

LES MODES DE VIE SAINS : RÉFLEXIONS SUR UN CHAMP ÉMERGENT DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

PAR

Vincent DELHOMME

*Doctorant, Centre Charles De Visscher pour le droit international
et européen, université catholique de Louvain*

INTRODUCTION

Ces deux dernières décennies, parallèlement à un renforcement général de son action dans le domaine de la santé publique¹, l'Union européenne a multiplié les initiatives pour promouvoir les « modes de vie sains² », visant particulièrement la consommation de tabac, l'abus d'alcool et les mauvaises habitudes alimentaires. Ces facteurs de risque sont en effet au cœur de l'augmentation de la prévalence des maladies non transmissibles au sein de la population européenne, comme le cancer, le diabète ou les maladies cardio-vasculaires. Ces maladies sont sources de nombreux décès prématurés et génèrent un coût élevé pour les systèmes de santé des États membres.

En plus de représenter une menace pour la santé de ceux qui s'y adonnent, ou celle des personnes situées dans leur environnement immédiat, ces activités présentent un certain nombre de traits communs qui justifient de les traiter comme une catégorie juridique d'ensemble, en particulier lorsque étudiées sous le prisme du droit européen. Outre la santé, donc, ces traits communs sont au nombre de trois : une dimension économique évidente qui leur donne une importance particulière pour le marché unique, où les entraves à la libre circulation doivent être éliminées ; une importance culturelle majeure sur un continent où les habitudes alimentaires et les rites sociaux continuent largement de différer ; un caractère paternaliste affirmé visant à protéger les citoyens contre eux-mêmes, une finalité qui diffère de très nombreux autres domaines du droit où celui-ci vise avant tout à réguler des comportements dommageables pour les autres. Ces dimensions communes sont au cœur de toute réflexion sur le droit

¹ Cf., à ce titre, E. BROSSET (dir.), *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2015.

² Article 3, § 1, du règlement (UE) n° 282/2014 du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2014 portant établissement d'un troisième programme d'action de l'Union dans le domaine de la santé (2014-2020) et abrogeant la décision n° 1350/2007/CE, *JOUE* n° L 86, 21 mars 2014, p. 1-13.

des modes de vie et forment l'essentiel des développements contenus dans cette contribution.

La politique et le droit européens des modes de vie sains sont en pleine expansion³. On peut citer, pêle-mêle, les directives sur les produits du tabac et la publicité en faveur du tabac⁴, les règlements concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires et les allégations nutritionnelles et de santé⁵, et la stratégie de l'Union européenne de lutte contre les dommages liés à l'alcool⁶. L'action de l'Union européenne est cependant loin d'être homogène. Très développée en matière de tabac, elle est moins ambitieuse en matière alimentaire et embryonnaire s'agissant de l'alcool.

Une certaine cohérence est donnée à l'ensemble par la définition d'un objectif commun : la lutte contre le cancer, priorité historique de l'Union européenne en matière de santé publique. Adopté en 1986, le premier plan « Europe contre le cancer » avait donné une impulsion majeure à la politique européenne en matière de tabac⁷ à une époque où l'Union européenne souhaitait renforcer sa légitimité aux yeux des Européens⁸. La dernière version de ce plan, présentée le 3 février 2021, prévoit encore de nombreuses initiatives dans le domaine des modes de vie de sains, comme la généralisation du « paquet neutre » pour les produits du tabac, le renforcement de l'information du consommateur sur les boissons alcoolisées et de possibles mesures fiscales sur le sucre et les boissons sucrées⁹.

Comme déjà évoqué, ce droit des modes de vie sains, ou « à risque » selon le positionnement adopté, ne se limite pas à l'action du législateur européen mais procède également de l'application des libertés de circulation aux réglementa-

3 A. ALEMANNI, A. GARDE, « The emergence of an EU lifestyle policy: The case of alcohol, tobacco and unhealthy diets », *Common Market Law Review*, vol. 50, n° 6, 2013 ; A. ALEMANNI, A. GARDE (dir.), *Regulating Lifestyle Risks: The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

4 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* n° L 127, 29 avril 2014, p. 1-38 ; Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, *JOUE* n° L 152, 20 juin 2003, p. 16-19.

5 Règlement (UE) n° 1169/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires, *JOUE* n° L 304, 22 novembre 2011, p. 18-63 ; 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, *JOUE* n° L 404, 30 décembre 2006, p. 9-25.

6 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie de l'Union européenne pour aider les États membres à réduire les dommages liés à l'alcool*, 24 octobre 2006, COM(2006) 625 final.

7 Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 7 juillet 1986, concernant un programme d'action des Communautés européennes contre le cancer, *JOUE* n° C 184, 23 juillet 1986, p. 19-20.

8 S. GUIGNER, « La dynamique d'intégration par sédimentation : retour sur l'inscription de la santé dans les compétences de l'Union », dans E. BROSSET (dir.), *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, op. cit., p. 38-43.

9 Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Plan européen pour vaincre le cancer*, 3 février 2021, COM(2021) 44 final, spéc. p. 8-11.

tions nationales relatives à ces modes de vie et constitutives d'une entrave à ces libertés. Les politiques nationales en matière d'alcool ont par exemple donné au droit du marché intérieur certains de ses plus célèbres arrêts¹⁰. Les libertés de circulation contraignent les États membres dans le développement de leur propre action, parfois assez fortement, posant la question de la cohérence d'ensemble d'un droit européen des modes de vie qui freine les initiatives au niveau national sans toujours permettre une re-régulation au niveau européen.

Le développement de ce droit des modes de vie sains, s'il semble globalement répondre à un souhait des États membres et ne pas faire l'objet de contestations particulières dans la population, ne va pas sans susciter de questions s'agissant du champ du droit de l'Union européenne. Pour reprendre les termes de cet atelier doctoral, ce droit en interroge le « champ d'intervention » (I) et le « champ de justification » (II). Ce faisant, il ouvre des pistes de réflexion qui dépassent largement le cadre des modes de vie sains ou celui de la santé publique, mais contribuent aux débats sur la place du marché intérieur dans l'édifice juridique européen et la direction prise par le droit de l'Union européenne comme instrument de type fédéral.

I. LE DROIT DES MODES DE VIE COMME ÉLARGISSEMENT DU CHAMP D'INTERVENTION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Le droit européen des modes de vie sains offre une excellente illustration de l'expansion du champ du droit européen et de la difficulté d'y poser des limites effectives, que ce soit au niveau de l'action du législateur (A) ou de celui de l'interprétation des libertés de circulation par la Cour de justice (B).

