SÉCURITÉ JURIDIQUE ET MOBILITÉ DES PATIENTS DANS L'UNION EUROPÉENNE APRÈS L'EXCLUSION DES SOINS DE SANTÉ DE LA DIRECTIVE SERVICES DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR

Marie-Françoise MERCADIER

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045552ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045552ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

MERCADIER, M.-F. (2008). SÉCURITÉ JURIDIQUE ET MOBILITÉ DES PATIENTS DANS L'UNION EUROPÉENNE APRÈS L'EXCLUSION DES SOINS DE SANTÉ DE LA DIRECTIVE SERVICES DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR. *Revue du notariat*, 110(2), 563–585. <https://doi.org/10.7202/1045552ar>

SÉCURITÉ JURIDIQUE ET MOBILITÉ DES PATIENTS DANS L'UNION EUROPÉENNE APRÈS L'EXCLUSION DES SOINS DE SANTÉ DE LA DIRECTIVE SERVICES DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR

Marie-Françoise MERCADIER*

I.	DE « LA RÈGLE QUI SE DÉROBE »....	569
A.	L'imprécision des critères posés par la réglementation communautaire relative aux soins de santé transfrontaliers	570
B.	L'interprétation extensive par la Cour de justice des dispositions du règlement n° 1408/71	573
II.	DE L'INCOHÉRENCE DU SYSTÈME JURIDIQUE DES PRESTATIONS TRANSFRONTALIÈRES DE SANTÉ	577
A.	L'application des principes du marché intérieur aux soins de santé	578
B.	L'insécurité juridique découlant de la jurisprudence <i>Kohll</i> et <i>Decker</i> : une dualité de régimes	580

* Maître de conférences en droit à l'Université de Provence, Aix-en-Provence, France.

Résumé

Compte tenu de leur spécificité, les soins de santé n'ont pas été inclus dans la Directive sur les services dans le marché intérieur du 12 décembre 2006. Pour la Cour de justice des communautés européennes, dans le cadre du marché intérieur, les soins de santé constituent des prestations de services pour lesquelles le principe de libre circulation des professionnels de santé et des patients en tant que destinataires de services doit trouver à s'appliquer. Or, s'agissant de la mobilité des patients dans l'Union européenne, force est de constater l'insécurité juridique découlant d'une pluralité de réglementations sur certains points contradictoires avec la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. La Commission européenne a donc lancé, le 26 septembre 2006, une consultation publique visant à recenser les méthodes permettant de rendre plus accessible et prévisible le cadre juridique des services de santé.

Appelée de leurs vœux par la Commission de l'Union européenne et par les organismes mutualistes nationaux, la sécurité juridique cède néanmoins le pas à l'insécurité juridique, en raison de la confusion introduite par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés en matière de prestation transfrontalière de santé.

Dans le cadre de cette contribution, il sera donc traité de l'insécurité juridique susceptible de naître d'une interprétation pré-torienne *praeter* voire *contra legem*, selon la perspective considérée, à travers l'exemple particulier de la réglementation communautaire concernant la circulation transfrontalière des patients. Si l'on se réfère aux pistes de réflexion figurant dans la présentation de ce colloque, cette approche permet d'aborder le principe de sécurité juridique sous sa dimension structurelle : relation entre la sécurité juridique et l'ordre normatif, intelligibilité des textes, rôle du juge.

En des termes éloquents, le professeur Nicolas Molfessis¹ dénonce les conséquences de l'insécurité juridique :

Parce qu'elle fait obstacle à la connaissance des règles, elle provoque une situation d'angoisse face au droit. C'est l'insertion de la norme juridique dans l'ordre social qui est en cause, et donc sa vocation à régir réellement et durablement les situations juridiques, sans compter le discrédit qui affecte alors le droit. L'insécurité juridique, c'est la règle qui se dérobe.

« La règle qui se dérobe » suggère, en premier lieu, l'existence d'une règle ou d'un ensemble de règles qui soit échappent à l'interprétation soit conduisent à des interprétations divergentes. Cette règle ou cet ensemble de règles seront alors manifestement insuffisants à régir la situation juridique visée.

Ensuite, s'agissant des raisons pouvant expliquer l'inertie opposée par la règle ou par l'ensemble de règles à l'interprétation, on pense tout d'abord à son absence de clarté, d'intelligibilité. Néanmoins, dans le cas d'un conflit d'interprétations, la règle ou l'ensemble de règles peuvent apparaître suffisamment clairs à leurs interprètes, sur le fondement de leur système d'interprétation respectif. L'insécurité juridique risque alors d'ébranler le système juridique considéré, sa cohérence.

Ainsi, en ce qui concerne les prestations transfrontalières de santé dans l'Union européenne, deux approches sont possibles qui sont exclusives l'une de l'autre : selon la première, les soins de santé relèvent des politiques de santé nationales et leur prise en charge dépend, par voie de conséquence, de la solidarité nationale. On comprend aisément que, dans ce système, la prise en charge des soins dispensés à un ressortissant d'un État membre dans un autre État de l'Union européenne soit soumise à des conditions limitativement énumérées.

La seconde approche, qui est celle de la Cour de justice des communautés européennes, considère la prestation de santé comme une prestation de service, en tant que telle régie par un principe de liberté ne souffrant que des dérogations limitées. Cette juris-

1. Nicolas MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même », dans CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2006 - Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, Documentation Française, 2006.

prudence, inaugurée en 1998, a provoqué l'émoi des organismes sociaux et mutualistes nationaux, des États membres, notamment s'agissant des conséquences résultant de l'attraction d'une matière relevant des compétences nationales dans la sphère d'intégration de la libre prestation de services et de l'absence de sécurité juridique engendrée par la coexistence d'une dualité de régimes.

