, la question du protectionnisme surgit. En effet, dans son acception la plus connue, le terme – employé en y accolant l'adjectif économique- désigne une politique économique particulière visant à séparer le marché intérieur du marché international. Plus précisément, il s'agit d'une

¹ Voir S. Barbou des Places, *Protectionnisme et droit de l'Union européenne*, Pedone, 2014.

² R et J. Savatier, J.M. Aubry et H. Pequignot, *Traité de droit médical*, Librairies Techniques (Editeur) 1956, 574 p. .

³ *Ibidem*.

⁴ S. Chambaretaud et L. Hartmann, *Économie de la santé : avancées théoriques et opérationnelles*, *Revue de l'OFCE* n° 91, octobre 2004, pp. 237-268.

⁵ Dans un article « *uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care* », publié en 1963, l'économiste (prix Nobel), Kenneth J. Arrow lance l'économie de la santé en démontrant la complexité, « l'incertitude », économique du secteur de la santé.

⁶ COM (2005) 115 final

⁷ Z. Or et al. « Inégalités de recours aux soins en Europe », *Revue économique* 2/2009 (Vol. 60), p. 521-543.

⁸ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jtes 286/82 et 26/83, Rec. 1984, p. 377.

⁹ CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie*, Affaire C-158/96, Rec. 1998, p. I-01931.

¹⁰ CJCE, 16 mai 2006, *Yvonne Watts*, Aff. C- 372/04, Rec 2006 p. I- p. 04325

¹¹ CJCE, 13 mai 2003, *Müller Fauré et Van Riet*, Aff. C-385/99, Rec. 2003, p. I- 4509, pts 55 à 59.

politique tarifaire et non tarifaire visant à protéger l'économie nationale contre la concurrence étrangère¹². En tant que théorie économique, elle est donc susceptible de s'appliquer à l'ensemble des relations économiques parmi lesquelles figurent les relations de santé. D'ailleurs, il est classique de faire figurer parmi les « moyens » non tarifaires du protectionnisme (parfois couvert par le terme « néoprotectionnisme ») les normes sanitaires destinées officiellement à protéger le consommateur, mais qui visent en fait, dans certains cas, à protéger un marché.

Certes, a priori, la question pourrait rapidement se régler en droit de l'Union tant le libéralisme –doctrine exactement inverse à celle du protectionnisme- a inspiré, par stratégie ou/puis par conviction¹³, la construction européenne. L'objectif premier du droit du marché intérieur est en effet de lutter contre le protectionnisme économique avec des tirs d'une précision de plus en plus grande puisqu'au raisonnement fondé sur l'effet protectionniste, a été progressivement substitué une théorie sur l'accès au marché qui l'englobe mais le dépasse. Pour qu'une mesure étatique puisse être qualifiée d'entrave au sens des règles relatives à la libre circulation, il n'est pas nécessaire que cette mesure ait pour effet de favoriser les produits ou agents nationaux, il suffit qu'elle gêne l'accès au marché. Le niveau de sensibilité du « test » de protectionnisme est désormais très bas. L'obsession anti-protectionnisme se loge d'ailleurs à tous les étages. Ainsi, le traité exige que les mesures prises au titre de l'article 36 TFUE ne constituent « ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres ». Or, l'objectif de cette condition rencontre précisément la figure du protectionnisme économique puisqu'il s'agit de réintroduire « un ultime contrôle du comportement subjectif de l'Etat membre » qui « tend à vérifier que les apparences objectives ne sont pas trompeuses et ne viseraient pas à masquer une intention discriminatoire ou protectrice »¹⁴. En d'autres termes, une mesure justifiable au regard de son contenu pourra être condamnée s'il apparaît que l'Etat qui l'a adopté n'entendait pas protéger l'un des intérêts visés à l'article mais était animé en réalité par un mobile protectionniste. Verrou ultime quoique souvent discuté¹⁵, la Cour a constamment rappelé que les justifications visées par l'article 36 TFUE, de même que les exigences impératives susceptibles d'être invoquées ne concernent que des motifs extra-économiques sauf cas-limite et très exceptionnel¹⁶. Le débat pourrait donc se clore là : les libertés économiques du traité qui s'appliquent au domaine de la santé interdisent le protectionnisme économique. D'ailleurs, la Cour a constamment rappelé que la protection de la santé publique a une importance prépondérante par rapport aux considérations économiques, de sorte qu'elle est de nature à justifier des conséquences économiques négatives, mêmes considérables, pour certains opérateurs¹⁷ et même le renfort des droits fondamentaux, droit de propriété en tête,

¹² C. Jessua, C. Labrousse, D. Vitry, D. Gaumont, *Dictionnaire de sciences économiques*, PUF, 2001.

¹³ A. Decocq et G. Decocq, *Droit européen des affaires*, LGDJ, 2^{ème} édition, 2010, p. 17.

¹⁴ D. Simon, Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent, *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, janvier 2013, § 122

¹⁵ Elle se concentre autour de l'idée que sous l'article 36 TFUE, il y a déjà des motifs qui sont mitoyens aux motifs économiques : « quand la Cour admet des motifs liés à la protection de la propriété industrielle et commerciale dans le cadre de l'article 30 du Traité de la CE, ne s'agit-il pas de finalités d'ordre économique ? » : D. Simon, Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent, *Répertoire Dalloz de droit communautaire*, janvier 2013, § 112.

