

# Les soins de santé transfrontaliers en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale...

Marc BLANQUET

*Professeur à l'Université de Toulouse 1- Sciences sociales*

*Chaire Jean Monnet*

*Directeur de l'IRDEIC<sup>1</sup>*

## **Résumé**

La jurisprudence européenne sur les soins transfrontaliers a créé une situation juridique confuse que le législateur européen cherche à améliorer. Il s'avère cependant techniquement et politiquement difficile de codifier cette jurisprudence libérale. La réforme du règlement de sécurité sociale ne l'a pas vraiment permis. La tentative d'inclure les soins de santé dans la directive « services » a spectaculairement échoué, et la Commission a adopté laborieusement une proposition de directive spécifique qui tente de convaincre les Etats membres qu'ils conservent la maîtrise de leur système de santé, et l'opinion publique qu'il n'y a aucune dérive libérale.

## **Resumen**

La jurisprudencia europea sobre la asistencia sanitaria transfronteriza creó una situación jurídica confusa que el legislador procura mejorar. Se revela sin embargo técnicamente y políticamente difícil de codificar esta jurisprudencia liberal. La reforma del reglamento de seguridad social no lo permitió verdaderamente. La tentativa de incluir los cuidados de salud en la directiva "servicios" ha espectacularmente sido suspendido, y la Comisión adoptó laboriosamente una propuesta de directiva específica que intenta convencer a los Estados miembros que conservan el control de su sistema de salud, y la opinión pública que no hay ninguna deriva liberal.

Depuis 10 ans, le juge communautaire a développé sur la logique du principe de libre prestation de service une jurisprudence se traduisant par certaines avancées concrètes jouant en faveur de la libre circulation des patients en Europe<sup>2</sup>.

Si l'on se situe là dans le droit du marché intérieur, la problématique n'est pas que de droit matériel et ce sont des problèmes juridiques généraux et institutionnels qui apparaissent.

- D'abord un problème de compétence entre la Communauté et les Etats membres.

La particularité du domaine, du point de vue objectif (complexité et diversité entre les Etats membres<sup>3</sup>) comme subjectif (souci des Etats membres de conserver la maîtrise) a conduit, dès l'origine de l'intégration européenne à une grande prudence en matière de sécurité sociale. Sans uniformisation ni harmonisation, c'est une simple coordination qui a été mise en œuvre, la seule ambition étant que cet îlot de compétence irréductiblement nationale ne perturbe pas le jeu des libertés de circulation. Cette coordination, s'agissant des remboursements de soins transfrontaliers, repose sur un instrument d'autorisation préalable significatif de la maîtrise des Etats.

L'évolution a vu les compétences communautaires se développer en matière de santé publique, et désormais existe une politique communautaire dans ce domaine. Pour autant, la logique dominante est restée la même et la prudence voulue par les Etats confine à l'exorcisme quand on lit à l'article 152§5 CE que l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique « respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux ».

Avec, depuis 10 ans, le développement de la jurisprudence signalée, que reste-t-il de cette maîtrise de leur système de santé par les Etats membres ? L'inquiétude de ces derniers est palpable dans la formule retenue par le traité de Lisbonne : « L'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées.<sup>4</sup> ». Mais si certaines réactions d'Etats membres, face aux avancées jurisprudentielles, ont été violemment hostiles<sup>5</sup>, il a surtout été visible qu'existait une scission entre des Etats défendant la mobilité des patients et d'autres angoissés par un risque de désintégration de leur système de sécurité sociale. En somme, malgré la véhémence de certaines réactions, il n'y avait pas de front commun des Etats qui aurait pu déboucher rapidement sur une action législative.

- Ajoutons un problème, tout à fait premier et central, de sécurité juridique, pour des patients qui ont du mal à comprendre l'actuelle dualité de systèmes de remboursement des coûts de santé transfrontaliers. Il apparaît en effet que deux voies d'accès aux soins programmés coexistent : celle de l'article 22 du Règlement de sécurité sociale 1408/71<sup>6</sup>, la plus contraignante mais offrant le plus de garanties au patient, qui est placé sous la législation du pays des soins, et celle de la jurisprudence *Kohll* fondée sur la libre prestation de services, plus aléatoire, dans laquelle l'avance des frais est obligatoire avant de tenter d'en obtenir le remboursement auprès de l'organisme d'affiliation au tarif de celui-ci. L'Arrêt *Inizan*, du 23 octobre 2003<sup>7</sup>, confirme cette dualité de voies. Les difficultés sont nombreuses, ne serait-ce que pour interpréter les paramètres retenus par la jurisprudence : quid de la notion de « soins hospitaliers », quid des « délais raisonnables » ? Il faut se rendre compte que l'insécurité vaut aussi pour des organismes de sécurité sociale qui ont parfois l'impression de devoir « naviguer à vue » dans ces eaux troubles, toujours à la merci d'une condamnation de la Cour de justice. Les services de la Commission ont pu conclure que seuls 5 Etats membres respectaient pleinement cette jurisprudence. Pour ces organismes, l'insécurité se double de la complexité, les deux voies pouvant parfois se cumuler pour un même

patient, utilisant la voie réglementaire pour un remboursement par le régime de base puis la voie jurisprudentielle pour obtenir des remboursements au titre de régimes complémentaires<sup>8</sup>. On ne peut, de plus, que relever la logique et « l'esprit » différent de ces deux voies, la voie jurisprudentielle correspondant à une vision volontariste du juge pour exploiter tous les potentiels du marché intérieur, la voie réglementaire permettant un contrôle prudent des organismes nationaux. A cet égard, il n'est pas indifférent de relever le taux significatif de refus des autorisations préalables : en France, entre 2002 et 2006, le nombre de demandes annuelles est resté stable, variant entre 1 100 et 1 400 et le taux de refus a atteint 43 % pour les demandes concernant les pays de l'Union européenne<sup>9</sup>. La différence entre les deux dispositifs porte aussi sur la méthode, puisque la jurisprudence impose le remboursement des soins de santé réalisés à l'étranger suivant les modalités applicables dans le pays d'assurance du patient, ce qui est une solution inverse à celle retenue par les règlements de coordination des régimes de sécurité sociale qui renvoient pour la prise en charge à la réglementation du pays des soins. C'est pourquoi on a pu parler de « télescopage<sup>10</sup> », d'« affrontement<sup>11</sup> », ou de « choc<sup>12</sup> » entre les deux dispositifs.

Ces deux voies ouvertes sont pourtant toutes deux à respecter : il ne semble pas raisonnable d'envisager la fin de la maîtrise nationale se traduisant par la coordination des régimes de sécurité sociale tant l'organisation et le financement des systèmes de santé doivent rester, dans une logique de subsidiarité, du ressort des Etats membres, mais il est évident que la promotion de la mobilité des patients offre des avantages pour tous et qu'elle est déjà un phénomène irréversible. Encore marginale aujourd'hui, elle est destinée à se développer même si tout conduit à estimer qu'elle n'atteindra pas des taux très massifs.

- Est à signaler, en troisième lieu, un problème politique qui complique singulièrement la recherche de solutions aux difficultés précédemment identifiées : le risque ou la dénonciation du risque de dérive libérale si l'on érige le principe de libre prestation de service en majeure de tout raisonnement sur les soins médicaux. Même si la jurisprudence communautaire ne manque pas de subtilité et d'équilibre « politique » en ce qu'elle a notamment ajouté aux dérogations et exceptions prévues par les traités des « exigences impérieuses d'intérêt général » permettant légitimement aux Etats membres de déroger aux règles du marché, il n'en est pas moins vrai que la jurisprudence *Kohll* décline principalement et prioritairement le principe de libre prestation de service<sup>13</sup>. Ajoutons que malgré ces nuances, l'approche de la Cour est radicale en ce qu'elle considère toute prestation de soins médicaux comme une prestation de service, quel que soit son mode d'organisation national, autrement dit que l'on soit dans un système de remboursement, comme le système luxembourgeois pour l'arrêt *Kohll* ou, plus tard, dans un système de prestation en nature, comme le système néerlandais dans l'affaire *Geraets-Smits et Peerbooms*. Dans cette dernière configuration les dispensateurs de soins ne sont pas rémunérés en contrepartie du traitement individuel du patient de sorte que nombre d'observateurs et même l'Avocat général concluant dans cette affaire estimaient que l'on ne se situait pas dans le champ de la libre prestation de service et que la Cour aurait pu transposer aux soins de santé sa jurisprudence relative à l'enseignement ou elle distingue les cours dispensés par des établissements financés par des fonds publics, exclus du champ des services puisque la prestation n'est pas rémunérée en tant que telle, et ceux assurés par des établissements sur fonds privés qui sont des prestations de service<sup>14</sup>. La Cour, disposant dans sa

jurisprudence d'espèces où elle avait pu élargir le critère de la rémunération à des cas où celle-ci n'était pas payée directement par le destinataire<sup>15</sup>, s'est montrée inflexible et indifférente aux particularités des systèmes nationaux. Certains ont pu identifier là une sorte de magnétisme qu'exercerait sur le juge communautaire le principe de libre prestation de service<sup>16</sup>. Bref, cette jurisprudence face aux dispositifs de sécurité sociale coordonnés a pu être ressentie comme la logique du marché cherchant à supplanter des dispositifs nationaux fondés sur la solidarité à l'heure même où ceux-ci peinent à demeurer sur cette base, compte tenu des sirènes de la rentabilité, de la concurrence et de la privatisation.

- Il faut ensuite se rendre compte que l'on est en face d'un problème de conciliation entre l'interprétation du droit primaire (principe de libre prestation de service) et l'application du droit dérivé (coordination des systèmes de sécurité sociale). Cela implique un problème particulièrement significatif de concurrence entre le juge et le législateur communautaire, celui-ci, complètement débordé par celui-là, tentant avec une grande difficulté de « reprendre la main. Il faut admettre que le fait qu'une jurisprudence se soit développée et soit désormais, on l'a vu, particulièrement marquée, ne remplace pas une législation qui aurait le même contenu. En effet, malgré l'autorité juridique des arrêts de la Cour, il suffit de constater que les Etats membres continuent à avoir des pratiques contraires à cette jurisprudence, ce qui conduit... au développement de cette dernière, certes, mais on ne peut se satisfaire de droits accordés à des patients, parfois dans des situations médicales d'urgence, que ces derniers seraient condamnés à d'abord voir violés avant d'obtenir une hypothétique satisfaction longtemps après... On peut considérer que les mêmes droits inscrits à la fois dans une directive et les normes nationales de transposition offriraient une effectivité bien meilleure. Seul le législateur pourrait permettre de passer des éléments de mobilité des patients admis par le juge à une véritable libre circulation des patients. De manière significative, le Rapport du Parlement européen relatif aux conséquences de l'exclusion des services de santé de la directive « services<sup>17</sup> » précise qu' « Il appartient donc au législateur - et à lui seul - car c'est son rôle, de lever toutes ces insécurités juridiques persistantes en édifiant un instrument législatif qui anticipe les problèmes posés par la croissance des échanges des services de soins de santé au sein de l'Union, qui précise toutes dispositions juridiques applicables dans le cadre de la diversité des cas à traiter, qui clarifie les règles en matière d'autorisation et de remboursement et articule le champ médical et le champ social dans certains cas ». On notera la revendication de ce qu'est le rôle spécifique du législateur et la volonté d'anticiper.

La proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 2 juillet 2008 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers<sup>18</sup> qui représente l'actualité et l'avenir de la problématique reste dans ce registre mais sur un mode mineur, se donnant pour ambition de « parvenir à une application plus générale et efficace des principes établis au cas par cas par la Cour de justice<sup>19</sup> ».

Ajoutons que la solution recherchée serait une réglementation mais surtout une réglementation européenne car la situation est telle que les Etats membres tentent aujourd'hui d'améliorer la situation juridique par d'autres voies, telles que des réformes des réglementations nationales<sup>20</sup> ou la conclusion d'accords bilatéraux : Royaume-Uni / France, Royaume-Uni / Espagne, accord entre l'Allemagne, les Pays-Bas et la Belgique, ou entre l'Italie et la Slovénie... Toute solution unilatérale ou

multilatérale ne peut d'ailleurs que rendre plus difficile la solution communautaire recherchée.

La Commission s'est avisée assez rapidement de ces problèmes, et a invité des ministres des États membres et des représentants de la société civile à prendre part à un processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne. Le rapport final a été approuvé lors de la réunion finale du 8 décembre 2003, et, en réponse à ce processus de réflexion, la Commission a adopté une communication sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union<sup>21</sup> et mis en place un mécanisme destiné à faire avancer les travaux définis dans la communication, à savoir le groupe de haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux<sup>22</sup>.