A. Une remise en cause du principe d'attribution des compétences

1. Une compétence limitée en matière de santé

À première vue, l'existence d'un droit européen des modes de vie, sous sa forme actuelle, apparaît problématique. Non seulement l'Union n'est dotée que d'une compétence d'appui dans le domaine de la santé humaine¹¹, excluant toute harmonisation¹², mais l'article 168, paragraphe 5, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est encore plus clair lorsqu'il stipule que

[l]e Parlement européen et le Conseil [...] peuvent également adopter [...] des mesures ayant directement pour objectif la protection de la santé publique en ce qui concerne le tabac et l'abus d'alcool, à l'exclusion de

¹⁰ Cf., entre autres, les arrêts de la CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 ; CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Product*, aff. C-405/98, ECLI:EU:C:2001:135 ; CJCE, Gde Chbr., 5 juin 2007, *Rosengren*, aff. C-170/04, ECLI:EU:C:2007:313 ; CJUE, 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-333/14, ECLI:EU:C:2015:845.

¹¹ Article 6, sous a), TFUE.

¹² Article 2, § 5, TFUE.

*toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres*¹³.

L'action de l'Union étant gouvernée par le principe d'attribution des compétences¹⁴, selon lequel « l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent », l'existence de nombreuses mesures d'harmonisation dans le domaine des modes de vie, en particulier en matière de tabac, ne peut que surprendre.

L'analyse ne peut évidemment pas s'arrêter ici, le cadre européen des compétences étant plus qu'une simple juxtaposition de compétences sectorielles. En particulier, l'article 114 TFUE permet au législateur européen d'adopter des mesures « relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur¹⁵ ». À la différence des bases juridiques telles que l'article 168 TFUE, cet article ne limite pas l'action de l'UE à un domaine délimité mais la conditionne à la réalisation d'un objectif précis, celui de permettre l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

Or, comme déjà souligné, les modes de vie étudiés ici prennent appui sur des activités économiques, l'échange et la consommation de biens, principalement, et de services, qui peuvent parfaitement être réglementés dans le cadre d'une législation fondée sur le marché intérieur et l'article 114 TFUE. C'est d'autant plus légitime que l'article 114 TFUE lui-même prévoit que les mesures adoptées sur son fondement prennent en compte un niveau élevé de protection de la santé¹⁶, obligation renforcée par un certain nombre de clauses transversales présentes dans le droit primaire appelant à assurer « un niveau élevé de protection de la santé humaine [...] dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union¹⁷ ».

Les principales mesures d'harmonisation dans le domaine des modes de vie ont donc été adoptées par le truchement de l'article 114 TFUE. C'est le cas des directives sur les produits et la publicité du tabac et des deux principaux règlements en matière de nutrition, celui sur l'information alimentaire et celui sur les allégations nutritionnelles et de santé. Cette pratique a été avalisée par la Cour de justice dans son arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil (Publicité pour le tabac)*, où celle-ci a déclaré que, « dès lors que les conditions du recours [à l'article 114 TFUE] comme base juridique se trouvent remplies, le législateur

¹³ Nous soulignons.

¹⁴ Article 5, § 2, TUE.

¹⁵ Article 114, § 1, TFUE.

¹⁶ Article 114, § 3, TFUE.

¹⁷ Articles 9 et 168, § 1, TFUE et article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Sur la valeur de ces obligations, cf. V. MICHEL, « Les objectifs à caractère transversal », dans E. NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit de l'union européenne », 2013.

[européen] 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 faire¹⁸ ».

Si rien ne s'oppose formellement à l'utilisation d'une base juridique relative au marché intérieur pour conduire une politique de santé publique visant à réduire l'incidence des modes de vie à risque, on peut toutefois regretter que les États membres n'aient pas saisi l'occasion lors des révisions successives des traités de donner une pleine compétence législative à l'Union dans ce domaine, si tel était leur souhait. Le contraste entre la lettre du TFUE et l'acquis dans ce domaine est flagrant et ne participe pas au renforcement de la légitimité de l'action de l'Union, fréquemment accusée de ne pas respecter le principe d'attribution des compétences. Si celui-ci n'est pas formellement nié par l'existence de cette politique, on peut au moins dire que son esprit s'en accommode mal.

2. L'action ultra vires de l'Union en matière de modes de vie

Il arrive néanmoins que le principe d'attribution soit formellement violé, lorsque l'Union adopte des mesures qui ne remplissent pas les conditions posées pour l'utilisation de l'article 114 TFUE.

Si l'arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil* n'a pas remis en cause le principe d'une action de l'UE en santé publique par le biais de l'article 114 TFUE, il lui a néanmoins posé des limites, car

interpréter cet article en ce sens qu'il donnerait au législateur [européen] une compétence générale pour réglementer le marché intérieur serait [...] incompatible avec le principe consacré à l'article [5 TUE] selon lequel les compétences de la Communauté sont des compétences d'attribution.

En particulier, la Cour a fixé deux critères nécessaires à l'utilisation par le législateur de l'article 114 TFUE, l'élimination d'entraves à la libre circulation ou la suppression de distorsions de concurrence « sensibles¹⁹ ». En l'espèce, c'est la présence de dispositions ne satisfaisant pas à ces conditions dans la directive 98/43/CE sur la publicité et le parrainage en faveur des produits du tabac qui avait conduit la Cour à prononcer l'annulation de cette directive²⁰.

Depuis cet arrêt, la réglementation européenne sur le tabac a fait l'objet de multiple recours, intentés tantôt par les États membres par la voie du recours en annulation, tantôt par l'industrie du tabac par le biais du renvoi préjudiciel²¹, tous rejetés par la Cour de justice. Dans certains cas, il est permis de douter

¹⁸ CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544, pt 88.

¹⁹ *Ibid.*, pt 95.

²⁰ *Ibid.*, pts 96-118.

²¹ Outre l'arrêt CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, préc., cf. les arrêts de la CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741 ; CJCE, Gde Chbr., 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, ECLI:EU:C:2004:802, et *Arnold André*, aff. C-434/02, ECLI:EU:C:2004:800 ; CJCE, Gde Chbr., 12 décembre 2006, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. 380/03, ECLI:EU:C:2006:772 ; CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, et *Pologne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 ; CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match*, aff. C-151/17, ECLI:EU:C:2018:938 ; CJUE, 30 janvier 2019, *Planta Tabak*, aff. C-220/17, ECLI:EU:C:2019:76.

de la légalité de certaines des mesures adoptées par le législateur européen, le raisonnement affiché par la Cour n'emportant pas pleinement l'adhésion. Deux exemples peuvent être mobilisés, le cas du tabac à usage oral, plus connu en Europe sous le nom de sa variante suédoise appelée *snus*, et celui du tabac comprenant des arômes caractérisant, tous deux interdits par la directive 2014/40/UE sur les produits du tabac²².