D'aucuns pourraient légitimement manifester quelque scepticisme, la Cour de justice des communautés européennes n'étant-elle pas investie par l'article 220 du traité CE, de la tâche de veiller au respect du droit dans l'application des traités communautaires et, comme le soulignent MM. Jean-Pierre Puissechet et Hubert Legal², « de ce fait même, [...] d'une mission de sécurisation des relations juridiques fondées sur ces traités. Que peut-elle donc faire qui ne soit issu d'une recherche de la sécurité [...]. » ?

De fait, dès les premières années de la Communauté économique européenne³, la Cour de justice des communautés européennes a consacré la sécurité juridique au rang des principes généraux du droit communautaire. L'affirmation de ce principe découle de l'assimilation des traités, en premier lieu par la Cour⁴, ensuite par l'article 6 du traité d'Amsterdam, à une « charte constitutionnelle », à un « État de droit ».

Et ce « besoin général de stabilité propre à tout système de droit » est sans aucun doute « [...] renforcé dans l'ordre communautaire », comme le font observer MM. Jean-Pierre Puissechet et Hubert Legal⁵. En effet, la sécurité juridique posséderait une fonction différente « dans un ordre juridique national ayant vocation à la permanence et reposant sur une tradition établie et dans l'ordre juridique communautaire, qui est un ordre d'intégration entre des systèmes disparates, qui est d'essence évolutive, donc à contenu variable en termes de substance comme de procédures, et dans lequel la Cour de justice doit tant bien que mal faire office de vigie, de garde-fou, de stabilisateur et de dispositif « anti-retour » »⁶.

2. Jean-Pierre PUISSOCHET et Hubert LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », dans C.c.C. n° 11.

3. CJCE 6 avril 1962, *Bosch*, aff. 13/61, Rec., p. 89 : la sécurité juridique est affirmée comme une « règle de droit à respecter dans l'application du traité ».

4. CJCE 23 avril 1983, aff. 294/83, *Les Verts c. Parlement européen*, Rec., 1333.

5. J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, *loc. cit.*, note 2.

6. *Ibid.*

Ainsi, à travers une jurisprudence foisonnante, la Cour impose aux États membres⁷ et aux institutions communautaires que les actes qu'ils édictent soient suffisamment clairs et précis afin de répondre à l'objectif de prévisibilité du droit.

En second lieu, s'adressant notamment aux juridictions des États membres, la Cour souligne la nécessité d'une interprétation uniforme des actes communautaires afin de sauvegarder « l'unicité même de l'ordre juridique et de [ne pas] porter atteinte à l'exigence fondamentale de sécurité juridique »⁸.

Enfin, la sécurité juridique implique que la confiance légitime des particuliers soit respectée, ce qui impose aux législateurs nationaux et communautaires une fixation claire et précise des délais de prescription ou de forclusion, des délais de recours, la non-rétroactivité des actes communautaires « [...] sauf en raison d'une indication suffisamment claire, soit dans ses termes soit dans ses objectifs, permettant de conclure que [cet acte] dispose autrement que pour l'avenir seul »⁹.

En ce qui concerne le régime applicable aux prestations de santé transfrontalières, il est organisé par le règlement CE n° 1408/71 relatif aux régimes de coordination des systèmes de Sécurité sociale. Bien que ce règlement présente de nombreuses imprécisions, la Cour de justice n'a pas, jusqu'à présent, souligné les risques d'insécurité juridique qu'il pourrait engendrer ni remis en cause sa conformité au traité CE. Elle en a néanmoins interprété les dispositions dans le cadre de recours exercés par des patients contre le refus d'autorisation préalable opposé par leur institution d'affiliation. Nous montrerons ainsi que l'interprétation de ce règlement, limitée dans les premières affaires à la clarification des motifs par lesquels une administration nationale peut s'opposer à la prise

7. S'agissant des risques d'insécurité juridique découlant des États membres, ils portent principalement sur une transposition incorrecte ou ambiguë de la réglementation communautaire. À cet égard, la Cour a pu rappeler aux États membres, qu'« une législation qui maintient pour les sujets de droit concernés un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire ne satisfait pas à l'obligation de transposition d'une directive en droit national » (CJCE 28 février 1991, *Commission c. Italie*, C-360/87, Rec. I.791, pt 12).

8. CJCE 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, Rec., p. 4199.

9. CJCE 29 janvier 1985, *Gesamthochschule Duisburg*, 234/83, Rec., p. 327.

en charge de soins dispensés à l'étranger, a progressivement conduit la Cour, par une interprétation systématique et téléologique, à créer une seconde voie pour les patients, en dehors du règlement et fondée directement sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services.

L'utilisation conjointe par la Cour de la méthode systématique qui prend en considération la norme « [...] dans son contexte, en relation avec les autres paragraphes du même article et à sa place dans le système général du traité »¹⁰ et de la méthode téléologique, consistant à « envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes [de la norme considérée], compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres »¹¹, ainsi que la recherche de l'« effet utile » de la disposition, amènent la Cour à faire prévaloir les objectifs d'intégration du marché intérieur et, par conséquent, à écarter les dispositions nationales qui auraient pour effet d'affaiblir ou de limiter la portée des dispositions du traité relatives à la liberté de circulation de manière générale.

Ainsi, il s'agira de mettre en évidence comment, par une politique prétorienne « absorbante » des soins de santé dans le pilier communautaire de la libre prestation de services, « la règle qui se dérobe » peut produire pour conséquences le désordre et l'incohérence du système des soins de santé, par une « neutralisation » des normes nationales.

I. DE « LA RÈGLE QUI SE DÉROBE »...

Les propos suivants ont pour prétention de mettre en lumière comment la réglementation communautaire des soins de santé transfrontaliers peut être affectée dans son application par le fait même de son interprétation systématique et téléologique par la Cour.