¹⁶ Cela a été le cas dans une affaire restée célèbre de ce fait, l'affaire Campus Oil dans laquelle la Cour a admis le maintien de quotas à l'importation de produits pétroliers, jugés nécessaires à la survie économique de l'unique raffinerie irlandaise, laquelle apparaissait indispensable à la sécurité nationale du pays ; mais le juge communautaire n'en a pas moins rappelé, y compris dans ce cas limite, que « 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).

¹⁷ 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

n'a fait le juge se départir de cette jurisprudence¹⁸.

Il mérite cependant d'être prolongé pour deux raisons. D'abord, il est réducteur de limiter la figure du protectionnisme à la seule théorie politique du protectionnisme économique. Le protection-n-isme au sens littéral désigne l'action de défendre quelque chose ou quelqu'un à laquelle, par le suffixe *-isme-*, est conférée une signification idéologique, mobilisatrice¹⁹. Ce quelque chose à défendre peut donc être autre chose que l'économie. Le protectionnisme pourrait être alors sanitaire en ce qu'il désigne une politique visant à protéger son propre niveau de protection de la santé, y compris d'ailleurs au moyen de mesures très proches des mesures de protectionnisme économique. Dans le droit international, depuis fort longtemps existe ainsi la possibilité de prendre des mesures de défense sanitaire dans le cas où une maladie sévit sur le territoire de l'Etat voisin²⁰. L'embargo commercial est d'ailleurs, du point de vue du droit international de la santé²¹, une mesure tout à fait fréquente. Cette figure du protectionnisme est pour ainsi dire une figure normale, voire même imposée dans le domaine de la santé tant une politique de protection de la santé ne peut exister que s'il est permis à l'Etat de déterminer puis d'assurer son propre niveau de protection. Or, il ne fait pas de doute que le droit de l'Union n'interdit pas cette forme de protectionnisme sanitaire des Etats, tout au contraire, il prend corps dans le principe libre détermination du niveau de protection appropriée de la santé qui en constitue le moyen d'expression (I).

L'autre raison provient du fait qu'il est simpliste de se débarrasser quelque peu abstraitement de la figure du protectionnisme économique qui, pourtant combattue sous la forme d'interdictions, n'en continue pas moins de transparaître parfois. « L'écart se révèle souvent très ténu entre protection d'intérêts légitimes supérieurs et protectionnisme inavoué »²² et l'impératif de protection de la santé peut tout à fait abriter des mesures protectionnistes et l'affaire emblématique des dindes de Noël en témoigne. En l'espèce a été condamnée une mesure britannique d'interdiction de l'entrée sur son territoire de volailles en provenance d'autres Etats membres, et notamment de France, en raison de la contagion de la maladie de Newcastle que de telles importations pouvaient faire courir au cheptel britannique car, en réalité, cette mesure, dépourvue de fondement réel, avait été édictée sous la pression des producteurs de volailles, inquiets de la concurrence étrangère en période des fêtes de fin d'année²³. Dans le prolongement de ce réalisme, l'interrogation est la suivante : au-delà de ces pratiques protectionnistes ponctuelles et combattues, le protectionnisme économique- au sens de la protection de l'économie nationale- constitue-t-il une justification admissible dans le champ de la santé ? Ou autrement dit, la liberté des Etats de déterminer leur niveau de

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, *Artegoda GmbH et a. c/ Commission*, aff. jtes. T-74/00, T-83/00 à T-85/00, Rec. 2002, p. II-4945.

¹⁸ 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 ».

¹⁹ <http://www.academie-francaise.fr/construction-en-isme> : Le suffixe entre « dans la composition de mots désignant des courants de pensée philosophiques ou politiques. Nombre de ces mots ont été créés aux dix-neuvième et vingtième siècles pour nommer les vastes mouvements d'idées qui ont bâti et accompagné ces deux siècles. Leur radical peut être un adjectif (héliocentrisme, chauvinisme, colonialisme), un nom commun (anarchisme, cubisme, centrisme), un nom propre (gaullisme, darwinisme, marxisme). L'abus de ce suffixe pour former des néologismes peu clairs témoigne le plus souvent de paresse dans la recherche de l'expression juste ».

²⁰ Cette possibilité est ainsi énoncée dans la règlement publié par le Conférence sanitaire internationale de Paris de 1903 que « chaque Gouvernement est libre de fermer ses frontières » en cas de risque sanitaire avéré. On trouve d'ailleurs la même possibilité offerte par le Règlement sanitaire internationale adopté dans le cadre de l'OMS dès 1951.

²¹ M. Bélanger, *Droit international de la santé*, Economica, 1983, 336 p.

²² C. Blumann et L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6^{ième} éd.°, 2012, p. 265.

²³ CJCE, 8 fév. 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 124/81, Rec. p. 203.

protection de santé n'a-t-elle pas constitué un moyen de progression d'une forme de protectionnisme économique (II) ?