Le *snus* est interdit dans l'Union européenne depuis 1992²³, sur le fondement de son caractère cancérigène et de son possible rôle dans l'initiation de certaines populations au tabagisme, dont les plus jeunes²⁴. Cette interdiction a fait l'objet de contestations à trois reprises²⁵. L'interdiction des arômes caractérisant présents dans les produits du tabac, qui vise en particulier le menthol, a également été adoptée afin de limiter l'attractivité du tabac auprès des jeunes, et fait l'objet de recours²⁶.

Dans les arrêts *Swedish Match* et *Arnold André*²⁷, la Cour a confirmé la validité de l'interdiction du *snus* au regard de l'article 114 TFUE en considérant que les mesures adoptées sur le fondement de cet article « peuvent consister à [...] interdire, provisoirement ou définitivement, la commercialisation d'un ou de certains produits²⁸ ». La Cour n'offrant pas plus d'explications, on peut se demander en quoi une telle interdiction élimine des obstacles aux échanges ou des distorsions significatives de concurrence. L'avocat général Leendret A. Geelhoed, sans doute conscient de cette difficulté, admettait dans ses conclusions qu'une telle interdiction ne pouvait en aucun cas contribuer à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur s'agissant du produit interdit, mais considérait qu'elle facilitait les échanges pour les autres produits du tabac en permettant « de réduire l'effort nécessaire pour contrôler [leur] mise sur le

22 Articles 1, sous c), 7 et 17 de la 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, préc.

23 Directive 92/41/CEE du Conseil du 15 mai 1992 modifiant la directive 89/622/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière d'étiquetage des produits du tabac, *JOUE* n° L 158, 11 juin 1992, p. 30-33 ; Directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2001 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, *JOUE* n° L 194, 18 juillet 2001, p. 26-35) ; 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, préc.

24 Directive 92/41/CEE du Conseil du 15 mai 1992 modifiant la directive 89/622/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière d'étiquetage des produits du tabac, préc., considérants.

25 Confirmée plus récemment par CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match*, aff. C-151/17, préc.

26 CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, aff. C-547/14, préc. ; CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, préc.

27 CJCE, Gde Chbr., 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, préc., et *Arnold André*, aff. C-434/02, préc.

28 CJCE, Gde Chbr., 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, préc., pt 34 ; et CJCE, 14 décembre 2004, *Arnold André*, aff. C-434/02, préc., pt 35.

marché²⁹ ». Cette explication est peu convaincante. Même en acceptant que l'interdiction du *snus* soit plus simple à mettre en œuvre qu'un mécanisme d'évaluation et de contrôle, on voit mal en quoi cela favorise la libre circulation des autres produits. C'est à tout le moins une interprétation très généreuse des conditions posées dans l'arrêt *Allemagne c/ Parlement et Conseil*.

Les mêmes doutes sont suscités par la lecture des arrêts *Pologne c/ Parlement et Conseil* et *Philip Morris* s'agissant de l'interdiction des arômes caractérisant. Dans les deux cas, l'interdiction est validée par la Cour sans argumentaire précis³⁰. L'avocate générale Juliane Kokott explique que cette interdiction contribue bien à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur car elle vise « à créer des conditions d'échanges uniformes applicables à tous les produits du tabac sur l'ensemble du territoire de l'Union³¹ ». Cette interdiction n'est en réalité pas une interdiction d'un type de produits, mais une simple réglementation de leur composition, « en d'autres termes, les produits du tabac pourront désormais être en principe commercialisés dans l'Union, dans la mesure toutefois où ils ne contiennent pas d'arômes caractérisant³² ».

Cette argumentation est plus convaincante que celle déployée par l'avocat général Leendret A. Geelhoed, mais elle ne va pas non plus sans difficulté. Premièrement, elle présuppose que les cigarettes avec ou sans arômes sont interchangeables du point de vue du consommateur, ce qui nécessiterait d'être prouvé. Secondement, dans le cas où ces produits seraient interchangeables, cela irait à l'encontre de l'interdiction qui vise justement à faire diminuer la consommation de tabac et à en freiner l'initiation.

Le droit des modes de vie sains est une illustration paradigmatique de la difficulté de poser des bornes claires à l'action de l'UE et, paradoxalement, faute de compétence directe, de la place prise par l'objectif visant à instaurer et faire fonctionner le marché intérieur. Cela n'apparaît pas seulement dans le cadre de l'harmonisation mais aussi, et peut-être surtout, dans le cadre des libertés de circulation.

B. L'effet des libertés de circulation sur les législations nationales

1. L'interprétation large donnée aux libertés de circulation

Le droit des modes de vie témoigne du large champ couvert par les libertés de circulation, que ce soit en matière de marchandises ou de services. Très peu de réglementations nationales visant à en combattre les effets néfastes sur la santé peuvent espérer échapper au contrôle de la Cour de justice.

29 Conclusions de l'avocat général L. A. GEELHOED, présentées le 7 septembre 2004, dans les affaires *Swedish Match* et *Arnold André* (aff. C-210/03 et C434/02), ECLI:EU:C:2004:487, pts 78 et 79.

30 CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, aff. C-547/14, préc., pts 117-124 ; et CJUE, 4 mai 2016, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, préc., pts 57-64.

31 Conclusions de l'avocate générale J. KOKOTT, présentées le 23 décembre 2015, dans l'affaire *Philip Morris*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2015:853, pt 83.

32 *Ibid.*

C'est particulièrement le cas vis-à-vis de l'article 34 TFUE et de l'interprétation faite par la Cour de la notion d'« entrave », inaugurée avec l'arrêt *Dassonville*³³ concernant un certificat d'authenticité pour le whisky et poursuivie par l'arrêt *Cassis de Dijon* où l'importation de la fameuse crème de cassis se voyait entravée par la réglementation allemande sur la teneur minimum en alcool des boissons alcoolisées³⁴. Cette affaire vit l'apparition du principe de reconnaissance mutuelle, véritable pilier et moteur du marché unique européen. L'article 34 TFUE permet de contrôler la légalité d'un nombre varié de mesures nationales relatives aux modes de vie dont l'étiquetage³⁵, la composition des produits³⁶, la publicité³⁷, l'octroi de licences³⁸ ou les mesures relatives au prix de vente³⁹.