La prise en charge des soins de santé dispensés dans un autre État membre que celui dont le patient est ressortissant a été conçue

10. CJCE 3 février 1976, *affaire 59/75, Manghera, Rec.*, p. 91.

11. CJCE 21 février 1973, *affaire 6/72, Europemballage, Rec.*, p. 215.

à l'origine par les règlements n°1408/71¹² et n° 574/72¹³ dans le cadre limité de la libre circulation du travailleur salarié et de sa famille. Si la portée de ces règlements a été étendue à toute personne bénéficiant d'une couverture sociale qui se déplace dans l'Union européenne, la prise en charge des soins dispensés dans un autre État membre par l'organisme de Sécurité sociale auquel le patient est affilié demeure soumise à des conditions limitées. Cependant, ces conditions n'étant pas clairement définies par les règlements (A), elles ont fait l'objet d'une interprétation extensive par la Cour (B).

A. L'imprécision des critères posés par la réglementation communautaire relative aux soins de santé transfrontaliers

Le traité de Rome de 1957 ne contient pas de disposition relative à la santé. Ce n'est qu'après l'apparition de nouveaux fléaux tels que l'encéphalopathie spongiforme bovine, le SIDA, la grippe aviaire que l'article 152 sera inséré dans le traité CE pour garantir « un niveau élevé de protection de la santé humaine [...] dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté ». La protection de la santé humaine constitue donc un objectif transversal qui laisse néanmoins intactes les compétences nationales en ce domaine.

De la même manière, les régimes de sécurité sociale sont organisés sur une base nationale. Le traité CE impose seulement aux États membres la coordination de leurs régimes de Sécurité sociale. L'insertion, dans le titre III du traité CE, de l'article 42, consacré à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, démontre clairement que cette coordination vise à rendre effective la libre circulation des personnes. En effet, selon cet article, le Conseil, statuant à l'unanimité « [...] adopte, dans le domaine de la Sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs... ». Sur ce fondement, ont été adoptés le

12. Règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, modifié par le règlement (CE) n° 631/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, J.O.U.E. série L.6 avril 2004, p. 1.

13. Règlement n° 574/72 fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, modifié par le règlement (CE) n° 631/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, J.O.U.E. série L 100, 6 avril 2004, p 1.

règlement (CEE) n° 1408/71 coordonnant les régimes de Sécurité sociale et son règlement d'application, le règlement n° 574/72, modifiés en dernier lieu par le règlement (CE) n° 631/2004 du 31 mars 2004 instituant la carte européenne de santé¹⁴.

Le règlement CE n° 1408/71 a pour objectif principal d'assurer aux citoyens européens l'accès aux soins dans l'État où ils séjournent, à charge de l'État d'affiliation. Néanmoins, l'organisation des systèmes de santé relevant de la compétence des États membres, les soins pouvant être financés sont déterminés en vertu du principe de territorialité.

Par conséquent, l'accès aux soins dans un autre État membre que celui d'affiliation, demeure soumis à certaines conditions exposées à l'article 22 du règlement n° 1408/71 :

- S'agissant des soins devant être dispensés dans le cas d'un séjour temporaire dans un autre État membre (tourisme)¹⁵, le droit au remboursement est limité par l'article 22, § 1, a), aux « soins d'urgence ». La nature de l'urgence n'est pas davantage définie que ne l'était la notion de « soins immédiatement nécessaires » figurant dans la version du règlement antérieure au 31 mars 2004. Le règlement CE n° 631/2004 se réfère aux « prestations en nature nécessaires du point de vue médical au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre État membre, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour », appréciation toute relative ;
- en ce qui concerne le régime des « soins programmés » qui retiendra notre attention, il vise l'hypothèse dans laquelle un patient prévoit de se rendre dans un autre État membre dans le but d'y recevoir des soins. Selon les termes de l'article 22, § 1, c), la prise en charge de ces soins par l'organisme d'affiliation est soumise à la délivrance par celui-ci d'une autorisation préalable, le document constatant l'ouverture des droits étant le formulaire E 112.

14. *Ibid.*

15. L'assuré doit au préalable solliciter de son organisme d'affiliation une attestation d'ouverture de droits, le formulaire E 111, remplacé depuis le 1^{er} juin 2004 par la carte européenne d'assurance maladie. Cependant, dans le cas où le patient n'est pas en possession de la carte européenne d'assurance maladie, il peut obtenir remboursement *a posteriori* de sa caisse d'assurance maladie.

Le patient autorisé a alors droit « aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié »¹⁶. Ainsi, le patient autorisé a-t-il accès aux soins disponibles dans l'État de séjour, aux tarifs de celui-ci et à charge de son institution d'affiliation.

Si l'institution compétente dispose d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant du contenu de l'autorisation accordée, elle ne peut cependant refuser de la délivrer, « lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'État membre de résidence »¹⁷.

Par les incertitudes qu'il suscite dans sa lettre, le règlement CE n° 1408/71 ne paraît pas répondre à l'exigence de clarté et de prévisibilité du droit, telle que la Cour l'impose aux institutions communautaires et aux États membres, dans les actes qu'ils édictent : « [...] une formulation non équivoque qui permette aux personnes de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions d'en assurer le respect »¹⁸ en conformité avec les « principes de sécurité juridique et de protection des particuliers ». Il est nécessaire, en effet, que « les justiciables puissent connaître sans ambiguïté leurs droits et obligations et prendre leurs dispositions en conséquence »¹⁹.

Ainsi, parmi les questions soulevées dans la mise en œuvre de ce règlement, la procédure de l'autorisation préalable suscite diverses interrogations. Selon quels critères est apprécié « le délai normalement nécessaire » pour obtenir le traitement ? Existe-t-il des voies de recours pour le patient lorsqu'il se heurte à un refus de

16. Art. 22, § 1, i.

17. Art. 22, § 2.

18. CJCE 28 octobre 1999, *Commission c. Grèce*, C-187/98, *Rec. I*, p. 7713, pt 54 ; 26 octobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, pt 79.