Dès le rapport final de 2003, le groupe de réflexion de haut niveau invitait la Commission à réfléchir à la façon de renforcer la sécurité juridique conformément à la jurisprudence de la Cour de justice relative au droit d'un patient à bénéficier d'un traitement médical dans un autre État membre que le sien. En clair, dès 2003, l'idée était de remédier à cette insécurité juridique en codifiant cette jurisprudence incontournable puisque reposant sur un principe majeur du traité en l'inscrivant dans une approche qui serait celle, globale, du législateur et non celle, lacunaire et soumise aux aléas des contentieux, du juge.

Sans revenir sur le détail des règles applicables à la prestation transfrontalière de soins médicaux, on se propose de rendre compte de cette tentative du législateur de « rattraper » le juge, de résorber l'insécurité juridique en clarifiant et codifiant la jurisprudence et, depuis 2003, tout prouve qu'il y a là une tâche particulièrement difficile, qui, en quelques années, est allée d'occasions manquées (I) à un processus déjà évoqué actuellement en cours mais de manière singulièrement laborieuse (II).

## **I) Les occasions manquées**

S'il est apparu évident que le législateur communautaire devait agir, les formules envisageables étaient multiples (simple communication interprétative de la jurisprudence, directive générale ou spécifique aux soins de santé, règlement de sécurité sociale adapté...) et l'objectif même de cette intervention n'était pas unanimement partagé, certains États membres voulant contrer la jurisprudence de la Cour, d'autres voulant la conforter et aller plus loin dans la libéralisation.

Quoi qu'il en soit, on a pu relever, en 2004, deux actions normatives qui auraient pu apporter une réponse à la situation juridique insatisfaisante signalée.

D'abord une révision du régime de coordination en matière de sécurité sociale, correspondant à une approche générale mais indirecte puisque ne portant pas sur la prestation de soins transfrontaliers. On s'accorde à considérer que cette réforme n'a pas apporté de solution. Même s'il est vrai que le problème est resté entier après l'adoption du règlement 883/2004 du 29 avril 2004, un examen plus attentif permet cependant d'identifier quelques avancées (A).

En revanche, l'autre tentative, toujours en 2004, consistant à emprunter une voie directe et générale avec une proposition de directive sur les services couvrant les services de santé à l'image de la jurisprudence, a abouti à un échec retentissant, principalement en raison de l'enjeu politique de la problématique (B).

## A) La stérilité apparente de l'approche indirecte générale : la révision du règlement de sécurité sociale

Le droit des patients aux soins transfrontaliers n'a pas fait l'objet d'une remise à plat et d'une mise à jour dans le Règlement (CE) 883/2004 du 29 avril 2004<sup>23</sup>, qui simplifie et remplace le Règlement 1408/71 alors qu'il y avait là, pour certains, une occasion de clarifier les choses. C'est le sobre constat que l'on fait souvent et il semble en effet regrettable qu'une clarification faite en 2004 n'ait pas réalisé ce que l'on s'accordait dès 2003 à considérer comme indispensable en termes de sécurité juridique. D'autant que l'argument consistant à dire que la réglementation de sécurité sociale est une chose, et que la jurisprudence de la Cour en est une autre néglige que celle-là a déjà été modifiée pour tenir compte de celle-ci. Il est vrai qu'il ne s'agissait pas, alors, de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour mais au contraire, d'annihiler les conséquences de cette jurisprudence. C'est dans ce but qu'après les arrêts *Pierrik*<sup>24</sup>, l'article 22 du règlement 1408/71 a été modifié de manière à donner plus de marge de manœuvre aux autorités délivrant l'autorisation préalable et on s'accorde à considérer que l'article 22, § 2 semble poser des conditions si strictes qu'elles ont permis aux organismes d'assurance maladie de refuser largement les demandes d'autorisation préalable pour se faire soigner à l'étranger.

Dès lors on pourrait plutôt se réjouir d'une absence de révision contrariant la jurisprudence même si cette dernière, s'appuyant directement sur le traité, pouvait impliquer la probable annulation de toute réforme qui aurait eu ce but.

De toutes façons, la prise en considération de la pleine dimension du problème ne permettait certainement pas d'en proposer la solution globale en restant dans un dispositif correspondant à l'approche la plus timide de l'autorité normative communautaire : un règlement certes, mais un règlement de coordination.

En réalité, il faut aller plus loin pour pouvoir porter un jugement plus nuancé et cela sous deux angles.

### a) Un processus déjà engagé.

D'abord il faut remonter dans le temps pour constater que l'initiative de cette révision de 2004 date de 1998<sup>25</sup>, de sorte que ce n'est qu'en cours de procédure qu'est apparue l'opportunité qu'il pourrait y avoir à codifier par ce biais la jurisprudence de la Cour. L'initiative se référait à l'appel à la simplification lancé au Conseil d'Edimbourg de décembre 1992 et dans un souci de transparence et de lisibilité, il était envisagé de simplifier les règles de la coordination. Dès lors, on peut regretter sans doute le manque d'ampleur en termes de résolution d'un problème qui était réel en 2004 mais il s'explique car la révision n'a pas été engagée pour répondre à la situation créée par le développement d'une jurisprudence qui naissait à peine (la proposition de la Commission est postérieure de quelques mois à l'arrêt *Kohll* et l'on en était encore à douter que cette nouvelle jurisprudence, par exemple, puisse concerner les soins hospitaliers) mais a été utilisé en cours de route pour améliorer cette situation.

De surcroît, on peut quand même saluer les quelques progrès réalisés. Ainsi, il n'est pas anodin que le nouveau règlement n° 883/04 reprenne, certes partiellement, la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne la question de l'autorisation. Le critère médical a été mis en évidence dans ce nouveau règlement<sup>26</sup>. Selon la nouvelle disposition, l'autorisation doit être donnée lorsque le traitement

requis ne peut être dispensé dans l'État de résidence dans un délai « acceptable sur le plan médical compte tenu de l'état actuel de santé de la personne et de l'évolution probable de la maladie » ; cela implique qu'il y a lieu de tenir compte de la situation médicale concrète du patient et non de considérations administratives liées à l'existence de listes d'attente, ce que la formulation antérieure de l'article 22§2 (« délai normalement nécessaire ») permettait<sup>27</sup>.

On a pu cependant regretter que cette nouvelle rédaction n'aille pas aussi loin que la jurisprudence. En effet, celle-ci impose la prise en compte de « 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<sup>28</sup> », ce qui dépasse la situation strictement médicale actuelle ou future retenue dans l'article 20 puisqu'il y a les antécédents mais aussi les implications professionnelles.

Pour autant, c'est une indiscutable prise en compte de la jurisprudence par le législateur ; elle est simplement doublement partielle en ce qu'elle ne fait que se rapprocher de la jurisprudence et sur certains points seulement.

On peut donc admettre le constat fréquent de l'occasion non véritablement saisie.

Il ne faut cependant pas s'arrêter au texte de 2004.

#### *b) Un processus encore à achever*

Il faut en effet se projeter aussi vers l'avenir. Le règlement (CE) n° 883/2004 doit remplacer l'ancien règlement (CEE) n° 1408/71, mais ne pourra entrer en vigueur tant que le règlement d'application qu'il exige n'aura pas été approuvé par le Conseil et le Parlement dans le cadre d'une procédure de codécision exigeant l'unanimité au Conseil.

Ce règlement d'application du règlement 883/2004, sur base d'une proposition de la Commission du 31 janvier 2006<sup>29</sup>, est en cours de négociation actuellement et il est apparu qu'un certain nombre d'apports de la jurisprudence, spécialement en matière de prise en charge financière des soins de santé ne devaient pas s'inscrire dans un règlement « législatif » mais apparaître plutôt à ce stade des mesures d'application.

Cette proposition prévoit ainsi dans son article 26-B-5) une adaptation de la jurisprudence *Vanbraeke*<sup>30</sup> sur le complément différentiel. Dans la version, plus didactique que celle de la proposition de la Commission, issue de la première lecture du Parlement européen<sup>31</sup>, il serait prévu que « lorsque la personne assurée a effectivement pris elle-même en charge tout ou partie du coût du traitement médical autorisé et que le montant que l'institution compétente est tenue de rembourser à l'institution du lieu de séjour ou à la personne assurée conformément au paragraphe précédent (coût réel) est inférieur à celui qu'elle aurait dû assumer pour le même traitement dans l'État membre compétent (coût théorique), l'institution compétente lui rembourse, à sa demande, le coût du traitement encouru par la personne assurée à concurrence du montant de la différence entre le coût théorique et le coût réel. Le montant du remboursement ne peut toutefois pas dépasser celui des dépenses effectivement encourues par la personne assurée et peut prendre en compte les montants que la personne assurée aurait dû acquitter si le traitement avait été prodigué dans l'État membre compétent<sup>32</sup> ».

C'est finalement assez logique : cette jurisprudence *Vanbraekel* constitue une sorte de point de jonction, de liaison entre la voie réglementaire et le dispositif jurisprudentiel puisqu'elle confronte à la fois les conditions de remboursement de l'Etat d'affiliation et celles de l'Etat des soins, tout en étant circonscrite à l'emprunt de la voie réglementaire (soins transfrontaliers autorisés et remboursés selon les tarifs de l'Etat des soins). Si une partie de la jurisprudence pouvait être intégrée au règlement de sécurité sociale, c'était donc bien celle-là.

On peut aussi identifier un autre point que le texte vise à éclaircir, c'est celui de la prise en charge des frais accessoires. La Cour a eu l'occasion de préciser que l'article 22 paragraphe 1, sous c), i), du règlement n° 1408/71 doit être interprété en ce sens que le droit qu'il confère au patient concerné porte exclusivement sur les dépenses liées aux soins de santé reçus par ce patient dans l'Etat membre de séjour, à savoir, s'agissant de soins de nature hospitalière, les coûts des prestations médicales proprement dites ainsi que les dépenses, indissociablement liées, afférentes au séjour de l'intéressé dans l'établissement hospitalier. En revanche, l'article 49 CE doit être interprété en ce sens qu'un patient qui a été autorisé à se rendre dans un autre Etat membre pour y recevoir des soins hospitaliers ou qui a essuyé un refus d'autorisation dont il est ultérieurement établi qu'il n'était pas fondé, n'est en droit de réclamer à l'institution compétente la prise en charge des frais accessoires liés à ce déplacement transfrontalier à des fins médicales que pour autant que la législation de l'Etat membre compétent impose au système national une obligation de prise en charge correspondante dans le cadre d'un traitement prodigué dans un établissement local relevant dudit système<sup>33</sup>. On se trouve donc dans une situation peu satisfaisante où le remboursement des frais accessoires n'est pas prévu par le règlement de sécurité sociale mais peut découler de la voie jurisprudentielle pour autant que la législation d'assurance le prévoit dans un cadre interne.

La Commission a donc prévu un élargissement de la prise en charge au titre du règlement de sécurité sociale : l'article 26 C §6 de la proposition prévoit que « Dans les cas où l'institution compétente accorde une autorisation, les frais de voyage et de séjour indissociables du traitement de la personne sont pris en charge financièrement selon la législation appliquée par l'institution compétente, pour la personne concernée et, si nécessaire, pour une personne qui doit l'accompagner ». Le rapporteur du Parlement a proposé de préciser ce texte et d'envisager de façon spéciale le cas des patients handicapés. Curieusement, dans son exposé des motifs, il justifie ainsi ce souci : « cela sort probablement du champ d'application du règlement, mais il se peut que les députés souhaitent étudier cette question lorsque la commission de l'emploi et des affaires sociales examinera la proposition de directive portant sur cette question ».

## B) L'échec retentissant de l'approche directe générale

Soyons clair : si l'objectif du législateur était de se substituer au « *law making power* » de la Cour de justice, c'était par le biais d'un texte général sur la prestation de service qu'il pouvait le faire, puisque la jurisprudence en cause de la Cour repose sur sa conception générale du principe de libre prestation de service. Traiter le problème de manière directe et générale consistait donc à élaborer une législation



générale sur la prestation de service incluant, comme la jurisprudence, le cas des services de soins.

a) Le dispositif proposé

La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur<sup>34</sup> présentée par la Commission au début de 2004 renfermait ainsi des dispositions codifiant les arrêts de la Cour de justice par l'application des principes de la libre circulation aux services de santé, puisqu'elle considérait, sur la base de la jurisprudence, les soins de santé comme des services.

Dès lors, l'article 23 de la proposition<sup>35</sup> était consacré à la prise en charge financière des soins de santé par l'Etat d'affiliation lorsque ces soins sont réalisés dans un autre Etat membre : interdiction de toute autorisation préalable pour les soins non hospitaliers qui auraient bénéficié d'une prise en charge s'ils avaient été dispensés sur le territoire d'affiliation ; possibilité d'un régime d'autorisation préalable pour les soins hospitaliers, mais à certaines conditions (critères précis et non équivoques, objectifs, rendus publics à l'avance ; non discrimination ; justification par une raison impérieuse d'intérêt général ; proportionnalité) et avec une interdiction de refus si la prestation en cause est prévue par la législation de l'Etat d'affiliation et que ces soins ne peuvent être dispensés dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de l'état de santé du patient et de l'évolution probable de son état. On a pu regretter que l'ambition soit limitée à la reprise de la jurisprudence, en négligeant de la compléter ou de la clarifier<sup>36</sup>. Il est vrai que la définition proposée pour les soins hospitaliers<sup>37</sup>, par exemple, n'était guère déterminante.