Moins connu et moins étudié, l'article 37 TFUE relatif aux monopoles nationaux joue un rôle particulièrement important en matière d'alcool et de tabac, menant au démantèlement d'un certain nombre de systèmes d'octroi de droits exclusifs⁴⁰. Cet article prévoit que « les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres⁴¹ ». À la différence de celle contenue dans l'article 34 TFUE, l'interdiction posée par l'article 37 TFUE a une portée moins large puisqu'elle ne vise pas toutes les mesures susceptibles d'entraver l'accès au marché des marchandises étrangères mais seulement celles de nature discriminatoire.

Afin de donner son plein effet à l'article 34 TFUE, la Cour s'est efforcée d'interpréter le champ d'application de l'article 37 TFUE de manière restrictive, comme le montre une série d'arrêts relatifs aux monopoles suédois et finlandais en matière d'alcool⁴². Elle a considéré que les règles nationales couvertes par l'article 37 TFUE étaient celles « spécifiquement applicables à l'exercice, par un monopole national de nature commerciale, de ses droits d'exclusivité », tandis que l'article 30 était applicable aux autres dispositions « qui sont détachables du fonctionnement du monopole bien qu'elles aient une incidence sur ce dernier⁴³ ».

33 CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, ECLI:EU:C:1974:82.

34 CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. C-120/78, préc.

35 *Ibid.*

36 CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-178/84, ECLI:EU:C:1987:126 ; CJCE, 14 juillet 1994, *Van der Veldt*, aff. C-17/93, ECLI:EU:C:1994:299.

37 CJCE, 8 mars 2001, *Gourmet International Product*, aff. C-405-98, préc.

38 CJCE, 23 octobre 1997, *Franzen*, aff. C-189/95, ECLI:EU:C:1997:504 ; CJUE, 26 avril 2012, *ANETT*, aff. C-456/10, ECLI:EU:C:2012:241 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Visnapuu*, aff. C-198/14, ECLI:EU:C:2015:751.

39 CJCE, 5 avril 1984, *Van de Haar*, aff. jtes 177/82 et 178/82, ECLI:EU:C:1984:144 et CJUE, 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-333/14, préc.

40 *Ibid.*, par ex., pour le tabac, CJCE, 3 février 1976, *Manghera*, aff. 59/75, ECLI:EU:C:1976:14 ; CJCE, 13 juillet 1988, *Commission c/ France*, aff. 169/87, ECLI:EU:C:1988:393.

41 Article 37, § 1, TFUE.

42 Cf. CJCE, 23 octobre 1997, *Franzen*, aff. C-189/95, ECLI:EU:C:1997:504 ; CJCE, 5 juin 2017, *Rosengren*, aff. C-170/04, ECLI:EU:C:2007:313 ; CJUE, 12 novembre 2015, *Visnapuu*, aff. C-198/14, ECLI:EU:C:2015:751.

43 CJCE, 23 octobre 1997, *Franzen*, aff. C-189/95, préc., pts 35-36.

En matière de libre circulation des marchandises, l'article 110 TFUE qui interdit les réglementations fiscales nationales ayant un effet discriminatoire ou protectionniste a également été particulièrement mis à contribution en matière de modes de vie, principalement de l'alcool. Afin de ne pas multiplier les exemples, on se contentera de se référer à la saga judiciaire concernant la taxation différenciée de la bière et du vin⁴⁴.

Les articles 49 et 56 TFUE sur les libertés d'établissement et de prestation de service, enfin, jouent aussi un rôle, en matière par exemple de publicité pour l'alcool⁴⁵, mais surtout concernant les réglementations nationales des jeux de hasard⁴⁶. Ceux-ci ne faisant l'objet d'aucune mesure d'harmonisation au niveau européen, ce sont les libertés de circulation qui constituent le seul cadre juridique applicable. Les jeux de hasard sont rarement regroupés dans la catégorie « modes de vie sains » dont ils diffèrent d'un point de vue épidémiologique, mais on peut les y rattacher dans la mesure où ils peuvent conduire à des phénomènes d'addiction et donner lieu à des conséquences néfastes sur la santé des personnes et pour la société.

2. Un contrôle strict de la proportionnalité

Le large champ couvert par les libertés de circulation s'accompagne en matière de modes de vie sains, et plus largement en matière de protection de la santé et de la vie des personnes, d'un contrôle de la proportionnalité des mesures en cause pas toujours aussi déférent que la Cour de justice voudrait bien le laisser penser. Il est vrai, comme elle l'a rappelé à de nombreuses reprises, que

la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité FUE et [qu']il appartient aux États 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 atteint⁴⁷,

et que la Cour s'est montrée à de nombreuses reprises respectueuse des prérogatives des États membres en la matière⁴⁸.

44 CJCE, 27 février 1980, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 170/78, ECLI:EU:C:1980:53 ; CJCE, 9 juillet 1987, *Commission c/ Belgique*, aff. 356/85, ECLI:EU:C:1987:353 ; CJCE, Gde Chbr., 8 avril 2008, *Commission c/ Suède*, aff. C-167/05, ECLI:EU:C:2008:202.

45 Cf. CJCE, 21 janvier 2003, *Bacardi-Martini*, aff. C-318/00, ECLI:EU:C:2003:41 ; CJCE, Gde Chbr., 13 juillet 2004, *Loi Evin*, aff. C-262/02, ECLI:EU:C:2004:431 ; CJCE, 13 juillet 2004, *Bacardi*, aff. C-429/02, ECLI:EU:C:2004:432.

46 Pour une introduction, cf. A.-L. SIBONY et M. NIKITAS, « Les jeux de hasard au regard du droit européen : les États membres ont carte blanche... à condition de respecter les règles du jeu », dans D. PHILIPPE, G. SCHAMPS et A. STROWEL, *Droit des jeux de hasard*, Bruxelles, Larcier, coll. « Crides-Jean Renauld », 2018.

47 CJUE, 1^{er} octobre 2020, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, aff. C-649/18, ECLI:EU:C:2020:764, pt 71, et jurisprudence citée.