19. CJCE 15 décembre 1987, *Pays-Bas c. Commission*, C-326/85, *Rec. I*, p. 5091, pt 24 ; 13 février 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, *Rec. I*, p. 431, pt 27 ; 14 avril 2005, *Belgique contre Commission*, C-110/03, *Rec. I*, p. 2801, pt 30.

l'institution à laquelle il est affilié ? La prise en charge par l'institution compétente des soins dispensés dans un autre État membre sur la base des tarifs pratiqués dans cet État comprend-elle les hypothèses dans lesquelles ces soins sont dispensés gratuitement dans l'État membre compétent ? De quelle marge d'appréciation dispose l'institution de l'État de séjour, notamment s'agissant de la décision de transférer le patient dans une institution d'un autre État afin qu'il y suive un traitement approprié ?

Cette liste non exhaustive des difficultés de mise en œuvre soulevées par le règlement n° 1408/71 a donné lieu à une série de questions préjudicielles posées à la Cour de justice qui, par une recherche de l'effet utile des dispositions du règlement 1408/71, allait ouvrir « la boîte de Pandore » à la libre prestation de soins de santé.

B. L'interprétation extensive par la Cour de justice des dispositions du règlement n°1408/71

Le contentieux relatif à la mise en œuvre du règlement 1408/71 concerne, pour une large part, la question de la procédure d'autorisation préalable, celle du « délai normalement nécessaire » et la prise en charge par l'institution compétente des soins dispensés dans un autre État membre.

S'agissant de la procédure d'autorisation préalable, la Cour en renforce la sécurité juridique en rappelant que cette procédure « [...] doit notamment reposer sur un système procédural aisément accessible et propre à garantir que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable ainsi qu'avec objectivité et impartialité, d'éventuels refus d'autorisation devant pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel »²⁰. Et la Cour déduit des principes posés que « [...] les refus d'autorisation, ou les avis sur lesquels ces refus sont éventuellement fondés, doivent viser les dispositions spécifiques sur lesquels ils reposent et être dûment motivés au regard de ces dernières. De même, les juridictions saisies d'un recours contre de telles décisions de refus doivent être à même, si elles l'estiment nécessaire aux fins d'exercer le contrôle qui leur incombe,

20. CJCE 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, C-157/99, pt 104 ; 13 mai 2003, *Müller-Fauré et Van Riet*, C-385/99, pt 85 ; 23 octobre 2003, *Patricia Inizan*, C-56/01, pt 48 ; 16 mai 2006, *Yvonne Watts*, C-372/04, pt 116.

de s'entourer de l'avis d'experts indépendants offrant toutes garanties d'objectivité et d'impartialité »²¹.

En outre, la Cour précise que les conditions d'octroi ou de refus de l'autorisation préalable doivent satisfaire à l'exigence de proportionnalité²². Elle affirme qu'un « [...] régime d'autorisation préalable ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions communautaires [...] de leur effet utile »²³. La Cour ouvre ainsi une brèche dans les compétences nationales et le principe corrélatif de territorialité dans la prise en charge des soins de santé. Le large pouvoir d'appréciation laissé aux autorités nationales par le règlement 1408/71 dans l'octroi de l'autorisation préalable se trouve ainsi considérablement limité par la Cour.

En toute logique, la Cour de justice devait tirer les conséquences de l'encadrement des conditions d'octroi de l'autorisation préalable par les autorités nationales en précisant la notion de « délai raisonnable ».

Ainsi, lorsque l'institution nationale doit apprécier « [...] si un traitement présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps utile dans l'État membre de résidence, l'institution compétente est tenue de prendre en considération l'ensemble des circonstances caractérisant chaque cas concret, en tenant dûment compte non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée et, le cas échéant, du degré de la douleur ou de la nature du handicap de ce dernier, qui pourrait, par exemple, rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice d'une activité professionnelle, mais également de ses antécédents »²⁴. Le critère du « délai raisonnable » retenu par la Cour démontre que son appréciation ne dépend pas uniquement des aspects médicaux mais qu'il inclue d'autres éléments comme la

21. CJCE 23 octobre 2003, *Patricia Inizan*, C-56/01, pt 49 ; 16 mai 2006, *Yvonne Watts*, C-372/04, pt 117.

22. Voir arrêts *Smits et Peerbooms*, précité, note 20, pt 82 ; *Müller-Fauré et Van Riet*, précité, note 20, pt 83 et *Yvonne Watts*, précité, note 20, pt 114.

23. Voir arrêts *Smits et Peerbooms*, précité, note 20, pt 90 ; *Müller-Fauré et Van Riet*, précité, note 20, pt 84 et *Yvonne Watts*, précité, note 20, pt 115.

24. Voir arrêts *Smits et Peerbooms*, précité, note 20, pt 104 ; *Müller-Fauré et Van Riet*, précité, note 20, pt 85 et *Patricia Inizan*, précité, note 21, pt 46.

douleur ou les difficultés à poursuivre une activité professionnelle. Il n'est pas certain que cette extension de critères contribue à une plus grande sécurité juridique dans la mesure où leur appréciation comporte une large part de subjectivité. Les problèmes de délais vont souvent de pair avec les listes d'attente dans les centres hospitaliers. Sur ce point, la Cour estime que le simple fait de l'existence d'une liste d'attente, découlant d'objectifs de gestion de l'offre hospitalière et de planification, ne peut justifier un refus de l'autorité compétente dès lors que l'accès à des soins de qualité et en temps opportun est possible dans un autre État membre²⁵. C'est ainsi à l'organisation même des soins de santé sur le territoire national que la Cour porte atteinte !