Le considérant 51 de la proposition révélait que les objectifs poursuivis étaient ici essentiellement liés à la sécurité juridique quant au remboursement des soins, cette sécurité juridique étant procurée tant aux patients qu'aux professionnels de santé et également aux responsables de la sécurité sociale. On ajoutera que l'axe fameux de cette proposition *Bolkestein*, le principe du pays d'origine correspondait assez à la jurisprudence *Kohll* de la Cour.

Même si c'est moins souligné, il faut rappeler que l'un des angles d'attaque de cette directive services, applicable dès lors aux secteur des soins de santé lorsque ces derniers étaient dans son champ d'application, consistait à structurer la coopération administrative entre les Etats membres et à assurer une meilleure information aux destinataires de services, notamment par un système de guichet unique. Or c'est un point important, ce genre de dispositif étant de ceux qui auraient pu améliorer la situation des patients plongés dans la perplexité du fait de la dualité des voies juridiques de prise en charge.

b) Les circonstances et raisons de l'échec

Cette approche globale a été rejetée par le Parlement européen et le Conseil qui ont invité la Commission à élaborer des propositions spécifiques dans ce domaine<sup>38</sup> compte tenu de la spécificité de ces soins. Adopter un acte spécifique sur les services de santé, d'une certaine manière, c'est déjà contredire l'approche de la Cour qui ne retient pas spécialement cette spécificité. En effet, s'il y a des nuances dans cette jurisprudence, c'est parce que la jurisprudence de la Cour sur les services comporte de telles nuances, et non parce qu'il faudrait nuancer l'application de cette jurisprudence générale vis-à-vis des services de santé.

Il ne faut cependant pas s'en tenir à une vision consistant à voir là une analyse purement rationnelle, voire une banale évidence, mais se demander en quoi consiste exactement la spécificité ainsi invoquée avec succès. Les prises de position de l'époque permettent d'en identifier quatre dimensions.

Il y a, dans les discours peu approfondis sur la question, l'invocation d'une « complexité technique » peu convaincante. En revanche, on peut goûter bien davantage la démonstration d'une spécificité de la relation entre le prestataire et le patient en termes de déséquilibre, de difficulté pour le patient de faire un choix éclairé sans l'aide du prestataire, ou, parfois, d'urgence interdisant toute démarche comparative et tout choix du prestataire. Ce serait là le côté « service pas comme les autres ».

Autre argument peu recevable, celui d'une codification prématurée, la jurisprudence de la Cour n'étant pas suffisamment cristallisée au moment de la négociation de la directive 2006/123. Cet argument est vraiment curieux s'agissant de la volonté du législateur européen de « reprendre la main ». La jurisprudence de la Cour est « cristallisée » au moins depuis 2001 et on ne voit pas pourquoi le législateur devrait attendre la multiplication des arrêts, c'est à dire des contentieux et des problèmes qui, désormais, ne font que préciser sur tel ou tel point les implications d'un dispositif bien fixé.

Il est en revanche très significatif de la problématique qu'ait pu être invoqué le « caractère sensible pour l'opinion publique » des soins de santé, ce qui fait référence à la polémique entretenue sur ce traitement libéral des questions de santé, largement utilisée dans le débat sur la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe. L'amalgame, entretenu sans fondement mais sans complexe, entre cette directive relative aux services et le traité constitutionnel n'a pas été sans jouer sur l'issue fatale de celui-ci. Le rapport Vergnaud sur les conséquences de l'exclusion<sup>39</sup> évoque clairement « l'enjeu politique ». On doit ajouter que le principe initial et emblématique du pays d'origine s'appliquait aussi aux prestataires de soins de santé se déplaçant, ce qui est apparu encore plus problématique que la question de la mobilité des patients. C'est là la rançon d'une approche globale sous l'angle du principe de libre prestation de service.

Significative également, l'invocation de « l'aide publique considérable dont ces services bénéficient » ce qui est une manière d'évoquer l'implication des Etats membres et, donc, leur revendication de responsabilité première en la matière. On peut aussi, plus généralement, prendre acte de l'implication réglementaire des Etats membres pour voir dans cette prestation de service une relation « à trois » plus qu'à deux, ce qui serait aussi en faveur d'un traitement spécifique.

Si l'on considère la directive 2006/123 elle-même<sup>40</sup> et non le débat sur son champ d'application, elle évoque dans l'un de ses innombrables considérants<sup>41</sup> l'exclusion des remboursements de soins de santé. On a pu distinguer, parmi les très nombreuses exclusions de son champ d'application celles qui résultent de l'existence de dispositions communautaires spécifiques (services financiers, services et réseaux de communications électroniques, services dans le domaine des transports...) et celles découlant de la nature particulière des activités (services d'intérêt général non économiques, services des agences de travail intérimaire, jeux d'argent...)<sup>42</sup>.

S'agissant des services de santé, on retrouve...les deux explications : le point 23 des motifs invoque, s'agissant du remboursement des soins de santé, un futur « acte juridique communautaire distinct pour parvenir à une plus grande sécurité juridique » et, par ailleurs, l'article 2 §3 exclut les services de soins de santé au motif que l'action sanitaire et sociale est régie par le droit des Etats membres.

On peut ajouter qu'un temps, l'exclusion des services de soin était envisagée conjointement à celle des services sociaux<sup>43</sup>, mais des querelles internes à la Commission ont conduit à disjoindre ces cas d'exclusion, le Commissaire en charge de la santé ne souhaitant pas l'intrusion par ce biais de son collègue du marché intérieur<sup>44</sup>.

### c) Les conséquences de l'exclusion des soins de santé

Quoi qu'il en soit, le domaine a été exclu de cette directive services. Que l'on ne se méprenne pas sur la portée de cette exclusion. Les soins de santé n'ont pas pour autant changé de nature et restent dans le champ du principe de libre prestation de service prévu par le traité. Plus précisément, on peut même ajouter que cette exclusion ne signifiait en aucune façon la remise en cause des droits qu'il avait été envisagé d'inscrire dans ce texte s'agissant spécialement des modalités de prise en charge.

Pour autant, cela signifiait le maintien de la dualité de régime dans sa nudité administrative, puisque le système de coopération administrative prévu par la directive est exclu, de même que les dispositifs d'information des destinataires (patients ici) tels que le système électronique de renseignement ou le système de guichet unique, de même que d'autres garanties ou facilités organisées par la directive au bénéfice des destinataires de services.

En second lieu, cela signifiait la possibilité maintenue pour les Etats membres, ce qui aurait été plus difficile après une directive qu'ils auraient transposée, d'opposer aux patients des particularités procédurales manifestement contraires à la jurisprudence *Kohll*.

Le Parlement a adopté un rapport « sur l'impact et les conséquences de l'exclusion des services de santé de la directive relative aux services dans le marché intérieur<sup>45</sup> » dans des conditions qui sont représentatives de la confusion régnant en la matière et, donc, de la difficulté à aboutir à un accord au niveau communautaire. En effet, au sein de la commission Marché intérieur et Protection des consommateurs, un amendement a été présenté afin de conduire « la Commission à soumettre une proposition au Parlement pour réintroduire les services de santé ans la directive 2006/123/CE<sup>46</sup> ». Il n'y a là rien de surprenant, les libéraux étant bien entendu partisans d'une approche des soins de santé guidée par les principes du marché. En revanche, il était moins prévisible que cet amendement soit...adopté par 22 voix pour contre 18 et 2 abstentions. Le rapporteur, la députée française Bernadette Vergnaud, a d'ailleurs été obligée de voter contre son propre rapport du fait de l'adoption de cet amendement. Le curieux résultat a été que le rapport demandait donc au Parlement de réclamer deux initiatives à la Commission : qu'elle lui présente une proposition afin de réintroduire les services de santé dans la directive 2006/123 ; par ailleurs qu'elle lui fasse une proposition destinée à codifier la jurisprudence de la Cour en matière de droits des patients européens.

De manière plus cohérente, la résolution ayant suivi ce rapport s'est bornée à demander « une proposition d'instrument approprié visant notamment à codifier la

jurisprudence de la Cour de justice<sup>47</sup> » : autrement dit, l'amendement de Toine Manders a été logiquement rejeté à une large majorité lors du vote en plénière<sup>48</sup>. En revanche, les parlementaires européens ont aussi repoussé la proposition du rapporteur d'adopter une directive distincte pour les services de santé et ont de façon moins engagée demandé à la Commission de proposer cet instrument « approprié », dans l'objectif « notamment » de codifier la jurisprudence de la Cour de Justice européenne.

On s'aperçoit donc qu'à l'issue de cet épisode, les deux dimensions de la tentative ont été affectées. La proposition consistait à réglementer les services de santé au titre de leur nature de service et de ce point de vue là, l'idée a majoritairement dû être abandonnée. La suite ne pourrait donc consister qu'en un acte spécial aux services de soins. Mais la proposition était aussi une proposition de directive et l'échec a également retenti sur ce choix puisqu'au sortir de ces difficiles débats, un « acte approprié » codifiant la jurisprudence était simplement réclamé, ce qui pouvait consister en une recommandation, une communication interprétative, un recours à la méthode ouverte de coordination<sup>49</sup> aussi bien qu'en une directive, cette dernière solution apparaissant cependant comme la moins probable puisque l'expression même d' « acte approprié » était une manière de ne pas se prononcer en faveur d'une directive spécifique.

## **II) Le processus actuel : l'approche directe particulière**

Est cependant actuellement soumise au Parlement européen et au Conseil une proposition de directive sur les soins de santé transfrontaliers dont la seule mise au point au sein de la Commission a été particulièrement difficile (A), ce qui se traduit par un contenu aux équilibres fragiles laissant augurer d'un débat législatif compliqué (B).

### **A) Une proposition à l'élaboration difficile**

Les remous que la directive Bolkestein ont suscité ont dissuadé plusieurs présidences de l'Union, en 2005 et 2006, d'agir en la matière alors qu'elles avaient fait une priorité de cette réglementation globale. L'arrêt *Watts*<sup>50</sup> a alors provoqué des réactions violentes de la part de députés européens. Ils ont fait valoir que la Cour de justice était vraiment en train de construire au coup par coup un véritable cadre juridique communautaire de la libre circulation des patients et que le législateur communautaire devait réagir avec une vision cohérente.

La Commission a décidé d'agir en septembre 2006 pour que soit mis en place un véritable cadre communautaire des services de santé. Elle a lancé une consultation publique<sup>51</sup> sur la façon d'assurer la sécurité juridique des services de santé transfrontaliers dans le cadre du droit communautaire et de favoriser la coopération entre les systèmes de santé des États membres, le but étant d'arriver à un cadre clair et concret pour concilier l'élargissement du choix individuel avec la viabilité d'ensemble des systèmes de santé.

Le Parlement européen a contribué aux débats, notamment en adoptant, dès avril 2005, un rapport sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne<sup>52</sup> puis, en mars 2007, une résolution sur l'action de la Communauté en matière de prestations d'assistance sanitaire transfrontalière<sup>53</sup> et a encouragé la Commission à aller de l'avant dans ce domaine qui, officiellement en

raison de sa nature particulière, avait été écarté du champ d'application de la directive sur les services.

C'est dans ce contexte que le principe d'une initiative normative forte de la Commission s'est imposé et un projet de directive sur des « des soins transfrontières sûrs, de haute qualité et efficaces » a été mis en consultation interservices en septembre 2007, l'élargissement de la perspective permettant sans doute d'envisager ce recours discuté à un instrument contraignant.

A partir de novembre 2007 a alors régné une confusion assez ahurissante. La présentation de la proposition a été annoncée pour le 20 novembre 2007, puis retardée au 5 décembre, avec un nouveau report (officiellement, le Président Barroso voulait « étudier le texte »).

Le 18 décembre, annonce de l'imminence d'un aboutissement et organisation, même, d'un débat au Parlement en présence du commissaire Santé et Protection des consommateurs Markos Kyprianou ; mais le 19, nouveau report à janvier 2008, l'excuse officielle étant que la Commission voulait se concentrer sur le problème des émissions de CO2 ("L'agenda de la Commission était très lourd ce mercredi"). En réalité, on notait une opposition frontale de plusieurs commissaires, de tous bords, de nombreux Etats membres<sup>54</sup> et de l'ensemble des partenaires sociaux (employeurs et syndicats) du secteur... Le vice-coordonateur de la commission Marché intérieur du Parlement européen, Andreas Schwab<sup>55</sup>, s'est alors plaint que la « politique de communication incompréhensible et confuse de la Commission porte atteinte à la crédibilité des institutions communautaires<sup>56</sup> ».