48 Pour un exemple récent, cf. CJUE, 1^{er} octobre 2020, *A (Publicité et vente de médicaments en ligne)*, aff. C-649/18, préc. Plus largement, cf. la recension d'E. BROSSET, « La justification aux entraves aux libertés pour des raisons de protection de la santé », dans E. BROSSET (dir.), *Droit européen et protection de la santé. Bilan et perspectives*, op. cit., p. 104-109.

Mais certains contre-exemples existent également, comme en témoignent les affaires *Rosengren* et *Scotch Whisky*⁴⁹. La première affaire est relative au monopole suédois sur l'alcool qui prévoyait l'impossibilité pour les individus d'importer librement des boissons alcoolisées. Ceux-ci devaient en faire la demande auprès dudit monopole qui, en pratique, ne s'y opposait jamais. Cette règle servait deux objectifs : celui de limiter la consommation d'alcool, en général, et de s'assurer, en particulier, que les personnes n'ayant pas atteint l'âge légal ne puissent s'en procurer en commandant directement de l'alcool.

S'agissant de l'objectif général de limitation de la consommation d'alcool, étant donné que le monopole ne s'était jamais opposé à une commande, la Cour a conclu que « ladite interdiction, en raison du caractère plutôt marginal de ses effets à ce titre, [devait] être considérée comme étant inapte à réaliser ledit objectif⁵⁰ ». S'agissant de l'objectif d'empêcher les populations les plus jeunes de se procurer de l'alcool par eux-mêmes, la Cour a considéré que la mesure n'était pas proportionnée puisqu'une autre mesure moins restrictive pouvait lui être substituée, sous la forme d'« une déclaration par laquelle le destinataire des boissons importées certifierait, sur un formulaire accompagnant les marchandises au moment de leur importation, être âgé de plus de vingt ans [...], dispositif assorti de sanctions pénales appropriées en cas de non-respect⁵¹ ».

On reste songeur à la lecture d'un tel arrêt, où la Cour semble ignorer que le caractère fastidieux d'une commande en magasin peut contribuer à freiner la consommation d'alcool, ou qu'un contrôle opéré par un agent apporte plus de garanties qu'un système déclaratif, même accompagné de sanctions. À tout le moins, on ne voit guère de trace ici de la liberté laissée aux États 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 ».

L'arrêt *Scotch Whisky*⁵², où la Cour se montre également assez hostile à la mesure en cause, en l'espèce un système de prix minimum par unité d'alcool, illustre un tournant récent dans la jurisprudence de la Cour, celui du contrôle accru de la cohérence et de la systématisme des mesures nationales⁵³. Ce contrôle suppose « une appréciation globale des circonstances entourant l'adoption et la mise en œuvre des législations restrictives en cause⁵⁴ » afin de vérifier que la mesure n'est pas prise de manière isolée ni en contradiction avec le reste de la politique menée par l'État membre.

49 CJCE, 5 juin 2017, *Rosengren*, aff. C-170/04, préc., et CJUE, 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-333/14, préc.

50 CJUE, 5 juin 2017, *Rosengren*, aff. C-170/04, préc., pt 47.

51 *Ibid.*, pt 56.

52 CJUE, 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-333/14, préc.

53 E. BROSSET, « L'Union européenne de la santé. L'Union détermine-t-elle le niveau de protection de la santé ? – Introduction », *Rev. aff. eur.*, n° 4, 2017, p. 596.

54 CJUE, 11 juin 2015, *Berlington Hungary*, aff. C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386, pt 73.

Dans *Scotch Whisky*, la Cour considère ces deux conditions comme remplies au motif que

la réglementation nationale en cause au principal s'inscrit dans une stratégie politique plus générale qui vise à combattre les effets dévastateurs causés par l'alcool [et] constitue une mesure parmi 40 ayant pour objectif de réduire, de manière cohérente et systématique, la consommation d'alcool de la population écossaise dans son ensemble, quel que soit le lieu ou les modalités de ladite consommation⁵⁵.

Mais si la réglementation écossaise en cause n'avait pas fait partie d'un plus large panel de mesures, du fait par exemple de l'opposition de la population ou de certains lobbys, qu'aurait-il fallu en conclure ? Qu'elle devenait alors inapte à atteindre l'objectif poursuivi ? La Cour semble adopter une approche maximaliste qui néglige les inévitables soubresauts de la vie politique et la difficulté de mettre en place des stratégies toujours cohérentes. Une mesure devrait être évaluée en fonction de son mérite propre, éventuellement mise de côté si l'action de l'État membre révèle une véritable duplicité, comme c'est parfois le cas, mais pas remise en cause du fait de son caractère incrémental.

Cela est d'autant plus ironique que l'Union européenne n'est elle-même pas exempte de critiques à cet égard, sa politique en matière de modes de vie sains étant loin d'être aussi ambitieuse selon le type de risque considéré, et pas toujours cohérente. Or, on imagine mal la Cour annuler les quelques mesures d'harmonisation relatives à l'abus d'alcool existantes au niveau européen au motif que l'action de l'Union reste encore notoirement insuffisante, ou du fait que celle-ci continue par ailleurs à massivement financer le secteur viti-vinicole, y compris pour des actions de type promotionnel⁵⁶. De la même manière, la grande latitude laissée aux États membres par la Cour en matière de jeux de hasard⁵⁷, alors même que les risques pour la santé des personnes sont réels, peut être vue comme une certaine incohérence.

II. LES MODES DE VIE SAINS ET LE CHAMP DE JUSTIFICATION DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

L'expansion du droit des modes de vie sains interroge plus fondamentalement la nature et la légitimité du droit européen, dans sa relation aux appartenances collectives des citoyens européens (A) et à leur qualité d'êtres autonomes (B).

⁵⁵ CJUE, 23 décembre 2015, *The Scotch Whisky Association*, aff. C-333/14, préc., pt 38.

⁵⁶ Cf. les articles 39 à 54 du règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil, *JOUE* n° L 347, 20 décembre 2013, p. 671-854.

⁵⁷ Cf. A.-L. SIBONY et M. NIKITAS, « Les jeux de hasard au regard du droit européen : les États membres ont carte blanche... à condition de respecter les règles du jeu », *op. cit.*

A. Le droit des modes de vie sains et la diversité culturelle

1. Une prise en compte de la diversité culturelle au niveau politique

Dans le cadre plus général des politiques de santé publique, la réglementation des modes de vie a ceci de singulier qu'elle touche à des produits et à des pratiques présentant une (très) forte dimension culturelle. C'est particulièrement le cas des produits alimentaires et des boissons alcoolisées, en premier lieu desquelles le vin. De ce point de vue, une réglementation au niveau européen qui présente le risque d'harmoniser ces pratiques, ou de les faire disparaître, n'a rien d'évident. C'est d'autant plus vrai que les risques découlant des modes de vie, à l'inverse d'autres risques transfrontaliers comme la pollution atmosphérique ou les virus, ont une dimension locale qui s'accommode bien d'une régulation au niveau national, voire infranational.