Enfin, s'agissant des conditions de prise en charge des soins dispensés dans un autre État membre par l'institution compétente, deux arrêts retiendront notre attention.

Dans l'arrêt *Keller* du 12 avril 2005²⁶, la Cour reconnaît à la structure médicale d'accueil un large pouvoir d'appréciation sur le plan thérapeutique et elle précise la portée des actes faisant l'objet d'une prise en charge par l'organisme d'affiliation. Dans cette affaire, M^{me} Keller, de nationalité allemande mais résidant en Espagne, avait obtenu de l'organisme de sécurité sociale espagnole une autorisation préalable en vue de suivre un traitement en Allemagne. Une tumeur maligne ayant été diagnostiquée par les médecins allemands, ceux-ci ont décidé de son transfert dans une clinique universitaire de Zurich, en Suisse, plus compétente pour procéder à une intervention chirurgicale délicate.

La Cour de justice considère que l'institution compétente est liée par les décisions thérapeutiques arrêtées par les médecins de l'État d'accueil, y compris celles portant sur le transfert du patient dans un autre État membre ou dans un pays tiers, si sa pathologie le requiert. Ce sont, par conséquent, les principes de reconnaissance mutuelle et de confiance mutuelle qui ont vocation à s'appliquer.

Quant à l'étendue de la couverture des soins, l'article 22 du règlement 1408/71 prévoyant que le patient autorisé doit être traité

25. Voir arrêts *Müller-Fauré* et *Van Riet*, précités, note 20, pt 92 et *Yvonne Watts*, précité, note 20, pts 63 et 68.

26. CJCE 12 avril 2005, *Keller*, C-145/03.

dans l'État de séjour sur la base des tarifs de cet État et comme s'il y était affilié, M^{me} Keller se voit reconnaître le droit au remboursement des soins dispensés en Suisse, dans la mesure où cette prise en charge est prévue par la législation allemande. On peut donc considérer que la Cour de justice confère une portée étendue aux droits découlant pour un patient de l'octroi d'une autorisation préalable, ces droits pouvant inclure la prise en charge de soins dispensés dans un État tiers, si elle est prévue par la législation de l'État d'accueil.

L'arrêt *Yvonne Watts* du 16 mai 2006²⁷ concernait une patiente britannique qui s'était vue opposer par sa caisse d'assurance maladie un refus d'autorisation préalable pour une opération de la hanche en France, aux motifs que de tels soins étaient disponibles dans un délai raisonnable et gratuitement auprès du National Health Service. La Cour de justice considère que « le fait que le coût du traitement hospitalier envisagé dans un autre État membre puisse être supérieur à celui qu'aurait représenté ce traitement s'il avait été prodigué dans un établissement relevant du système national en cause ne saurait, en pareille hypothèse, constituer un motif légitime de refus d'autorisation.

Dans la même hypothèse, ne constituerait pas davantage un tel motif le fait que la délivrance de l'autorisation sollicitée a pour effet de contraindre un service national de santé tel que celui en cause dans l'affaire au principal, caractérisé par la gratuité des soins hospitaliers prodigués dans le cadre de ses infrastructures, à prévoir un mécanisme financier destiné à permettre à ce service de satisfaire la demande de remboursement émanant de l'institution de l'État membre de séjour [...] »²⁸.

La Cour de justice a donc considérablement étendu le champ d'application du règlement 1408/71 qui était conçu, à l'origine, sur la base du principe de territorialité de la couverture des soins de santé. Dans la logique d'un tel système, la prise en charge par un État membre des soins dispensés dans un autre État membre est limitée aux deux hypothèses prévues à l'article 22 du règlement n° 1408/71 et doit s'entendre comme étant circonscrite à la mesure nécessaire pour rendre effective la libre circulation des personnes,

27. Arrêt *Yvonne Watts*, précité, note 20.

28. *Ibid.*, pts 73 et 74

selon les termes de l'article 42 du traité CE. La jurisprudence de la Cour de justice peut être considérée comme une ingérence dans la gestion des politiques sociales des États. La disparité observée entre d'une part, la lettre et l'esprit du règlement n° 1408/71 et d'autre part, son interprétation par la Cour de justice a pour effet d'accroître l'insécurité juridique en ce qui concerne le remboursement des soins pour les patients.

Plus lourde de conséquences pour la sécurité juridique, nous paraît la deuxième voie ouverte par la Cour de justice pour la prise en charge des soins transfrontaliers de santé, fondée sur la libre prestation de services.

II. DE L'INCOHÉRENCE DU SYSTÈME JURIDIQUE DES PRESTATIONS TRANSFRONTALIÈRES DE SANTÉ

Comme l'observe M^{me} Anne-Claire Simon, « longtemps, les États ont négligé l'impact des règles du marché intérieur sur leurs régimes de protection sociale et d'assurance maladie. Les avancées communautaires en matière de libre circulation des personnes se heurtaient en effet au principe de territorialité régissant ces systèmes »²⁹.

Cependant, de manière générale, la Cour de justice a toujours fait prévaloir une interprétation téléologique du traité CE et du droit dérivé, visant à l'achèvement du marché intérieur et se manifestant par un phénomène d'attraction continu dans le pilier d'intégration communautaire de domaines relevant des compétences nationales. Ainsi, bien avant les directives sectorielles d'harmonisation des professions et les discussions autour d'une directive générale « services », la Cour a appliqué en ce domaine le principe de la « reconnaissance mutuelle » qu'elle avait dégagé dans le cadre de la libre circulation des marchandises. Dans ce processus continu d'intégration, le secteur de la sécurité sociale ne pouvait demeurer longtemps « un îlot imperméable à l'influence du droit communautaire », selon l'expression de l'avocat général M. Tesauro³⁰. Dans deux arrêts de

29. Anne-Claire SIMON : « La mobilité des patients en droit européen », dans Paul NIHOUL et A.-C. SIMON (dir.), *L'Europe et les soins de santé*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 145, à la page 148.