En janvier 2008, nouveau report, mais annonce que la proposition serait présentée avant la fin du mois puis, fin janvier, communiqués traduisant une forme de résignation selon lesquels « la directive sur les soins de santé transfrontaliers reste à l'ordre du jour de la Commission » (ce qui prouve que la question se posait), ceci dès « qu'il y aura un espace adéquat dans son calendrier » (sic). Lors de son audition au Parlement européen, le 1<sup>er</sup> avril 2008, la nouvelle Commissaire à la santé<sup>57</sup> a admis des dissensions au sein de la Commission mais a montré sa détermination à faire adopter la proposition visant à favoriser l'accès aux soins de santé transfrontaliers par la Commission avant juin 2008, révélant que la proposition se concentrerait sur les droits des patients et l'amélioration de l'accès aux soins de santé, cette proposition faisant partie d'un « paquet social » qui serait lancé en collaboration avec le commissaire en charge des Affaires sociales pour promouvoir l'accès, les possibilités et la solidarité à tous les citoyens européens.

Quelques semaines avant la délivrance, qui est finalement intervenue le 2 juillet 2008, avec l'adoption du « paquet » que constitue l'agenda social renouvelé<sup>58</sup>, lors d'une audition en commission du marché intérieur du Parlement européen, le Commissaire McCreevy (Marché intérieur) a cependant laissé entendre que la rédaction du texte nécessiterait encore plusieurs semaines et pourrait n'être présenté qu'à l'automne... Cela illustre bien les difficultés internes de la Commission sur un tel dossier, qui relève de trois Directions générales aux visions pas forcément convergentes : DG Emploi et affaires sociales, DG Marché intérieur et DG Santé et protection des consommateurs.

Il faut se rendre à l'évidence : il y a un double problème.

D'abord le contexte de ratification du traité de Lisbonne, certains refusant de voir le retour des débats sur la directive Bolkestein qui avait pesé sur la ratification du traité constitutionnel...

Ensuite et plus largement, il est toujours politiquement difficile d'aborder pour le législateur européen cette question des patients sous l'angle des services. Il semble que ce soit plus aisé pour le juge que pour le législateur. Ce serait notamment là une explication à ce nouveau positionnement du texte, reposant ostensiblement sur les droits des patients plus que sur les principes de libre circulation.

Le 2 juillet 2008, dans le cadre du Nouvel Agenda Social, la Commission a donc finalement adopté cette proposition de « Directive relative aux droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers »<sup>59</sup>, de même qu'une communication intitulée « Un cadre communautaire relatif à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers<sup>60</sup> » qui est une sorte de double exposé des motifs par rapport à celui qui ouvre la proposition de directive elle-même. Malgré ce luxe de précautions, seules les organisations représentatives de patients ou de consommateurs saluent tout à fait favorablement ce texte. Les autres réactions sont plutôt critiques, ce qui s'explique par les équilibres instables qu'a dû échafauder la Commission pour arriver à ce premier résultat, sorte d'exploit, semble-t-il : parvenir à proposer un texte...

## B) Une proposition aux équilibres fragiles

On peut présenter synthétiquement la proposition comme menant une entreprise d'occultation, de codification, de coordination, de clarification et de coopération.

### a) Occultation

L'accompagnement (exposé des motifs, communication, communiqués de presse) comme la rédaction de la proposition révèlent un souci d'occulter ou au moins de ne pas insister sur deux aspects pourtant réels mais qui seraient susceptibles de compliquer ou d'empêcher l'adoption du texte : l'image libérale d'une approche des soins sous l'angle de la prestation de service, et l'emprise communautaire sur les compétences nationales.

#### *1) L'occultation de l'image libérale*

Elle se fait par trois moyens : l'inclusion de la proposition dans un cadre social, la mise en exergue de principes généraux communs, et la discrétion, ne serait-ce que sémantique, de la dimension « service ».

- L'échec de la tentative d'inclure la réglementation des soins de santé dans la directive Bokestein était largement dû à l'image politique foncièrement libérale que donnait cet environnement. C'est pourquoi, largement, il avait été décidé de traiter cette question des soins dans un texte spécifique et isolé. On peut donc rester surpris de voir que, finalement, le processus aboutit à une proposition incluse dans un paquet d'ensemble. A la question de savoir pourquoi cette proposition hautement controversée serait présentée dans le cadre du paquet sur l'agenda social et non de manière indépendante, le Directeur général de la Direction chargée de la Santé publique de la Commission, M. Ryś, a déclaré de manière malaisée : « il y a des problèmes particuliers avec un accès aux soins de santé transfrontaliers sûr, efficace

et équitable que nous essayons de résoudre, et bien sûr, l'accès à ces soins est également une question sociale importante<sup>61</sup> ».

Ce paquet social mérite bien son nom tant il s'agit d'un ensemble hétéroclite de textes divers (4 propositions de directives, 4 communications, 7 « documents de travail ») dans divers domaines donnant, selon les commentateurs, un sentiment de confusion, de « bric-à-brac », d'absence de lisibilité, au point qu'il a pu être présenté comme « le vide-grenier social de la Commission européenne<sup>62</sup> ». Autant dire qu'il s'agissait là d'un dispositif accueillant pour une initiative dont la première mouture, en septembre 2007, avait suscité des levées de bouclier sur le thème de la dérive libérale, de la santé à deux vitesses, de la mobilité des patients conditionnée par la possibilité d'avancer le coût des soins, c'est à dire une mobilité réservée aux patients fortunés, etc. Même si l'astuce politique n'est pas des plus fines, il est donc apparu opportun d'inclure la proposition dans un cadre clairement labellisé social puisque la première tentative avait échoué notamment parce que le contexte de la directive Bolkestein était trop connoté libéral...

- Le deuxième moyen d'occulter la dimension de prestation de service se fait encore dans une inclusion dans un cadre plus vaste, ici, celui du « cadre communautaire pour les soins de santé transfrontaliers » puisque tel est l'objectif de la proposition de directive selon la communication qui l'accompagne, ce cadre comprenant trois éléments : certes, un « cadre spécifique pour les soins de santé transfrontaliers », dont il faut convenir qu'il semble à première vue avoir exactement le même objet que le cadre général, mais aussi deux autres cadres complémentaires. D'abord des « principes communs pour tous les systèmes de santé de l'Union », et, en second lieu, une « coopération européenne en matière de soins de santé ». S'agissant de la mise en exergue de ces principes communs de l'Union<sup>63</sup>, le cheminement intellectuel est assez indirect : le respect de ces principes communs constitue un préalable nécessaire pour renforcer la confiance des patients dans les soins de santé transfrontaliers qui est elle-même nécessaire pour permettre la mobilité des patients et la libre prestation de soins de santé dans le marché intérieur, et assurer un niveau élevé de protection de la santé<sup>64</sup>. Quoi qu'il en soit, on en retire l'idée que si la prestation de service est un principe communautaire lié à cette directive, la Commission en vise bien d'autres dans sa proposition : les « principes communs » identifiés par le Conseil, d'abord, soit la qualité, la sécurité des soins fondés sur des données probantes et sur l'éthique, la participation du patient, l'accès à la justice, le respect de la vie privée en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel et la confidentialité ; mais la Commission multiplie, dans sa communication, la référence aux principes et aux droits des patients avec un effet d'avalanche. Les soins devraient être sûrs et de qualité. Les procédures de remboursement des frais devraient être claires et transparentes. Dans le respect des principes d'universalité, d'accès à des soins de qualité, d'équité et de solidarité, ce cadre aurait pour objectif d'assurer suffisamment de clarté concernant les droits en matière de remboursement des soins dispensés dans un autre État membre et de veiller à ce que les exigences nécessaires de qualité, de sécurité et d'efficacité soient satisfaites pour les soins de santé transfrontaliers<sup>65</sup> ». Même la contribution à la clarification de la situation se fait par le biais...du principe d'égalité : « En définissant un cadre juridique clair concernant les droits en matière de remboursement des soins de santé transfrontaliers, la proposition permettra de réduire les inégalités inhérentes à l'incertitude actuelle relative à l'application générale des principes établis par la jurisprudence<sup>66</sup> », ce qui

est en même temps l'exaltation des mérites de la réglementation sur la jurisprudence et une légitimation de la proposition.

A cet égard, il faut noter que l'occultation de l'image libérale de l'entreprise se fait donc aussi par une utilisation renforcée des principes d'égalité et de non discrimination, c'est à dire les principes symétriques du point de vue de leur connotation politique ; le considérant 13 de la proposition est éloquent sur ce point « il y a lieu d'assurer l'égalité de traitement entre les patients provenant d'autres États membres et les ressortissants de l'État membre de traitement et de faire en sorte que, conformément aux principes généraux de l'équité et de la non discrimination reconnus à l'article 21 de la Charte, les premiers ne puissent faire l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Les États membres peuvent réserver un traitement différencié à certains groupes de patients sous réserve de pouvoir démontrer qu'une telle distinction est motivée par des raisons médicales légitimes, comme c'est le cas de mesures visant spécifiquement les femmes ou certaines classes d'âge (la vaccination gratuite des enfants ou des personnes âgées, par exemple). De plus, cette directive respectant les droits fondamentaux et observant les principes reconnus notamment dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, elle doit être mise en oeuvre et appliquée compte tenu des droits à l'égalité devant la loi et au principe de non-discrimination, conformément aux principes généraux du droit consacrés par les articles 20 et 21 de la Charte. La présente directive s'applique sans préjudice de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et des autres directives mettant en application l'article 13 du Traité CE. Au vu de ce qui précède, la directive prévoit que les patients bénéficient du même traitement que les ressortissants de l'État membre de traitement, et entre autres de la protection contre la discrimination inscrite dans le droit communautaire et dans la législation de ce dernier ».

Cet argumentaire permet d'identifier, certainement, l'idée que la Commission préfère chevaucher le principe de non discrimination plutôt que le principe de libre prestation de service dans ce domaine, et que ce principe de non discrimination pourrait être l'argument complémentaire permettant de rendre politiquement acceptable la codification de la jurisprudence foncièrement libérale de la Cour.

- Une des réticences les plus fréquentes vis-à-vis de la proposition consiste à voir en elle un retour de la directive Bolkestein en matière de santé « par l'entrée de service<sup>67</sup> ». Dès lors, la Commission s'est employée à ne pas se focaliser sur cette dimension « service ». Il apparaît d'ailleurs que par rapport à des premières versions, un nettoyage a été effectué afin d'éliminer toute notion de « services de santé » du texte, ce détail étant, pour certains observateurs, un « signe politique clair que toute filiation directe entre cette proposition et la directive Bolkestein a été éliminée<sup>68</sup> ». La directive se concentre donc sur les « droits des patients dans les soins de santé transfrontières » et c'est souligné à la fois par son intitulé et les présentations qui en sont faites par les services de la Commission.

L'examen de l'objectif affiché par la directive dans son considérant 8 montre cependant qu'il dépasse la garantie de droits des patients ou même la mobilité des patients : « La présente directive a pour but d'établir un cadre général pour la



prestation de soins de santé transfrontaliers sûrs, efficaces et de qualité dans la Communauté, et de garantir la mobilité des patients et la libre prestation des soins... ». On voit déjà que la dimension de prestation de service est assez clairement présente, ce qui n'est pas toujours le cas dans ce texte, la Commission préférant parfois utiliser la référence moins connotée à la « liberté de circulation » alors qu'est clairement visée la libre prestation de service<sup>69</sup>. Mais la proposition précise aussi<sup>70</sup> que la notion de «soins de santé transfrontaliers» recouvre plusieurs modes de prestation de soins de santé : certes la « la mobilité des patients», mais aussi la prestation transfrontalière de soins de santé (fourniture d'un service depuis le territoire d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre), l'établissement d'un prestataire dans un autre État membre et, enfin, la mobilité des professionnels de la santé, lorsqu'ils se rendent temporairement dans l'État membre du patient pour fournir leurs services.

Il faut avouer que dans ses prises de position et ses présentations publiques, la Commission a tendance à ne se focaliser que sur la mobilité des patients et occulter toutes ces dimensions<sup>71</sup> qui montrent que l'objet est bel et bien...la prestation de service.

L'exposé des motifs admet d'ailleurs, presque subrepticement, que « garantir la liberté de fournir et d'obtenir des soins de santé transfrontaliers... est le but de cette directive<sup>72</sup> », mais un biais immédiat, déjà signalé, est trouvé : « veiller au respect des principes communs dans le domaine des soins de santé transfrontaliers est essentiel pour permettre la libre circulation des services de santé<sup>73</sup> ».

## 2) *L'occultation de l'emprise communautaire*

On peut aborder ce point sous deux angles, celui de la justification juridique de la compétence communautaire dans la proposition, et celui de la stratégie de la Commission.