La nécessité de préserver les traditions culturelles est reconnue par l'article 13 TFUE, qui stipule que

lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche [...] du marché intérieur, l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux,

et, plus indirectement, par l'article 4, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (TUE) sur le respect de l'identité nationale des États membres.

Cette prise en compte de la diversité culturelle apparaît à de nombreuses reprises lorsqu'on étudie le droit européen des modes de vie et son élaboration, dans lequel elle fait l'objet d'un traitement pluriel. La Suède, par exemple, a su mobiliser la plus haute des protections en négociant dans son acte d'adhésion une dérogation à l'interdiction du tabac à usage oral⁵⁸, afin de préserver l'usage de ce produit très populaire dans sa population. Pour les autres formes de produits du tabac sans combustion, tels que le tabac à mâcher ou à inhaler, c'est simplement le droit dérivé qui s'est adapté pour prendre en compte leur « longue tradition⁵⁹ ».

En matière d'alcool, c'est la politique européenne dans son ensemble qui est influencée par la dimension culturelle. En effet, il semble que cela soit la principale raison pour laquelle l'action de l'Union en la matière, législative ou non,

⁵⁸ Acte relatif aux conditions d'adhésion du Royaume de Norvège, de la République d'Autriche, de la République de Finlande et du Royaume de Suède et aux adaptations des traités sur lesquels est fondée l'Union européenne, *JOCE* n° C 241, 29 août 1994, p. 9-404, article 151.

⁵⁹ Directive 92/41/CEE du Conseil du 15 mai 1992 modifiant la directive 89/622/CEE concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière d'étiquetage des produits du tabac, préc., considérants.

ait été aussi timorée jusqu'à présent⁶⁰. La stratégie européenne de réduction des dommages liés à l'alcool n'en fait pas mystère lorsqu'elle explique « qu'il existe des habitudes culturelles différentes selon les pays » et que son intention n'est donc pas de substituer l'action européenne « aux mesures nationales, qui [...] relèvent du champ de compétence des États en vertu du principe de subsidiarité et de l'article [168 TFUE] » et « sont fondées sur leurs contextes culturels respectifs⁶¹ ». Les États membres n'entendent pas céder trop de terrain dans un domaine qui leur apparaît comme réservé, contrairement par exemple au tabac pour lequel ils se font l'avocat de mesures très poussées.

Un dernier exemple vient illustrer ces résistances nationales, cette fois-ci en matière de nutrition. La sensibilité de certains États membres s'agissant de leurs produits traditionnels explique notamment l'impossibilité pour l'Union depuis 2009 d'adopter les profils nutritionnels prévus par le règlement sur les allégations nutritionnelles et de santé⁶². Ces profils nutritionnels ont pour but d'empêcher les produits trop gras, sucrés ou salés de bénéficier de ces allégations et ainsi d'empêcher qu'ils soient promus aux consommateurs. Cela n'est pas vu d'un bon œil par certains États qui ne souhaitent pas que leurs produits phares, comme ceux couverts par des labels « Appellation d'origine protégée » (AOP) ou « Indication géographique protégée » (IGP), se retrouvent pénalisés du fait de leur trop forte teneur en sel, sucre ou gras. C'est la même raison qui explique que certains États s'opposent à la généralisation d'un étiquetage nutritionnel directif obligatoire sur tous les produits, par crainte là encore de l'effet sur leurs produits traditionnels et, selon eux, afin de « protéger l'héritage culturel européen⁶³ ».

2. Des outils juridiques limités

Au-delà de ce traitement politique de la diversité culturelle et de sa traduction législative, on peut se demander si le droit européen lui-même prévoit, dans ses principes fondamentaux, des mécanismes permettant aux États membres de faire valoir leur exception culturelle face à une norme qui la menacerait. On pense bien sûr aux principes de subsidiarité et de proportionnalité.

S'agissant du principe de subsidiarité, si cette question n'a jamais été clairement traitée par la Cour dans le cadre du droit des modes de vie sains, on peut fortement douter qu'un argument fondé sur la diversité culturelle puisse prospérer. Tout d'abord, et conformément à l'article 5, paragraphe 3, TUE, la subsidiarité ne peut être un recours pour les États que lorsque ceux-ci estiment être capables seuls d'atteindre « les objectifs de l'action envisagée ». Or, les objectifs

⁶⁰ Il n'existe que très peu d'initiatives européennes en matière de lutte contre l'alcoolisme et quasiment aucune mesure d'harmonisation. Cette situation est radicalement différente de celle du tabac.

⁶¹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une stratégie de l'Union européenne pour aider les États membres à réduire les dommages liés à l'alcool*, préc., p. 4 et 16.

⁶² Article 4 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, préc.

⁶³ Conseil de l'Union européenne, « Non Paper on the "Front of Pack Nutrition Labeling – FOPNL" by Cyprus, Czech Republic, Greece, Hungary, Italy, Latvia and Romania », 17 septembre 2020, doc. 10846/20.

de l'action de l'UE en matière de modes de vie sains sont la protection de la santé humaine et l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, pas la protection de la diversité culturelle. Celle-ci peut être prise en compte, mais elle ne saurait en constituer l'objectif principal. Ensuite, la primeur donnée au marché intérieur dans l'examen par la Cour du respect par le législateur européen du principe de subsidiarité ne laisse que peu d'espoir⁶⁴.

S'agissant de la proportionnalité, on peut se pencher plus en détail sur la jurisprudence relative aux libertés de circulation. Dans une série d'affaires, la Cour a jugé contraires au principe de reconnaissance mutuelle des règles nationales réservant l'utilisation de certaines dénominations à des produits élaborés selon une méthode particulière et avec des ingrédients spécifiques, sans que celles-ci puissent être justifiées par des raisons tenant à la protection du consommateur⁶⁵. La solution adoptée par la Cour dans ces affaires est déjà largement critiquable si l'on s'arrête sur la vision idéalisée du consommateur qui y est présentée : celui-ci serait suffisamment habile pour ne pas être trompé par un produit portant une dénomination traditionnelle qui ne se conforme pas à la recette attendue, lorsque ce produit fait apparaître ce changement de composition sur l'emballage. C'est espérer beaucoup du consommateur moyen.