30. Conclusions présentées le 16 septembre 1997, *affaires C-120/95 (Decker)* et *C-158/96 (Kohl)*, pt 17.

1998, *Kohll*³¹ et *Decker*³², la Cour a affirmé que les règles du marché intérieur relatives à la libre prestation de services et à la libre circulation des marchandises s'appliquent dans le domaine des soins de santé. Cette jurisprudence a eu pour effet de créer, à côté de la procédure mise en place par le règlement n° 1408/71, une autre voie d'accès aux soins de santé transfrontaliers, engendrant ainsi une insécurité juridique en la matière.

A. L'application des principes du marché intérieur aux soins de santé

Dans la première affaire, M. Kohll, de nationalité luxembourgeoise, s'était vu refuser par les autorités luxembourgeoises l'autorisation de consulter un orthodontiste allemand pour sa fille. Les faits étaient similaires dans l'affaire *Decker*, le requérant, ressortissant luxembourgeois, s'étant heurté à un refus de remboursement de lunettes prescrites par un médecin luxembourgeois et achetées en Belgique. Dans leurs recours contre ces décisions, M. Kohll et M. Decker se sont fondés sur les dispositions du traité CE relatives respectivement à la libre prestation de services³³ et à la libre circulation des marchandises³⁴ afin que la condition de l'autorisation préalable soit jugée comme portant entrave à la libre circulation.

La Cour de justice saisie par la voie préjudicielle, opère un raisonnement en deux temps :

- Compte tenu des compétences nationales en matière de sécurité sociale, elle examine la question de l'applicabilité du droit communautaire à la sécurité sociale ;
- ensuite, elle étudie les effets de la réglementation nationale de sécurité sociale sur le marché intérieur et ses éventuelles justifications.

Sur le premier point, la Cour constate d'emblée que « le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États

31. CJCE 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, Rec. I, p. 1931.

32. CJCE 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. I, p. 1831.

33. Art. 59 et 60 du traité CE remplacés par les articles 49 et 50 CE.

34. Art. 30 et 36 du traité CE remplacés par les articles 28 et 30 CE.

membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale »³⁵. Néanmoins, elle précise que « les États membres doivent [...], dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire »³⁶. Par conséquent, « le fait que la réglementation nationale en cause au principal relève du domaine de la sécurité sociale n'est pas de nature à exclure [...] »³⁷ les dispositions relatives à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises.

Sur le second point, la Cour de justice observe que, dans la mesure où la législation luxembourgeoise soumet le remboursement d'un traitement dentaire et de l'achat de lunettes dans un autre État membre à une autorisation préalable, elle doit « [...] être qualifiée d'entrave à la libre circulation [...] »³⁸ des marchandises et des services dans la mesure où elle incite les assurés sociaux à avoir recours aux prestataires nationaux ou à acheter les produits au Grand-Duché plutôt que dans d'autres États membres.

Dès lors que l'entrave à la libre circulation des marchandises et des services est constituée, elle ne peut être justifiée que sur le fondement de l'article 30 du traité CE qui énumère une liste limitative de six motifs, parmi lesquels figurent la protection de la santé publique et celle de la vie des personnes et des animaux, ou sur celui de la théorie prétorienne des « exigences impératives d'intérêt général ». En ce sens, le gouvernement luxembourgeois invoquait la nécessité d'une autorisation préalable dans un souci de protection de la santé publique des assurés sociaux, le gouvernement luxembourgeois étant contraint de rembourser des soins à l'étranger dont il ne peut contrôler la qualité. Un autre argument soulignait la nécessité de préserver l'équilibre financier du régime de sécurité sociale. L'un et l'autre arguments ont été rejetés par la Cour, ouvrant la voie à la consécration jurisprudentielle de la libre circulation en matière de soins de santé.

Cette jurisprudence a été confirmée jusqu'à présent. Ainsi, dans les arrêts les plus récents, *Yvonne Watts*³⁹ et *Stamatelaki*⁴⁰, la

35. Arrêt *Kohll*, précité, note 31, pt 17.

36. *Ibid.*, pt 19.

37. *Ibid.*, pt 21.

38. Arrêt *Decker*, précité, note 32, pt 36.

39. Arrêt *Yvonne Watts*, précité, note 20.

40. CJCE 19 avril 2007, *Stamatelaki*, C-444/05.

Cour pose en principe que « [...] selon une jurisprudence constante, les prestations médicales fournies contre rémunération relèvent du champ d'application des dispositions relatives à la libre prestation des services [...] sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre [...] »⁴¹. Et elle ajoute que « [...] la libre prestation des services inclut la liberté des destinataires de services, notamment des personnes devant recevoir des soins médicaux, de se rendre dans un autre État membre pour y bénéficier de ces services [...] »⁴².

Comme nous l'avons souligné, cette jurisprudence est génératrice d'incertitudes. Ainsi, l'un des problèmes qu'elle soulève est de savoir si le régime de l'autorisation préalable figurant dans le règlement n° 1408/71 et sur le modèle duquel, par ailleurs, la réglementation luxembourgeoise avait été édictée, peut être maintenu. Certains soins demeurent-ils soumis à la condition de l'autorisation préalable ? Les États disposent-ils d'une marge d'appréciation dans le remboursement des soins dispensés à l'étranger ?

B. L'insécurité juridique découlant de la jurisprudence *Kohll et Decker* : une dualité de régimes

Les arrêts *Kohll* et *Decker* n'ont pas eu pour conséquence de remettre en cause l'application du règlement n° 1408/71. Cette jurisprudence a ouvert aux patients une deuxième voie d'accès à des soins dans un autre État membre.