### α) La justification juridique

La question des compétences respectives est résolue élégamment par quatre voies : une voie classique en termes de subsidiarité ; une référence à la proportionnalité de l'action européenne ; une voie à la rigueur assez flottante quant à la base juridique ; une voie, enfin, dans « l'air du temps » insistant sur une géométrie moins verticalisée des relations entre la Communauté et les États membres.

- Subsidiarité : le principe est doublement sollicité, de manière positive et négative. Positivement, la subsidiarité légitime l'initiative communautaire puisque son objet est d'assurer une clarté et une certitude de la législation communautaire, ce que, d'évidence ne peuvent faire efficacement les États membres de façon unilatérale. Négativement, la Commission relie à la problématique de la subsidiarité le principe énoncé à l'article 152 §5 (l'action communautaire respecte les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux), rappelant simplement que comme l'a confirmé la Cour<sup>74</sup>, cette disposition n'exclut toutefois pas la possibilité d'imposer aux États membres des adaptations de leurs régimes nationaux de soins de santé et de sécurité sociale, en vertu d'autres dispositions du traité, telles que l'article 49 CE, ou en vertu de mesures communautaires adoptées sur la base d'autres dispositions du

traité, cela ne devant pas s'analyser comme une atteinte aux pouvoirs souverains de l'État membre dans ce domaine.

- Proportionnalité : l'impression dominante est que le principe de proportionnalité est plus un argument pour convaincre les États membres qu'une contrainte pour l'action de la Communauté. La vérification opérée par la Commission lui donne en effet l'occasion d'insister une fois de plus sur le fait que la directive « fixe seulement des principes généraux établissant un cadre communautaire, mais laisse une grande marge de manœuvre aux États membres pour la mise en oeuvre de ces principes<sup>75</sup> ». La Commission note scrupuleusement que « cette proposition respecte pleinement les compétences des États membres en ce qui concerne l'organisation, le financement et la prestation des services de santé et des soins médicaux », ce qu'elle décline pour répondre à des discussions concrètes : la directive proposée ne modifie pas le droit des États membres de définir les prestations de soins de santé qu'ils décident de servir à leurs citoyens. Si un État membre n'inclut pas un traitement donné dans les droits de ses citoyens sur son territoire, le mécanisme prévu ne crée pas de nouveau droit permettant aux patients de bénéficier d'un tel traitement à l'étranger et d'obtenir un remboursement. En outre, la proposition n'entame en rien le droit des États membres de soumettre les prestations à certaines conditions, telles qu'une visite du patient chez le généraliste avant tout traitement chez un spécialiste.

- Base juridique : La proposition de directive repose sur l'article 95 du traité CE, c'est à dire qu'elle vise l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Dans l'exposé des motifs, la Commission précise cependant que le but est, certes, d'établir un cadre général pour la prestation de soins transfrontaliers sûrs, efficaces et de qualité dans l'Union européenne et de garantir la libre circulation des services de santé, mais qu'il s'agit aussi d'assurer un niveau élevé de protection de la santé, tout en respectant pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de prestation des services de santé et des soins médicaux. Cela permet à la Commission de conclure que l'objectif de cette proposition est donc totalement conforme aux exigences des articles 95 et 152 du traité. La Commission précise qu'il s'agit pour elle de permettre aux patients d'exercer leurs droits « tout en garantissant la compatibilité de ces soins de santé transfrontaliers avec les objectifs généraux des États membres en matière d'accessibilité, de qualité et de sécurité des soins de santé dispensés par leurs systèmes. La proposition veille notamment à ce que l'incidence des soins de santé transfrontaliers en vertu de cette proposition ne porte pas atteinte aux systèmes de santé et de sécurité sociale, qu'il s'agisse de l'incidence financière directe ou de l'incidence sur la planification et la gestion générales de ces systèmes ». D'où la conclusion lourdement soulignée : « la proposition jointe respecte le fait que les systèmes de santé relèvent de la compétence primaire des États membres et respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de prestation des services de santé et des soins médicaux, conformément à l'article 152 du traité CE ».

On peut relever ici cette référence constante à la « qualité et sécurité » des soins qui correspond désormais à un traditionnel support de la prise de compétence communautaire, que ce soit dans le cadre du marché intérieur, la « nouvelle approche » conduisant la Cour à se focaliser sur ces questions<sup>76</sup>, ou dans le domaine particulier des soins médicaux ou la compétence sanitaire communautaire (article 152 CE) voit sa logique d'ensemble (compétence d'appui, de complément) céder le pas à une intervention normative véritable de la Communauté spécialement pour adopter « des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des

organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang... ». Le traité de Lisbonne semble systématiser ce schéma, puisqu'il serait prévu dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que si la protection et l'amélioration de la santé humaine forme une compétence d'appui et de complément, en revanche, on se trouve dans une situation de compétence partagée, c'est à dire dans la situation générale des compétences de l'Union lorsque sont en cause des « enjeux communs de sécurité en matière de santé publique », certes déclinés limitativement dans la suite du traité à l'article 168 TFUE, où l'on retrouve les deux mesures vraiment normatives que peut prendre actuellement la Communauté au titre de l'article 152 (normes de qualité pour les organes, substances d'origine humaine, sang, dérivés du sang ; mesures vétérinaire et phytosanitaires visant directement la santé publique) et où s'ajoute la compétence pour adopter des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des médicaments et des dispositifs à usage médical. Même si l'on n'est pas encore dans un schéma de compétence générale de la Communauté, on voit bien que la « qualité et sécurité » est un vecteur privilégié pour appuyer la compétence normative européenne.

- Une « nouvelle gouvernance » du secteur des soins : là se situe peut-être la clé de l'ensemble de la démarche, c'est à dire ce qui permet à la Communauté de légiférer tout en rappelant à chaque occasion que la compétence des Etats quant à l'organisation et l'offre de services de santé et de soins médicaux n'est pas menacée. En particulier, ils décident des règles qui s'appliqueront au remboursement des patients et à la prestation des soins de santé. « La proposition jointe ne change rien à cet égard<sup>77</sup> » proclame la Commission, soulignant que « cette initiative n'entame en rien le libre choix des États membres quant aux règles applicables à une situation spécifique<sup>78</sup> ». « Les États membres seront soutenus dans la poursuite de leur objectif général d'accès universel aux soins de santé de qualité sur la base des principes d'équité et de solidarité, ce qui bénéficiera à tous les patients, qu'ils changent de pays ou non<sup>79</sup> ».

Ainsi, il s'agit d'une démarche pragmatique où la Communauté se borne à mettre à la disposition des Etats membres des moyens pratiques pour « permettre, en pratique, une application plus générale et efficace des droits découlant du marché intérieur et un exercice de ces droits qui soit compatible avec les objectifs généraux d'accessibilité, de qualité et de viabilité financière assignés aux systèmes de santé<sup>80</sup> ». L'objectif est donc pratique et « second » par rapport à l'intervention des Etats puisqu'il consiste simplement à « faciliter l'exercice du droit de fournir des services de santé et de bénéficier de tels services<sup>81</sup> ». On a là une illustration d'une nouvelle logique où les Etats membres doivent atteindre des résultats, la mission de la Communauté se bornant à les aider à coopérer en animant les réseaux qu'ils forment.

## β) La stratégie de la Commission

Au-delà de cette justification de la compétence communautaire, est perceptible une stratégie de la Commission pour occulter la possible entrave à la maîtrise proclamée des Etats membres sur leur système de santé et de remboursement de soins. Si l'on laisse de côté un systématique martelage rhétorique consistant à rappeler à toute occasion que la compétence des Etats membres n'est en rien menacée<sup>82</sup>, on peut identifier deux méthodes consistant à préférer à l'énumération d'obligations pour les Etats celle de « responsabilités » incombant aux Etats et de

droits appartenant aux particuliers (patients essentiellement même si d'autres, tels les professionnels du secteur, sont aussi visés).

- L'approche en termes de responsabilité des Etats membres : c'est une simple déclinaison logique de la référence, déjà signalée, aux « principes de fonctionnement communs à la Communauté tout entière » dont la Commission se plaît à rappeler qu'ils ont été admis par les Etats membres dans les conclusions précitées du Conseil. Premier temps de la déclinaison logique : les patients, les professionnels et les autorités responsables de la santé doivent pouvoir s'appuyer sur le respect de ces principes communs et sur des structures pour les mettre en oeuvre partout dans la Communauté<sup>83</sup>. Deuxième temps : il convient dès lors d'exiger que les autorités de l'Etat membre sur le territoire duquel les soins de santé sont dispensés soient responsables du respect de ces principes de fonctionnement<sup>84</sup>. Et après un chapitre de généralités, le chapitre 2 de la proposition est donc consacré à la définition de ce que sont ces responsabilités de l'Etat où sont dispensés les soins : notamment définir des normes claires de qualité et de sécurité applicables aux soins de santé dispensés sur leur territoire, veiller à ce que des mécanismes soient en place pour garantir que les prestataires de soins de santé sont en mesure de respecter ces normes, compte tenu de la science médicale internationale et des bonnes pratiques médicales généralement reconnues; contrôle régulier de l'application de ces normes par les prestataires de soins de santé ; veiller à l'information des patients par les prestataires de soins, garantir que les patients puissent porter plainte, obtenir réparation et être indemnisés lorsqu'ils subissent des préjudices dans le cadre des soins de santé qu'ils reçoivent, et qu'il n'y a aucune discrimination au regard des patients venant d'autres Etats membres<sup>85</sup>.

Cet accent sur l'Etat de traitement permet d'imposer un encadrement strict de la compétence des Etats membres sur leur système de santé tout en affichant un respect total des prérogatives de l'Etat d'affiliation.

- L'approche en termes de droits des patients. C'est une caractéristique majeure de la proposition, et l'intitulé même de la directive le prouve : directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Si, en tant que telle, cette caractéristique est significative d'une évolution majeure de l'approche communautaire de la santé publique<sup>86</sup>, elle est aussi un moyen évident de contourner le principe de l'entière compétence des Etats membres pour l'organisation de leur système de santé.

Ce n'est pas une totale nouveauté pour la Communauté. On retrouve depuis les années 70 des efforts, assez dispersés, pour établir un statut, ou une charte des droits du malade.

La première référence est une « Charte du malade usager de l'hôpital », adoptée par le Comité hospitalier de la CEE le 9 mai 1979.

Mais la référence la plus importante reste une résolution du Parlement européen du 19 janvier 1984 relative à une « charte européenne des droits des patients », prévoyant le droit aux soins, et même le « droit à la santé », c'est à dire au meilleur traitement médical, à l'information, au secret médical ....

Le Parlement européen a poursuivi cet effort avec des chartes de droits concernant des catégories particulières de patients : résolution du 13 mai 1986 sur une charte européenne des enfants hospitalisés, résolution du 8 juillet 1988 sur une

charte des droits de la parturiente, résolution du 14 décembre 1995 sur les droits des handicapés.

Au-delà de ce que peut inspirer le contenu de ces chartes (classique, ne prenant pas en compte la bioéthique, faible sur les « devoirs » des malades...), il faut reconnaître qu'il ne s'agit que de droit déclaratoire, à faible charge juridique .

Pendant longtemps, la solution envisagée a été, ici comme plus généralement pour les droits fondamentaux, d'appuyer la promotion communautaire des droits sur les travaux du Conseil de l'Europe ; c'est alors du droit international et non du droit communautaire mais on doit signaler, par exemple, que la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 19 novembre 1996 a donné lieu à une participation active de la Communauté pour élaborer le texte, texte qui, d'ailleurs<sup>87</sup> envisage l'adhésion de la Communauté.

En revanche, désormais, c'est la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui constitue le socle de toute initiative en ce domaine. Cette Charte, qui peine à se voir reconnaître un statut de droit positif<sup>88</sup>, contient à l'article 35 une série de droits individuels en matière médicale et la proposition de directive de la Commission s'appuie largement sur cette Charte.

Mais plus fondamentalement, il convient de se rendre compte que le droit communautaire fait classiquement appel aux droits des particuliers pour imposer son emprise aux Etats membres. C'est même une de ses originalités les plus significatives que d'avoir vocation à conférer directement des droits aux particuliers, et cet effet direct est clairement conçu comme un moyen d'imposer aux Etats membres le respect des obligations découlant du droit communautaire : « la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace qui s'ajoute à celui » que permet le recours en manquement<sup>89</sup>. On peut ajouter que la Cour estime depuis longtemps que des droits découlent directement pour les particuliers de l'article 49 du traité consacrant le principe de libre prestation de service<sup>90</sup>.

Au-delà de cet apport juridique, ces droits des particuliers dans des domaines tels que celui des soins de santé constitue pour la Communauté un moyen de dépasser sa vocation économique première et d'investir un champ plus politique.