Plus fondamentalement, ces arrêts frappent par la légèreté avec laquelle des pratiques culturelles parfois pluricentennaires se trouvent écartées. Si l'on prend le cas de l'arrêt *Pureté de la bière*⁶⁶, c'est un décret de 1516 fixant les ingrédients autorisés pour l'élaboration de la bière en Allemagne qui est remis en cause par l'application des libertés de circulation. À aucun moment, la dimension proprement collective et culturelle du choix par les Allemands de réserver le nom de « bière » à un produit bien défini et l'effet d'une remise en cause d'un tel choix ne sont discutés dans l'arrêt⁶⁷. Au contraire, selon la Cour « les représentations des consommateurs qui peuvent varier d'un État membre à l'autre sont aussi susceptibles d'évoluer au fil du temps à l'intérieur d'un même État membre »⁶⁸, « l'institution du marché commun [étant] d'ailleurs un des facteurs essentiels qui peuvent contribuer à cette évolution »⁶⁹. On ne saurait être plus clair, non seulement le développement du marché unique ne doit pas être freiné par des considérations d'ordre culturel, mais il se construit également contre elles en favorisant l'évolution des pratiques chez les consommateurs.

64 Cf. CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match*, C-151/17, préc., pts 64 à 69 ; CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, aff. C-547/14, préc., pts 221 à 222.

65 Cf. CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-178/84, préc. ; CJCE, 14 juillet 1988, *Drei Glocken*, aff. 407/85, ECLI:EU:C:1988:401 ; CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France*, aff. C-184/96, ECLI:EU:C:1998:495 ; CJCE, 16 janvier 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-12/00, ECLI:EU:C:2003:21.

66 CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-178/84, préc.

67 Plus largement, cf. G. DAVIES, « Internal Market Adjudication and the Quality of Life in Europe », *EUI Working Papers*, n° 7, 2014.

68 CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-178/84, pt 32.

69 *Ibid.*

B. Le droit des modes de vie sains et l'autonomie de l'individu

1. La nature paternaliste du droit européen des modes de vie

Le droit des modes de vie sains a également ceci de distinctif qu'il interroge plus qu'un autre le rapport entre l'individu et la puissance publique. Boire, fumer ou manger trop gras sont des comportements dont les conséquences négatives frappent, dans leur grande majorité, les individus qui s'y livrent. Leur réglementation comporte une dimension paternaliste visant à contraindre l'individu pour son propre bien, à la différence d'autres champs de l'action publique qui visent à réglementer les modes de vie au bénéfice de la communauté, par exemple en matière environnementale.

De ce point de vue, la réglementation européenne se distingue par une approche particulièrement paternaliste, en particulier s'agissant du tabac. Cela ne découle pas seulement du type de mesures prises, l'interdiction quasi totale de la publicité et une réglementation très forte sur les produits, mais aussi d'une vision assez monolithique du consommateur. Celui-ci est dépeint comme demandeur de protection plus que comme acteur autonome, cela ressort clairement des études d'impact réalisées qui ne semblent jamais considérer que les consommateurs, au moins certains d'entre eux, puissent regarder d'un œil défavorable l'intervention publique dans leurs habitudes de vie. De la même façon, ce consommateur critique est totalement absent du contrôle de proportionnalité des mesures adoptées par l'Union européenne.

Cela est d'autant plus frappant que cette politique est mise en place au niveau européen, où l'on peut arguer que la relation au citoyen est plus distante et que la légitimité pour agir au cœur de la vie des individus, ce qu'ils mangent, boivent et fument, est moindre qu'au niveau national. Qu'est-ce que l'action de l'UE dans ce domaine révèle des objectifs du projet européen ? Une dimension morale se dégage-t-elle du droit des modes de vie sains ? S'agit-il de façonner un nouveau *civis europeus*, un nouveau « mode de vie européen »⁷⁰ ? On pourrait alors se demander ce que serait ce citoyen ou consommateur européen idéal, un individu sain aux comportements modérés⁷¹. Ces questions n'ont guère reçu de réponse s'agissant de la dimension sanitaire des modes de vie, mais l'on sait déjà qu'être croyant, délinquant ou migrant influe fortement sur l'expérience que l'on fait du droit européen⁷². La même chose pourrait sans doute être dite aujourd'hui des fumeurs.

70 À ce titre, l'intitulé du nouveau portefeuille de la Commission européenne est révélateur, « Promotion de notre mode de vie européen », disponible en ligne : https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life_fr (consulté le 1^{er} juillet 2021).

71 Cf. l'ouvrage d'A. SOMEK, *Individualism: An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 307 p.

72 L. AZOULAI, « Droit de l'Union européenne et passions sociales », *Confluence des droits-La revue*, n° 2, février 2020, disponible en ligne : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=107> (consulté le 1^{er} juillet 2021).

2. *Quel(s) recours pour les consommateurs ?*

De ce constat découle une interrogation : existe-t-il une limite, pas seulement politique mais juridique, à ce que le législateur européen peut faire pour contraindre les individus dans ce domaine ? L'Union européenne pourrait-elle, demain, décider d'interdire la vente de tabac et de boissons alcoolisées sur tout son territoire ?

Une réponse à cette question peut être formulée si l'on se place du point de vue des acteurs économiques défavorablement impactés par des mesures qui portent atteinte à leur activité. De nombreuses affaires ont examiné, dans le cadre du droit des modes de vie, le respect par le droit dérivé de l'Union des droits et libertés garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁷³, tels que la liberté d'expression et d'information⁷⁴, la liberté d'entreprise⁷⁵ ou le droit de propriété⁷⁶. Invariablement, c'est la protection de la santé humaine qui l'emporte, celle-ci

occup[ant] dans l'échelle des valeurs du droit de l'Union un rang incomparablement supérieur à celui de tels intérêts, de nature essentiellement économique de sorte [qu'elle] peut justifier des conséquences économiques négatives, même d'une ampleur considérable, pour certains opérateurs économiques⁷⁷.

S'agissant de la liberté des personnes de consommer des produits qui leur causent du tort, on serait en l'état bien incapable de répondre à cette question. Le consommateur est absent du contrôle de la légalité et de la proportionnalité des mesures adoptées par l'Union, alors même que le droit à la liberté est pourtant consacré par l'article 6 de la Charte.

Comme le proclame son article 52, paragraphe 1 :

Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.

Les restrictions à la liberté de consommer des produits du tabac adoptées par le législateur européen satisfont sans aucun doute à la première partie de

⁷³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* n° C 326, 26 octobre 2012, p. 391-407.

⁷⁴ Article 11. Cf. CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14, ECLI:EU:C:2015:823 ; CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, aff. C-547/14, préc.

⁷⁵ Article 16. Cf. CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, ECLI:EU:C:2012:526 ; CJUE, 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, aff. C-157/14, préc. ; CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris*, aff. C-547/14, préc.

⁷⁶ Article 17. Cf. CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, préc. ; CJCE, 14 décembre 2004, *Swedish Match*, aff. C-210/03, préc. ; CJUE, 30 janvier 2019, *Planta Tabak*, aff. C-220/17, préc.

⁷⁷ Conclusions de l'avocate générale J. Kokott, présentées le 23 décembre 2015, dans l'affaire *Philip Morris*, aff. C-547/14, préc., pt 179.

l'article 52, paragraphe 1. Elles sont prévues par la loi et on peut raisonnablement estimer qu'elles respectent le contenu essentiel de la liberté de l'individu, celle-ci ne se caractérisant principalement pas par la possibilité de fumer ou de boire. La question de la proportionnalité est plus délicate, surtout dans les cas où les mesures restrictives en cause ne visent pas à répondre « au besoin de protection des droits et libertés d'autrui » mais à celui de protéger l'individu contre lui-même. L'usage de la cigarette ou l'abus d'alcool peuvent nuire à autrui dans certaines circonstances, mais ce n'est pas le cas, par exemple, de l'usage de produits n'émettant pas de fumée, comme le *snus*. Jusqu'où peut-on contraindre l'individu pour le protéger de lui-même ? Voilà une question philosophique intemporelle qui n'a pas encore trouvé de traduction concrète devant la Cour de justice.

L'article 35 de la Charte, qui proclame le droit de toute personne « 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 », offre une autre perspective intéressante. On pourrait penser que celui-ci ne sert que comme outil de défense des mesures adoptées par l'Union, afin de contrer les arguments fondés sur d'autres intérêts, comme ceux des opérateurs économiques. Il existe néanmoins des situations duales où le droit à la santé peut à la fois bénéficier au législateur européen, qui tente de lui donner une expression concrète, et au consommateur qui estime que les mesures prises nuisent à la prévention et à l'accès aux soins médicaux.

La question de l'accès aux soins médicaux fut soulevée dans le récent arrêt *Swedish Match II*⁷⁸ relatif à l'interdiction du *snus* dans l'UE, interdiction déjà évoquée plus en détail ci-avant. Il faut savoir qu'un débat existe dans la communauté scientifique quant à l'utilité du *snus* comme outil d'aide à la cessation de l'usage de la cigarette, sachant que le *snus* est bien moins nocif pour la santé. Une des parties à l'affaire considérait qu'interdire ce produit consistait en une violation de l'article 35 de la Charte dans la mesure où elle privait les individus d'une méthode pour arrêter la cigarette. La Cour a rejeté cet argument en considérant que, quand bien même cette interdiction limiterait les droits fondamentaux, elle respecterait le contenu essentiel desdits droits puisqu'elle

vise non pas à limiter le droit à la santé, mais, bien au contraire, à concrétiser ce droit et, dès lors, à assurer un niveau élevé de protection de la santé pour l'ensemble des consommateurs, en ne privant pas entièrement les personnes désireuses de cesser de consommer du choix des produits qui leur seraient bénéfiques à cette fin⁷⁹,

et qu'elle était par ailleurs proportionnée⁸⁰.

Cette réponse de la Cour n'est que partiellement satisfaisante. On aurait pu attendre qu'elle se range derrière l'incertitude présente en l'espèce – rien ne

⁷⁸ CJUE, 22 novembre 2018, *Swedish Match*, aff. C-151/17, préc.

⁷⁹ *Ibid.*, pt 89.

⁸⁰ *Ibid.*, pt 90.

prouve que le *snus* soit vraiment un instrument efficace pour arrêter de fumer – et la compare aux bénéfices attendus de la mesure. Ce n'est pas ce qu'elle fait, car elle renvoie au test de proportionnalité effectué plus tôt dans l'arrêt mais qui concerne cette fois les impacts économiques de la mesure.

La question de la prévention des risques de santé apparaît dans l'affaire *Deutsches Weintor*⁸¹, même si cet aspect n'est pas formellement analysé par la Cour au titre de l'article 35 de la Charte. En l'espèce était notamment contestée la validité de l'article 4, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 1924/2006 sur les allégations nutritionnelles et de santé, qui interdit, sauf exceptions, l'utilisation de ces allégations sur les boissons alcoolisées. Cette interdiction a pour but de protéger le consommateur afin que celui-ci ne perçoive pas ces boissons de manière positive en dépit des risques qu'elles font courir pour la santé. *Deutsches Weintor*, une coopérative viticole allemande, soutenait que cette interdiction contrevenait à la liberté professionnelle et au droit de travailler, garantis par l'article 15 de la Charte, et à la liberté d'entreprise, contenue à l'article 16.

La Cour rejeta ces arguments, se fondant notamment sur le fait que cette interdiction était nécessaire pour garantir le respect des exigences découlant de l'article 35 de la Charte⁸². Le point intéressant ici est que le message que l'entreprise allemande voulait utiliser sur ses bouteilles de vin contenait les mots « digeste » et « acidité légère », que la Cour de justice a interprétés comme des allégations interdites par l'article 4, paragraphe 3, du règlement⁸³. On aurait pu considérer que le consommateur moyen, ou certains consommateurs, ont intérêt à bénéficier de ce type de message qui les aide à comparer l'acidité respective des vins et leurs effets sur la digestion, et que les en priver remet en cause la prévention des risques de santé, contrevenant ainsi à l'article 35 de la Charte. Là encore, il est loin d'être certain que cela aurait changé le résultat de l'affaire, mais il aurait été intéressant de voir comment la Cour met en balance les intérêts pluriels des consommateurs : celui de ne pas être induits en erreur par des messages promotionnels sur les boissons alcoolisées, et celui de pouvoir bénéficier d'une information qui les aide à faire des choix comparativement meilleurs pour leur santé.

81 CJUE, 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor*, aff. C-544/10, préc.

82 *Ibid.*, pt 53.

83 *Ibid.*, pts 27 à 41.