Ainsi, dans la procédure instaurée par le règlement n° 1408/71, le patient qui a obtenu de son organisme d'affiliation l'autorisation préalable de se faire soigner dans un autre État membre est traité dans cet État comme s'il y était affilié. Les soins dont il bénéficie sont pris en charge par son organisme d'affiliation sur la base des tarifs de l'État d'accueil. Cependant, comme nous l'avons souligné, le pouvoir d'appréciation des autorités compétentes dans la délivrance de l'autorisation préalable reste strictement encadré sur le plan procédural⁴³.

41. Voir arrêts *Yvonne Watts*, précité, note 20, pt 86 et *Stamatelaki*, précité, note 40, pt 19.

42. Voir arrêts *Yvonne Watts*, précité, note 20, pt 87 et *Stamatelaki*, précité, note 40, pt 20.

43. Voir *supra*, §I A.

Parallèlement à cette voie, depuis les arrêts *Kohll* et *Decker*, il convient de distinguer entre les soins ambulatoires et les soins hospitaliers.

En ce qui concerne les soins ambulatoires, le patient qui n'a pas reçu d'autorisation préalable de son organisme d'affiliation peut néanmoins obtenir le remboursement des soins qu'il a reçus dans un autre État membre, sur le fondement des articles 49 et 50 du traité CE relatifs à la libre prestation de services, et selon les tarifs pratiqués dans son État d'affiliation. Selon cette procédure, le patient doit donc avancer les frais de traitement et en solliciter le remboursement *a posteriori*, par son organisme d'affiliation.

S'agissant des soins hospitaliers⁴⁴, ils peuvent être valablement soumis à une autorisation préalable de la caisse de maladie compétente. Cependant, l'autorisation ne peut être refusée dès lors que les prestations ne peuvent être garanties dans l'État membre compétent, dans un délai médicalement acceptable, compte tenu de l'état du patient. La décision de refus des autorités compétentes doit reposer sur des motifs objectifs, non discriminatoires et transparents.

Par conséquent, l'insécurité juridique tient en premier lieu dans cette dualité de régimes qui risque d'introduire une différence de traitement entre les patients informés et ceux qui n'auront pu pénétrer les arcanes d'un système complexe, entre les patients pouvant matériellement assumer l'avance des frais liés aux prestations de santé reçues à l'étranger et les patients ne disposant pas de ressources financières suffisantes. L'insécurité juridique a donc pour corollaire une rupture de l'égalité de traitement entre les patients.

En second lieu, dans les arrêts *Kohll* et *Decker*, la Cour a condamné la législation luxembourgeoise pourtant conforme au règlement n° 1408/71. Si elle constate que « le fait qu'une mesure nationale puisse éventuellement être conforme à une disposition de droit dérivé [...] n'a pas pour effet de faire échapper cette mesure aux dispositions du traité »⁴⁵, elle ne se prononce pas sur la conformité du règlement n° 1408/71 au traité et conclut que ces deux disposi-

44. Arrêt *Smits et Peerbooms*, précité, note 20.

45. Arrêt *Kohll*, précité, note 31, pt 25.

tions visent deux hypothèses différentes⁴⁶. La question de la compatibilité du règlement avec les dispositions du traité relatives à la libre prestation de services a resurgi dans l'arrêt *Inizan* du 23 octobre 2003⁴⁷. Une fois encore, la Cour conclut que ces deux dispositions visent des hypothèses différentes et conduisent donc à des résultats distincts.

Ce mode de raisonnement est erroné. Le règlement 1408/71 et les articles 49 et 50 du traité CE ne visent pas des hypothèses différentes mais des systèmes différents. En effet, le règlement 1408/71 repose sur la prémisse que les compétences dans les domaines de la protection sociale et de la santé sont nationales. S'agissant plus particulièrement de la protection sociale, le principe de subsidiarité ne devrait pas trouver à s'appliquer. D'une part, cette protection est fondée sur les budgets nationaux et, d'autre part, le principe de subsidiarité n'a vocation à opérer une répartition des compétences entre la Communauté et les États membres que pour les seuls domaines de compétences concurrentes selon les termes de l'article 5 du traité CE⁴⁸.

En ce qui concerne la libre prestation de services, elle est fondée sur un objectif d'intégration économique, imposant aux États l'obligation de ne pas ériger d'obstacles injustifiés à leur libre circulation. Or, les prestations de santé revêtent un caractère particulier qui justifierait un traitement dérogatoire à celui du marché intérieur. En ce sens, l'avocat général Damaso Ruiz Jarabo Colomer, dans ses conclusions relatives à l'affaire *Müller-Fauré et Van Riet*⁴⁹, soulignait la difficulté de concilier la liberté de prestation de services avec les particularités des régimes d'assurance maladie. Il admet que « [...] lorsqu'ils organisent leurs systèmes de sécurité sociale, les États membres doivent respecter le droit communautaire, mais cette obligation ne comporte pas celle de renoncer aux principes et à

46. *Ibid.*, pt 27.

47. Précité, note 20.

48. L'article 5 prévoit que : « La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire [...]. »

49. Affaire C-385/99, précitée, note 20, 22 octobre 2002, pt 58.

la philosophie qui ont traditionnellement présidé à leurs assurances maladie. Elle ne peut non plus exiger d'eux qu'ils restructurent leurs régimes d'une manière qui leur permette de rembourser les prestations fournies à ceux de leurs assurés qui préfèrent consulter dans un autre État membre ».

Cependant, pour la Cour, « [...] la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de libre circulation [...] si bien que le fait que la réglementation nationale [...] relève du domaine de la sécurité sociale n'est pas de nature à exclure l'application des articles 49 et 50 du traité »⁵⁰.