#### *b) Codification*

Il est évident que cet objectif de codification de la jurisprudence de la Cour, incontournable depuis 2003 dans toutes les réflexions sur la situation résultant de la jurisprudence de la Cour, est présent dans l'actuelle proposition. Pour autant, la communication de présentation n'évoque pas du tout la chose, le terme n'étant jamais cité, et la seule référence à cette codification des arrêts de la Cour dans la proposition elle-même consiste, dans l'exposé des motifs, à rappeler que la proposition de directive services avait eu cet objectif.

Dès lors, l'exposé des motifs et les considérants de la proposition font abondamment référence à la jurisprudence de la Cour mais pas sous l'angle exact de la codification, l'expression la plus souvent utilisée étant que la proposition est rédigée « à la lumière de la jurisprudence de la Cour » ou « eu égard » à la jurisprudence de la Cour.

La plupart des 30 références à la Cour dans la proposition correspondent à de simples rappels indicatifs de ce qu'a « affirmé », « reconnu », « admis »,

« confirmé », « précisé » ou « jugé » la Cour sans établir de fonction précise de la directive par rapport à la jurisprudence.

Cette fonction et des liens apparaissent cependant incidemment, et l'important consiste ici à considérer que la jurisprudence repose sur certains « principes » ; la directive indique alors mettre en place un mécanisme fondé, entre autres, sur « les principes qui sous-tendent les décisions de la Cour », certains de ses éléments étant, ailleurs, proposés « conformément aux principes établis par la Cour de justice ».

Outre cette cohérence du point de vue des principes, on peut aller plus loin et découvrir que la directive a pour objectif de permettre en pratique une application « plus générale et efficace » des droits découlant du marché intérieur, ou, ailleurs, des « principes établis au cas par cas par la Cour de justice ». Une illustration est explicitée quant à cette efficacité pratique lorsque la Commission précise qu'il ne s'agit pas là de clarifier les arrêts de la Cour mais, par exemple, de répondre à des divergences d'interprétation, entre les Etats membres, à propos des principes de libre circulation des services de santé établis par la Cour de justice. De son côté, la communication révèle pourtant une autre fonction : « le principal objectif du cadre juridique proposé est...de clarifier les principes énoncés par la Cour de justice<sup>91</sup> ».

En somme, il n'y a pas là formellement une « codification » mais une action normative reposant sur des principes définis par la jurisprudence et améliorant l'application pratique et la portée de ces principes, éventuellement en les clarifiant. Sans aller jusqu'à « anticiper » les problèmes comme cela avait pu être revendiqué en tant que vocation du législateur, c'est quand même une façon de ne pas se limiter à un rôle second d'enregistrement par rapport au juge.

Sans entrer dans le détail du cadre proposé pour les soins de santé dispensés dans un autre Etat membre, on peut relever que de manière générale, il est prévu que les coûts de tels soins sont remboursés par l'Etat d'affiliation à hauteur des coûts qui auraient été pris en charge si des soins de santé identiques ou similaires avaient été dispensés dans cet Etat, sans que le remboursement excède les coûts réels des soins de santé reçus. Il est également admis que l'Etat d'affiliation puisse imposer à un patient désireux de bénéficier de soins de santé dispensés dans un autre Etat membre les mêmes conditions, critères d'admissibilité et formalités réglementaires et administratives afférentes aux soins et au remboursement de leurs coûts que ceux qu'il imposerait si des soins de santé identiques ou similaires étaient dispensés sur son territoire, dans la mesure où ils ne constituent pas une discrimination ou une entrave à la libre circulation des personnes.

Pour les soins non hospitaliers, il est clairement indiqué que l'Etat membre d'affiliation ne soumet pas le remboursement des coûts de ces soins dispensés dans un autre Etat membre à une autorisation préalable.

En revanche l'Etat d'affiliation peut prévoir un système d'autorisation préalable pour la prise en charge, par son système de sécurité sociale, du coût de soins hospitaliers reçus dans un autre Etat membre. Il y a cependant deux conditions : si le traitement avait été dispensé sur son territoire, les coûts y afférents auraient été pris en charge par son système de sécurité sociale; et le but du système est de gérer le flux sortant de patients résultant de l'application de cette disposition de la directive et d'éviter que celle-ci porte ou soit susceptible de porter une atteinte grave à l'équilibre financier de son système de sécurité sociale et/ou à la planification et à la rationalisation mises en place dans le secteur hospitalier dans le but d'éviter toute surcapacité hospitalière, tout déséquilibre dans l'offre de soins hospitaliers et tout

gaspillage logistique et financier, au maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous ou au maintien de la capacité de traitement ou des compétences médicales sur son territoire.

Il est précisé également que ce système d'autorisation préalable se limite à ce qui est nécessaire et proportionné pour éviter de tels effets et ne doit pas constituer un moyen de discrimination arbitraire.

L'évolution par rapport à de précédentes versions de la proposition a été diversement accueillie : elle a été considérée comme « affaiblie<sup>92</sup> » par rapport à ces versions antérieures. Il est vrai que dans certaines de ces premières ébauches, les patients n'avaient pas besoin d'une autorisation préalable de leurs systèmes nationaux, que ce soit pour les soins hospitaliers ou non hospitaliers, ou elle était présentée comme vraiment exceptionnelle. Cependant, la Commission a senti qu'une telle position ne pourrait pas obtenir le soutien nécessaire au Parlement européen ou au Conseil pour être adoptée. Certaines réactions d'Etats membres ont d'ailleurs salué cette « amélioration » consistant à confirmer leur droit d'établir un système d'autorisation préalable pour les soins hospitaliers.

On a pu noter que par rapport au précédent texte, l'autorisation préalable devient un peu plus un principe qu'une exception<sup>93</sup>, d'autant que la définition des soins hospitaliers est large et comprend des actes qui seraient sans doute qualifiés de « non hospitaliers » par la Cour de justice mais qui, notamment du fait de leur caractère coûteux, peuvent donner lieu à autorisation préalable.

D'autres, cependant, sont plus sensibles au conditionnement de l'existence même de l'autorisation préalable, y compris pour les soins hospitaliers<sup>94</sup>.

### c) Clarification

C'était une critique adressée en son temps à la tentative de codification de la directive Bolkestein : réaliser une forme de codification sans aucune clarification. La clarification, la résorption des incertitudes, ambiguïtés, interprétations divergentes, fait, en revanche, partie des objectifs de la présente proposition. Pour l'essentiel, le problème tient à la définition des soins hospitaliers. L'exposé des motifs de la proposition relève que les éléments constitutifs des soins hospitaliers ne font l'objet d'aucune définition cohérente dans les différents systèmes de santé de la Communauté alors même que c'est un critère important pour comprendre les analyses de la Cour. Il est donc considéré comme nécessaire d'arrêter une « définition communautaire minimale » de la notion de «soins hospitaliers». Celle-ci, présente à l'article 8 de la proposition, comprend deux types de soins. Il y a d'abord les «soins en régime hospitalier» au sens strict (à savoir un traitement qui nécessite un séjour d'au moins une nuit dans un hôpital ou une clinique). Mais sont aussi considérés comme «soins hospitaliers» certains types de traitement ne correspondant pas à un traitement hospitalier, notamment ceux qui nécessitent le recours à des infrastructures ou à des équipements médicaux hautement spécialisés et coûteux ou qui sont associés à des traitements exposant le patient ou la population à un risque particulier. Au delà de cette définition « en compréhension », une définition « en extension » est prévue pour cette deuxième catégorie de soins « spécialisés ou à risque » assimilés aux soins hospitaliers, avec l'établissement et la mise à jour régulière d'une liste par la Commission, qui le fera selon la procédure de comitologie dite de « réglementation avec contrôle ».

Les critiques sont ici variées, certains Etats membres entendant se réserver le soin de définir les soins hospitaliers et critiquant l'emprise de la Commission sur cette définition.

Plus largement, ces difficultés sur la définition des soins hospitaliers comme le conditionnement assez composite de l'autorisation préalable laissent sceptiques certains observateurs sur la « clarification ». Ainsi, le directeur exécutif de la Fédération européenne des hôpitaux et des soins de santé (HOPE<sup>95</sup>) a pu exprimer l'opinion que cette proposition ne mettrait pas un terme aux actions en justice et qu'au contraire, elle pourrait entraîner une augmentation des différents types de recours en justice.

De même, il a pu globalement être considéré que la proposition laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats membres pour établir ou rétablir une autorisation préalable sur certains soins et qu'il semble délicat d'établir clairement ce que sont finalement les droits exacts du patient. La directive est donc parfois considérée comme apportant davantage de confusion que de clarté<sup>96</sup>.

#### *d) Coordination*

C'est un point important : l'incertitude juridique est venue de la dualité de dispositifs résultant du droit communautaire pour obtenir la prise en charge du coût des soins dispensés dans un autre Etat membre que celui d'affiliation : le dispositif résultant de la coordination des régimes de sécurité sociale et celui révélé par la Cour et reposant sur le principe de libre prestation de service. On aurait pu s'attendre à ce que la résolution du problème aboutisse à une unification des voies juridiques. Il n'en est rien. La proposition admet la dualité entre la coordination en matière de sécurité sociale et le nouveau cadre juridique reposant sur la directive. Elle présente même de façon radicale cette dualité, distinguant la situation où les « soins sont dispensés dans le cadre des dispositions sur la coordination des régimes de sécurité sociale » et celle où cela se fait « en application des droits supplémentaires liés à la libre circulation<sup>97</sup> ». La communication confirme que le système reposant sur la coordination de sécurité sociale « n'est pas modifié ». Cette proposition apporte ... des possibilités supplémentaires en matière de soins de santé transfrontaliers, en réponse à des affaires dont des citoyens ont eux-mêmes saisi la Cour, amenant celle-ci à établir une jurisprudence en la matière. Il importe de souligner que les droits découlant de cette jurisprudence ne se substituent pas aux droits existant en vertu des cadres nationaux ou du règlement (CEE) n° 1408/71, mais qu'ils constituent des droits supplémentaires pouvant être exercés par les citoyens<sup>98</sup> ».

Toute la cohérence recherchée résulte alors d'une coordination subtile entre les deux voies : là où il y avait une situation « supplémentaire », il y aura désormais un cadre « complémentaire » : la Commission prend acte du mécanisme instauré par les règlements sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et affirme nettement que « ce mécanisme... restera en place ». La nouvelle directive sur les soins de santé transfrontaliers mettra en œuvre « un mécanisme complémentaire basé sur les principes liés à la libre circulation et sur les principes qui sous-tendent les décisions de la Cour de justice<sup>99</sup> ».

Cette cohérence prend plusieurs formes. On a parfois l'impression qu'il s'agit simplement d'une alternative : « Les deux systèmes sont... cohérents pour le patient; soit c'est la présente directive qui s'applique, soit c'est le règlement (CEE) n° 1408/71<sup>100</sup> » mais on découvre également une possible articulation plus



sophistiquée : « le règlement (CEE) n° 1408/71 demeurera... l'instrument général et le «filet de sécurité» garantissant que tout patient ne pouvant accéder dans un délai raisonnable à des soins de santé dans son propre pays sera autorisé à en bénéficier dans un autre État membre<sup>101</sup> ».

Dans les deux cas on peut rester perplexe ou sceptique. En ce qui concerne la simplicité de l'alternative, elle ne correspond pas tout à fait à une réalité qui voit, on l'a dit, parfois les deux mécanismes utilisés par un même patient. Quant au règlement de sécurité sociale en tant qu'instrument général, il y a là une vision assez différente de celle qu'exprime la Cour de justice quand elle explique que le principe de base est ici celui de prestation de service, le mécanisme de coordination des régimes de sécurité sociale étant là pour aider, faciliter la réalisation de cet objectif principal : l'article 22 du règlement 1408/71 « contribue ...à faciliter la libre circulation des assurés sociaux et, dans la même mesure, la prestation de services médicaux transfrontaliers entre les États membres<sup>102</sup> ».

#### e) Coopération

Déjà dans le cadre unique du règlement de sécurité sociale, en présence d'une difficulté d'application concrète, la Cour de justice avait identifié comme recours pratique une obligation de coopération entre les autorités des Etats membres, assise sur le fondement général de l'article 10 CE et sur la déclinaison particulière et partielle de l'article 84 du règlement 1408/71 (pour l'essentiel, communication d'informations, prêt réciproque de leurs « bons offices », de façon à ce que ces autorités assurent une application correcte des dispositions concernées et le plein respect des droits que ces dernières confèrent)<sup>103</sup>. Mais une chose est, pour le juge, de dénoncer une absence de coopération que la conscience de l'appartenance à la Communauté aurait dû secréter, démarche assez intellectuelle il faut en convenir, et une autre est d'organiser dans un texte impératif des procédures et des structures de coopération concrète.

Dès lors, dans un contexte compliqué par la dualité des voies juridiques disponibles, le recours à cette coopération apparaissait comme encore plus opportun et, comme on l'a signalé, certains avaient regretté que certains instruments prévus de manière générale par la directive Bolkestein ne puissent être sollicités.

La proposition actuelle, dans cette logique, se caractérise par un large recours aux instruments de coopération.

Un des trois éléments du cadre communautaire pour les soins de santé transfrontaliers est donc constitué par une « coopération européenne en matière de soins de santé », cette logique apparaissant même comme un objectif tout à fait essentiel permettant à la Commission de ménager les prérogatives des Etats membres, notamment dans l'exposé des motifs de la proposition où elle tient, on l'a signalé, à «souligner que cette initiative n'entame en rien le libre choix des États membres quant aux règles applicables à une situation spécifique. Ce cadre est plutôt conçu pour faciliter la coopération européenne en matière de soins de santé<sup>104</sup> ». La conclusion même de la communication se situe dans le même registre : « Le présent soutien communautaire relève donc essentiellement de la coopération et de l'apprentissage mutuel<sup>105</sup> ». Autrement dit, il ne serait pas sans fondement de considérer que l'un des apports essentiels de la proposition consiste à structurer cette coopération si nécessaire et si peu sujette à controverse.

De ce point de vue là, la « coopération en matière de soins de santé » prévue et organisée par le chapitre 4 de la proposition repose sur un « devoir de coopération » assez maladroitement formulé, composé d'une obligation d'assistance mutuelle des États membres nécessaire à la mise en oeuvre de la directive, ce qui est redondant par rapport à l'obligation générale formulée à l'article 10 CE (et même au regard de la portée juridique d'une directive), et d'une obligation plus large (mais assez confuse) de ces États membres de faciliter la coopération « en ce qui concerne la prestation de soins de santé transfrontaliers aux niveaux régional et local et au moyen des technologies de l'information et de la communication et pour ce qui est des soins de santé transfrontaliers dispensés à titre provisoire ou ponctuel, ainsi que d'autres formes de coopération transfrontalière<sup>106</sup> ».

Sont ensuite présentés les domaines ou instruments particuliers de cette coopération, qui n'est pas réductible à une coopération administrative. Il s'agit de toutes les coopérations qui pourront, par des économies d'échelle, apporter une plus-value aux systèmes de santé des États membres. Même si cela reste à vraiment organiser, c'est là un mérite de la réglementation par rapport à la jurisprudence : celle-ci ne peut que condamner pour un défaut de coopération et renvoyer aux dispositifs ou aux dispositions générales existantes quand celle-là peut construire un véritable système de coopération. En l'occurrence, ce système comprend cinq composantes.

- La reconnaissance des prescriptions établies dans un autre État membre

Ce n'est pas une totale nouveauté, le Conseil ayant déjà adopté une résolution le 20 décembre 1995<sup>107</sup> sur la reconnaissance mutuelle dans les États membres de la validité des ordonnances médicales. Mais rien d'effectif n'avait été organisé. Là, l'idée est que désormais la réglementation européenne sur les médicaments est suffisamment harmonisée en matière de normes de qualité, de sécurité et d'efficacité pour qu'il semble « possible », « en principe », de dispenser dans un État membre des médicaments prescrits dans un autre État membre, par une personne autorisée à un patient donné, pour autant que l'authenticité et la teneur de la prescription ne puissent être mises en doute. Cette présentation dans l'exposé des motifs de la proposition reste prudente et la directive renvoie aux États membres le soin de veiller à cette reconnaissance des prescriptions, la Commission devant prendre des « mesures particulières » pour les y aider : dans la gamme de la comitologie, la procédure de réglementation sera utilisée pour adopter des mesures permettant de vérifier l'authenticité de la prescription et l'identité de la personne autorisée qui l'a délivrée (la directive évoque un modèle de prescription communautaire et l'interopérabilité des prescriptions électroniques), et des mesures permettant d'identifier le médicament en cause et de garantir la qualité de l'information pour les patients. La procédure de réglementation avec contrôle permettra à la Commission d'exclure certaines catégories de médicaments de cette reconnaissance des prescriptions.

- La coopération par les Réseaux européens de référence

Il s'agirait de mettre en réseau des centres de référence qui devraient dispenser des soins de santé à des patients présentant un état pathologique qui requiert une concentration particulière de ressources ou de compétences, en vue de fournir des soins efficaces et de qualité à un coût abordable. Ces réseaux de prestataires de

soins pourraient également constituer des centres de liaison en matière de formation et de recherche médicale mais semblent avoir une fonction plus importante, la proposition<sup>108</sup> leur donnant pour objectif d' « établir des normes de qualité et de sécurité » et de « contribuer à la définition et à la diffusion de bonnes pratiques à l'intérieur et à l'extérieur du réseau ». Il y a là une fonction quasi réglementaire et un rôle de gouvernance de la santé qui peut surprendre ou troubler.

Les Etats membres doivent faciliter la création de tels réseaux, la Commission définissant la procédure de création et déterminant les critères à réunir à la fois pour les réseaux et pour entrer dans un réseau. Le groupe de haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux ayant déjà établi les conditions générales et les critères que devront respecter les réseaux européens de référence, il devrait suffire de détailler ces conditions et critères dans des modalités d'exécution tenant compte des résultats des projets pilotes actuels.

- La coopération dans le domaine de la gestion des nouvelles technologies de la santé

Les États membres devront aussi faciliter la création et le fonctionnement d'un réseau regroupant les autorités ou organes nationaux chargés de l'évaluation des technologies de la santé. Il s'agira de favoriser la coopération entre ces autorités ou organes nationaux mais aussi de favoriser la fourniture en temps utile d'informations objectives, fiables, transparentes et transférables sur l'efficacité à court et à long terme des technologies de la santé et de permettre l'échange efficace de ces informations entre les autorités ou organes nationaux.

La définition de critères communs en vue de la création d'une base de données factuelles commune au niveau européen favorisera la diffusion des bonnes pratiques, évitera les doubles emplois au niveau des ressources et facilitera l'élaboration de dossiers d'information de référence communs et la mise au point de techniques communes pouvant ensuite être exploités par les États membres pour les aider à utiliser au mieux les nouvelles technologies, thérapies et techniques. Les Etats, ici, se bornent à désigner les organes concernés et c'est la Commission qui, selon la procédure de réglementation, arrêtera les mesures nécessaires à la création et à la gestion de ce réseau, en précisant la nature et le type des informations à échanger.

- La «santé en ligne» ou «prestation de services transfrontalière»

La Commission a fait le constat de l'existence de difficultés particulières pour ce qui est d'assurer la compatibilité, c'est-à-dire l'«interopérabilité», des différentes technologies de l'information et de la communication (TIC) utilisées par les systèmes de santé des États membres qui sont sensiblement différentes, voire incompatibles, à la fois dans leur format et quant aux normes appliquées. La conclusion de la Commission est qu'il y a lieu de soumettre cette matière à une harmonisation communautaire en vue de parvenir à l'interopérabilité des TIC appliquées dans les différents États membres. Pour autant, la directive n'oblige pas les Etats membres à créer de tels services en ligne mais vise à garantir leur interopérabilité dès lors que les États membres choisissent d'en mettre en place, la Commission adoptant en vertu de la procédure de réglementation les mesures nécessaires.

- Mise en commun des données statistiques

Selon la même procédure de comitologie, la Commission devra organiser l'obligation des Etats membres de lui transmettre, au moins chaque année, les données statistiques et d'autres données supplémentaires requises à des fins de suivi concernant la prestation de soins de santé transfrontaliers, les soins dispensés, les prestataires et les patients, les coûts et les résultats, données qu'ils recueillent dans le cadre de leurs systèmes généraux de collecte de données sur les soins de santé, conformément à la législation nationale et communautaire relative à la production de statistiques et à la protection des données à caractère personnel.

On ne peut que souligner l'importance du rôle que prendra la Commission dans la détermination des contours de ces diverses « coopérations ».

Malgré l'ensemble de ces dispositifs et réseaux destinés à rationaliser, réaliser des économies d'échelle et apporter, donc, la fameuse « plus-value » communautaire aux services nationaux de santé, les perspectives pratiques de cette directive sont généralement jugées avec inquiétude par les observateurs professionnels, quasiment unanimes à craindre « de nouvelles charges administratives<sup>109</sup> », des « montagnes de paperasse et de bureaucratie<sup>110</sup> » pour les services de santé, un « fardeau administratif et des dépenses supplémentaires<sup>111</sup> », ou une « complication des procédures ...(pouvant) avoir de graves conséquences pour l'organisation, le financement et l'administration de soins de santé dans l'Union européenne<sup>112</sup> ».

La proposition si laborieusement élaborée semble avoir mis toutes les chances de son côté par ses multiples dispositifs habiles destinés à dévier des critiques qui ne vont cependant pas manquer de lui être adressées. Elle doit aussi affronter un calendrier d'ores et déjà difficile. On peut estimer la première lecture au Parlement au printemps 2009 mais ce ne sera que la première ...première lecture puisqu'il faudra tout recommencer, avec d'autres rapporteurs, devant le nouveau Parlement européen qui sortira du scrutin de juin 2009. La jurisprudence de la Cour sera encore longtemps la seule à progresser...et reprendra de l'avance sur sa « codification ». Le législateur communautaire, tel Sisyphe, devra-t-il alors tout recommencer ?

Bibliographie :

**N. De Grove-Valdeyron** : « Santé publique », Rép. Communautaire Dalloz, août 2006.

**F. Kessler et J-P Lhernould** : l'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la prestation de service, RDS, n°7-8/2002, p. 757

**J-Ph. Lhernould** : La libre circulation du patient en Europe, LPA, 16 juin 2008 n°120 p5.

**P. Mavridis** : La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ? », LPA, 13 juin 2008 n° 119, p. 4

**P. Nihoul et A-C Simon** : l'Europe et les soins de santé, LGDJ 2005

**F. Picod** : le champ d'application de la directive 2006/123 CE, Europe n°6/2007, Dossier, n°8

**R. Ries** : Rapport d'information n° 186 (2006-2007) , fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 30 janvier 2007 au Sénat.

**A.-C. Simon** : L'accès aux soins de santé transfrontaliers dans l'Union européenne. La proposition Bolkestein consacre-t-elle la jurisprudence de la Cour de justice ?, JTDE, janvier 2005

---

<sup>1</sup> Institut de recherche en droit européen international et comparé

<sup>2</sup> D'abord pour les soins ambulatoires (CJCE 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, Rec., I-1931 ; 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, I-1831), puis pour les soins hospitaliers : CJCE 12 juillet 2001, *Smits-Geraets* (aff. C-157/99, Rec., I-5473) et *Vanbraekel* (aff. C-368/98, Rec., I-5363), y compris les établissements privés (CJCE 19 avril 2007, *Aikaterini Stamatelaki*, aff. C-444/05, Rec., I-3185), et même que pour des soins dispensés dans un Etat tiers (CJCE 12 avril 2005, aff. C- 145/03, *Keller*, Rec., I-2529). La Cour a progressivement réalisé un encadrement de l'autonomie coordonnée des Etats membres, définissant les règles d'utilisation de l'autorisation préalable, sans vouloir prendre en considération les particularité des systèmes nationaux, par exemple le système national de santé du Royaume-Uni (NHS) qui prévoit la gratuité des soins hospitaliers prodigués (CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff.372/04, Rec., I-4325). La Cour a également déterminé de plus en plus précisément le régime de prise en charge du coût des soins, établissant une véritable garantie de la meilleure prise en charge (arrêt du 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, aff. C-368/98, précité) et se prononçant même sur la prise en charge des frais accessoires (18 mars 2004, *Leichtle*, aff. C-8/02, Rec., I-2641 ; arrêt *Watts*, précité, du 16 mai 2006 et arrêt du 15 juin 2006, *Acereda Herrera*, aff. C-466/04, Rec., I- 5341).

<sup>3</sup> On trouve parmi les Etats membres à la fois des régimes d'assurance maladie obligatoire (système bismarckien) financés par la perception de cotisations sociales, avec soit un système de remboursement des soins dispensés par n'importe quel prestataire (Luxembourg, Belgique, France...), soit un système de prestations en nature où la gratuité est prévue auprès de prestataires conventionnés (Pays-Bas, Autriche, Allemagne...), et des systèmes nationaux de santé (système beveridgien) financés par des recettes fiscales et ouverts gratuitement à tous les résidents (Royaume-Uni, Irlande, Espagne, Italie, Portugal, Grèce, Danemark, Finlande, Suède...).

<sup>4</sup> Article 168§7 TFUE

<sup>5</sup> « Nous risquons l'explosion (...) ; il faut tuer le mal dans l'oeuf » déclarait, à propos de l'arrêt *Kohll* un ministre allemand (Interview accordée à l'hebdomadaire *Der Spiegel*, n° 19 du 4 mai 1998 ; traduction dans la revue *Espace social européen*, 15-21 mai 1998).

<sup>6</sup> Règlement du 14 juin 1971, cf. sa version consolidée, *JOCE L* 28 du 30 janvier 1997, p.1.

<sup>7</sup> aff. C-56/01, Rec., I-12403.

<sup>8</sup> En France, pour faire face à cette complexité, la CNAMTS a d'ailleurs décidé de centraliser, à la caisse primaire de Vannes, le traitement des dossiers relatifs à des soins dispensés à l'étranger.

<sup>9</sup> Certains vont plus loin : « L'actuelle rédaction pose des conditions strictes, ce qui permet aux organismes de sécurité sociale de refuser aisément les demandes d'autorisation pour se faire soigner à l'étranger. Ces organismes disposent en fait d'un large pouvoir discrétionnaire qui aboutit à ce que toute demande d'autorisation soit quasi-automatiquement rejetée. Il suffit en effet à ces organismes d'indiquer que « le traitement est possible » dans un délai raisonnable dans le pays d'affiliation pour refuser l'autorisation » : P. Mavridis, « La libre circulation des patients : la boucle est-elle bouclée ? », LPA, 13 juin 2008 n° 119, p. 4

<sup>10</sup> Rapport d'information n° 186 (2006-2007) de M. Roland RIES, fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 30 janvier 2007.

<sup>11</sup> P. Mavridis, article précité, p.5

<sup>12</sup> *ibid.*

<sup>13</sup> La Cour a même admis que deux dispositifs juridiques permettent aux Etats membres de déroger à la logique libérale dominante dérivée du principe de libre prestation de service : par exemple, dans son arrêt du 12 juillet 2001, *Vanbraekel* (précité), elle indique qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général. Elle considère aussi que l'objectif de maintien d'un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous peut s'appuyer sur les dérogations « pour des raisons de santé publique » à la libre prestation de service admises par le traité lui-même (articles 46 et 55 CE).

<sup>14</sup> CJCE 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, Rec., 5365.

<sup>15</sup> CJCE 26 avril 1988, *Bond Van Adverteers*, aff. 352/85, Rec., 2085, point 16 et 11 avril 2000, *Deliège*, aff. C-51/96 et C-191/97, Rec., I-2549, point 56.

<sup>16</sup> F. Kessler et J-P Lhernould : l'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la prestation de service, RDS, n°7-8/2002, p. 757.

<sup>17</sup> Rapport A6-0173/2007 du 10 mai 2007 (Rapport Vergnaud), point 15 de l'exposé des motifs.

<sup>18</sup> COM(2008) 414.

<sup>19</sup> Considérant 6

<sup>20</sup> Par exemple, en France, Décret n° 2005-386 du 19 avril 2005 sur la prise en charge des soins programmés reçus hors de France. Le système allemand a été réformé en 2004, le système néerlandais en 2006. Le système national de santé britannique a subi également une réforme à partir de 2007 qui s'étale sur 10 ans. Sur une partie de cette question, cf. le document Sec(2003) 900 du 28 juillet 2003 sur la mise en œuvre par les Etats membres de la jurisprudence de la Cour.

<sup>21</sup> COM (2004) 301 du 20 avril 2004.

<sup>22</sup> Le groupe de haut niveau, qui réunit des experts de tous les États membres, a commencé ses travaux en juillet 2004. Il est chargé d'étudier les aspects pratiques de la collaboration entre les systèmes de santé nationaux et l'Union européenne. Des observateurs des États membres de l'EEE/AELE et des représentants de la société civile ont également pris part aux travaux de ce groupe.

<sup>23</sup> JOUE L166 du 30 avril 2004.

<sup>24</sup> CJCE, 16 mars 1978, *Pierik I*, aff. 117/77, Rec., 825 ; 31 mai 1979, *Pierik II*, aff. 182/78, Rec., 1977.

<sup>25</sup> COM(98) 779 du 21 décembre 1998.

<sup>26</sup> Article 20.

<sup>27</sup> La faveur pour le critère médical, sur un autre plan (soins imprévus) mais toujours pour la mobilité des patients, se retrouve dans une autre réforme de la même période : le Règlement (CE) n° 631/ 2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 modifiant les règlements 1408/71 et 574/02 (JOUE L 100, du 6 avril 2004) autorise la prise en charge des « prestations en nature nécessaires du point de vue médical au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat membre compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour » (art 22§1a). Seuls les soins urgents étaient initialement visés, ce qui constitue un élargissement considérable. Cette réforme permet à la réglementation de rejoindre la jurisprudence de la Cour (CJCE, 25 février 2003, *IKA c/loannidis*, aff C-326/00, Rec. I-1703)

<sup>28</sup> CJCE 13 mai 2003, *Müller Fauré et van Riet*, aff. C- 385/99, Rec., I-4509, point 90 ; Arrêt *Inizan* (précité), point 46

<sup>29</sup> COM(2006)0016.

<sup>30</sup> Arrêt précité.

<sup>31</sup> Résolution législative du 9 juillet 2008.T-6-0348/2008.

<sup>32</sup> Les États membres à l'unanimité se sont accordés récemment pour accepter cette proposition (Document du Conseil du 22 mai 2007, aff. 9752/07, Soc. 213 Codec 540).

<sup>33</sup> Cf spécialement l'arrêt *Watts*, précité, point 143.

<sup>34</sup> COM (2004) 2 du 13 janvier 2004.

<sup>35</sup> Et sans chercher à rendre compte de manière détaillé et point par point d'une codification qui n'a finalement pas eu lieu.

<sup>36</sup> Rapport Ries, précité.

<sup>37</sup> « Soins médicaux qui ne peuvent être délivrés qu'au sein d'une structure médicale et qui nécessitent, en principe, l'hébergement de la personne qui les reçoit au sein de cette structure ».

<sup>38</sup> C'est le 22 novembre 2005 que la commission du marché intérieur du Parlement a décidé d'exclure les soins de santé du champ de la directive services.

<sup>39</sup> Rapport (précité) A6-0173/2007 du 10 mai 2007.

<sup>40</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur JOUE L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

<sup>41</sup> 118, pour 46 articles.

<sup>42</sup> cf. F. Picod, le champ d'application de la directive 2006/123 CE, Europe n°6/2007, Dossier, n°8.

<sup>43</sup> La Commission avait suggéré dans son livre blanc de 2004 sur les services d'intérêt général (COM2004374 du 12 mai 2004) la notion inédite et synthétique de SSSIG (services sociaux et de santé d'intérêt général).

<sup>44</sup> cf. S. Rodrigues, Commentaire, Europe n°6/2007, Dossier, n°9.

<sup>45</sup> Rapport précité du 10 mai 2007, spéc. p.71.

<sup>46</sup> Amendement 172, déposé par le parlementaire libéral danois Toine Manders.

<sup>47</sup> Résolution 2006/2275 (INI) du 23 mai 2007.

<sup>48</sup> Il est vrai que le Parti socialiste européen comme le parti populaire européen avaient un accord sur le principe de cette exclusion.

---

<sup>49</sup> Cf. COM(2004)304 du 20 avril 2004 : « Moderniser la protection sociale par le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables : un appui aux stratégies nationales par la méthode ouverte de coordination ».

<sup>50</sup> Arrêt précité du 16 mai 2006.

<sup>51</sup> Communication de la Commission du 26 septembre 2006 intitulée « Consultation concernant une action communautaire dans le domaine des services de santé » (SEC(2006) 1195/4). La consultation a donné lieu à la publication d'une synthèse des 280 réponses reçues ( Document de la Commission intitulé « Rapport de synthèse des réponses à la consultation concernant une action communautaire dans le domaine des services de santé » (2007)). Parmi les sources d'inspiration des initiatives communautaires, on peut aussi indiquer des études réalisées par des experts indépendants, notamment Wismar M., Palm W., Figueras J., Ernst K. et Van Ginneken E., « Cross-Border Healthcare: Mapping and Analysing Health Systems Diversity », Observatoire européen des systèmes et des politiques de santé, 2007.

<sup>52</sup> A6-0129/2005 final.

<sup>53</sup> B6-0098/2007.

<sup>54</sup> Spécialement le Royaume-Uni, le Danemark, l'Espagne ou la Slovaquie.

<sup>55</sup> Parti Populaire Européen.

<sup>56</sup> La confusion d'ensemble a été confortée par le fait que la presse était complètement dépassée par ces péripéties et que certains quotidiens annonçaient régulièrement que la proposition avait été enfin adoptée.

<sup>57</sup> Péripétie qui n'a rien arrangé, la Chypriote Androulla Vassiliou a dû succéder au commissaire Kyprianou, l'approche de son cabinet ne changeant cependant pas par rapport à celle de son prédécesseur.

<sup>58</sup> Ce paquet se compose de 19 initiatives dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, de l'éducation et de la jeunesse, de la santé, de la société de l'information et des affaires économiques.

<sup>59</sup> COM(2008) 414.

<sup>60</sup> COM(2008)415.

<sup>61</sup> Euractiv 23 juin 2008.

<sup>62</sup> LES, n°205, du 10 au 23 juillet 2008, p.1.

<sup>63</sup> Conclusions du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union européenne JOUE C 146 du 22 juin 2006, p. 1.

<sup>64</sup> Considérant 11.

<sup>65</sup> Communication COM(2008)415, p.2.

<sup>66</sup> *ibid*, p.5.

<sup>67</sup> Déclaration du Groupe de la Gauche Unitaire Européenne/Gauche Verte Nordique au Parlement européen.

<sup>68</sup> Europolitique 10 juillet 2008.

<sup>69</sup> C'est le cas au considérant 9 notamment.

<sup>70</sup> Considérant 10.

<sup>71</sup> Ce que dénonce notamment la Fédération syndicale européenne des Services publics (FSESP).

<sup>72</sup> Proposition de directive, page 11.

<sup>73</sup> *Ibid*.

<sup>74</sup> Voir l'affaire C-372/04, *Watts*, arrêt précité, point 147.

<sup>75</sup> Proposition de directive, page 10.

<sup>76</sup> cf. Marc Blanquet : « L'appropriation par la Communauté des impératifs de sécurité », in *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?* (M. Nicod dir.), Montchrestien, 2008.

<sup>77</sup> Communication COM(2008)415, p.2.

<sup>78</sup> Proposition de directive, p.9.

<sup>79</sup> *Ibid*, p.10.

<sup>80</sup> Exposé des motifs de la proposition, p.7.

<sup>81</sup> *Ibid*., curieusement à la fois à la page 7 et à la page 14.

<sup>82</sup> Cf., *supra*, à titre d'exemple, nos développements sur le principe de proportionnalité.

<sup>83</sup> Cons. 11 de la proposition.

<sup>84</sup> *Ibid*.

<sup>85</sup> Article 5 de la proposition.

<sup>86</sup> cf. à cet égard la communication d'E. Rial-Sebbag : « Accompagnement des mesures communautaires relatives aux soins : vers une Charte européenne des droits des patients ».

<sup>87</sup> Article 33.

<sup>88</sup> Le Traité de Nice ne l'a pas fait, le traité établissant une constitution pour l'Europe le faisait mais a échoué, et le Traité de Lisbonne, qui le fait, plus discrètement que le traité constitutionnel il est vrai, est menacé.

<sup>89</sup> CJCE 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec., 1.

<sup>90</sup> CJCE 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff 33 / 74, Rec., 1299.

<sup>91</sup> p.11.

<sup>92</sup> Euractiv, 3 juillet 2008.

<sup>93</sup> Europolitique, 10 juillet 2008.

<sup>94</sup> Les Nouvelles Pharmaceutiques n°364 du 17 juillet 2008.

<sup>95</sup> Pascal Garel, cf Euractiv, 3 juillet 2008.

<sup>96</sup> Europolitique, 10 juillet 2008.

<sup>97</sup> Page 8 de la proposition de directive.

<sup>98</sup> Communication COM(2008)415, p.9.

---

<sup>99</sup> Page 5 de la proposition de directive.

<sup>100</sup> Considérant 22 de la proposition.

<sup>101</sup> Communication COM(2008) 415, p.5.

<sup>102</sup> Arrêt *Inizan*, précité, point 21 ou arrêt *Vanbraekel*, précité, point 32.

<sup>103</sup> Arrêt *IKA/ Ioannidis*, aff. C-326/00, précité, point 51.

<sup>104</sup> Proposition, p.9 ; cf. aussi la communication COM(2008) 415, p .2.

<sup>105</sup> Proposition, p.11.

<sup>106</sup> Article 13§2

<sup>107</sup> Résolution 95 / C 350 / 04.

<sup>108</sup> Article 15§2 e).

<sup>109</sup> Avis du Directeur exécutif de la Fédération européenne des hôpitaux et des soins de santé (HOPE), cf. Euractiv du 3 juillet 2008.

<sup>110</sup> Réaction de la Fédération syndicale européenne des Services publics (FSESP).

<sup>111</sup> Les Nouvelles Pharmaceutiques n° 364 du 17 juillet 2008.

<sup>112</sup> Estimation de l'Association européenne des employeurs hospitaliers (HOSPEEM), cf. Euractiv du 3 juillet 2008.