En réalité, la jurisprudence de la Cour a pour effet de neutraliser les normes nationales, selon l'expression consacrée par la professeure Valérie Michel⁵¹ :

La Cour constate l'incidence d'une réglementation nationale sur un principe du traité, décèle une contradiction et impose corrélativement – en application du principe de primauté – l'inapplication de cette disposition aux situations communautaires. [...] Indifférente à la matière concernée, cette neutralisation conduit à relever la « vocation des règles communautaires à s'appliquer à tous les types de réglementations, indépendamment de leur nature, dès lors qu'elles sont susceptibles d'entraver la libre circulation des personnes, des services ou des marchandises ».

Cet empiètement de la compétence communautaire dans les domaines de compétence nationale n'est pas nouveau. Dans un arrêt de 1961, la Cour justifiait cette incursion par la nécessité « que, du fait des pouvoirs retenus par les États membres, l'effet utile du traité ne soit pas grandement diminué et sa finalité compromise »⁵². On peut donc constater que l'application par la Cour à la réglementation des prestations transfrontalières de santé des méthodes systématique et téléologique, la recherche de leur « effet utile » a pour conséquence de transférer une matière jusque-là réservée aux com-

50. Voir notamment les arrêts *Kohll* et *Decker*, précités, notes 31 et 32, pt 21, *Vanbraekel*, point 42.

51. Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, coll. « Logiques juridiques », Paris, Harmattan, 2003, p. 440.

52. CJCE 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité de la CECA*, aff. 30/59, Rec. 1, p. 46.

pétences nationales dans le pilier d'intégration du marché intérieur et d'engendrer une insécurité juridique tant pour les patients s'agissant de l'absence de clarté et de prévisibilité de la réglementation que pour les institutions nationales qui, appliquant le règlement 1408/71 risquent de se voir poursuivies en manquement aux règles du traité.

Dans le souci de rétablir une certaine clarté au système des prestations transfrontalières de santé et prenant acte de la jurisprudence de la Cour en la matière, les auteurs de la directive « services » dans sa première version, avaient inclus dans son champ d'application les soins de santé. Compte tenu des très vives oppositions soulevées par cette insertion, les soins de santé furent retirés de la directive « services » au printemps 2006 et sa version définitive du 12 décembre 2006⁵³ les exclut de manière expresse. Pour faire face aux incertitudes persistantes entourant les prestations transfrontalières de santé, la Commission européenne a lancé, le 26 septembre 2006, une consultation publique, en vue de mettre en place un cadre communautaire garantissant « la sécurité, la qualité et l'efficacité des services de santé ». Dans son rapport de synthèse présenté le 20 avril 2007, elle se déclare favorable à l'élaboration d'une directive spécifique aux soins de santé transfrontaliers. À la suite de cette consultation, le Parlement européen a confirmé, par le vote d'une résolution en date du 23 mai 2007 sur l'impact et les conséquences de l'exclusion des services de santé de la directive relative aux services dans le marché intérieur, que les services de santé ne pouvaient être assimilés à des services marchands et devaient faire l'objet d'une réglementation spécifique. Tout en se référant à la jurisprudence de la Cour de justice et en en déduisant un principe de liberté de prestation⁵⁴, le Parlement européen estime « que toute action communautaire relative aux services de santé devrait se situer dans la ligne de l'action communautaire relative aux services sociaux d'intérêt général »⁵⁵. Il demande, cependant, « une codification de la jurisprudence existante en matière de remboursement des

53. *Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur*, J.O. série L. 376 (27 décembre 2006).36-68.

54. Voir notamment le visa n° 3, les points 11 (« souligne que les dispositions du traité, notamment les dispositions spécifiques relatives aux services d'intérêt économique général, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice, s'appliquent aux services de santé... »), 21, 32 et 34.

55. Point 20 de la résolution.

soins de santé transfrontaliers afin de garantir la bonne application de cette jurisprudence par tous les États membres »⁵⁶.

À l'automne 2007, la Commission a élaboré une directive-cadre pour les soins transfrontaliers par laquelle était reconnu le droit pour les patients de se déplacer dans un autre État membre pour bénéficier, *au minimum*, des soins de santé similaires à ceux auxquels ils pourraient prétendre dans leur pays d'origine. Par ailleurs, le coût des soins reçus dans un autre État membre devrait être assumé par le pays d'origine du patient sur la base minimale du montant équivalent à celui qui aurait été établi si le patient avait reçu les soins dans son pays d'origine.

Cette proposition s'est heurtée à de profonds désaccords au sein de la Commission et a été retirée le 19 décembre 2007. Parmi les principales critiques, la proposition serait génératrice de discrimination entre patients, ceux-ci ne disposant pas tous de moyens financiers suffisants pour faire l'avance des frais de santé dispensés à l'étranger. D'autre part, les frais des soins de santé variant considérablement dans les États membres de l'Union Européenne, des inégalités pourraient encore apparaître entre les États, les pays les plus pauvres pouvant être contraints d'avoir à rembourser des frais onéreux dispensés à leurs ressortissants dans des pays plus riches⁵⁷.

Dans ce contexte polémique, la Cour de justice n'a pas infléchi sa position et continue, dans sa jurisprudence la plus récente, à traiter les soins transfrontaliers de santé comme des prestations de services au sens du traité CE⁵⁸. Dans la confusion qui règne sur le régime applicable aux prestations transfrontalières de santé, la sécurité juridique demeure donc un vœu pieux.

56. Point 34.

57. Voir <<http://www.euractiv.com/fr/>>.

58. Arrêt *Stamatelaki*, précité, note 40 ; au considérant 19 la Cour réaffirme que : « [...], selon une jurisprudence constante, les prestations médicales fournies contre rémunération relèvent du champ d'application des dispositions relatives à la libre prestation des services, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre ».