

TABLE RONDE N° 2

LES SOINS DE SANTÉ À L'ÉCHELLE EUROPÉENNE ET LA LIBERTÉ DU PATIENT.

Présentation la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'assurance maladie, maternité, dépendance et soins transfrontaliers – Présentation de la directive sur les soins transfrontaliers et de son articulation avec le règlement 883/2004.

Yves JORENS - *Professeur de droit social européen à la Faculté de Gand*

Je voudrais, tout d'abord, remercier le Cleiss pour m'avoir invité. Cela fait toujours un grand plaisir de descendre vers le sud !

Mesdames et Messieurs, depuis que la Cour européenne de justice a confirmé que les soins de santé étaient un service selon l'interprétation du Traité européen, elle a prouvé qu'elle avait un impact direct sur la façon dont les soins de santé et la prise en charge des coûts étaient organisés dans les États membres malgré le fait que l'article 152 (5) du Traité énonce clairement l'inverse.

Les dispositions communautaires permettent aux citoyens d'obtenir de deux manières différentes, de la part de leurs institutions de santé, le paiement des soins fournis à l'étranger. Tout d'abord l'application de la libre circulation des personnes qui est prévue dans le règlement 1408/71 qui sera remplacé en mai prochain par le règlement n° 883/2004 mais on vous en a déjà parlé dans les présentations précédentes. Deuxième source, la jurisprudence de la Cour de Justice qui interprète les dispositions sur la libre circulation des services.

Alors que la procédure prévue par le règlement prend pour le point de départ la personne assurée qui est traitée comme si elle était assurée dans le pays d'accueil qui lui sert les prestations, la procédure dérivant du Traité européen est basée sur le service médical fourni à des bénéficiaires par des prestataires, en échange d'une rémunération. L'article 49 est violé par des règles nationales qui font que le coût des soins fournis par des prestataires de services étrangers peuvent être parfois soumis à de moins bonnes conditions de remboursement.

Les règles nationales en matière d'assurance santé qui n'affectent pas plus les prestations de service transnationales que celles de l'État d'affiliation ne sont pas modifiées. Citons par exemple l'obligation de consulter un médecin généraliste avant d'aller voir un spécialiste.

Par contre, les règles discriminatoires en matière d'assurance santé telles que l'exigence d'autorisation qui ne concerne que les soins fournis à l'étranger ou encore les règles limitant l'offre de prestataires habilités à offrir des services remboursables vont à l'encontre de l'article 49 CE et ne peuvent être mise en œuvre que s'il existe une justification pour autant que le principe de proportionnalité soit respecté. Nous savons que la Cour de justice européenne a reconnu que les règles d'autorisation basées sur les remboursements des coûts des soins transfrontaliers étaient justifiées eu égard à la planification hospitalière. Le principe de proportionnalité est respecté tant que l'obligation d'autorisation pour le remboursement par le système national d'un traitement hospitalier fourni dans un autre Etat Membre apparait comme une mesure à la fois nécessaire et raisonnable.

A l'instar du système des vouchers l'article 49 permet aux assurés de récupérer le montant du financement public correspondant à leurs droits et de le dépenser auprès du prestataire de santé de leur choix où que ce soit dans l'Union Européenne.

Ces deux voies parallèles existent et coexistent. En s'appuyant sur une valeur facultative et une interprétation de valeur ajoutée du Règlement et compte tenu du fait que la libre circulation des services n'interdit pas au législateur communautaire d'imposer des conditions sur les droits qu'il accorde, la Cour de Justice n'a pas de raison d'invalider l'article 22 du Règlement. Cela dit, cette disposition offre des avantages non négligeables aux assurés. Par exemple, cela leur permet, à la charge de leur institution de sécurité sociale, d'être assimilés à des assurés du pays hôte, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de la réglementation sur la libre circulation des services et des biens.

Mais au-delà de la complexité qu'engendre la coexistence de deux procédures différentes avec des avantages et des désavantages, pour pouvoir réellement tirer des avantages des droits qui lui sont donnés par le droit communautaire, le patient doit être extrêmement bien informé. Chacune présente des avantages et des inconvénients intrinsèques (par exemple l'accès au panel complet des prestataires de l'Etat hôte ; l'obligation d'avancer les frais ou pas) et contextuels (qui dépendent du niveau de couverture garanti par les législations concernées pour un soin déterminé). Ce n'est que lorsqu'on parle de soins transfrontaliers, dans un hôpital public, que les procédures deviennent totalement complémentaires.

Il s'agissait là d'une présentation du droit actuel. Un sujet à la mode aujourd'hui : qu'en est-il de l'avenir ? Quelles sont les options au niveau juridique ?

Une remarque préliminaire : la qualification des soins de santé comme un service économique fait que la fourniture de ces soins doit s'effectuer dans une réglementation de libéralisation et d'harmonisation à l'intérieur de la Communauté en particulier sur la base de l'article 95 du marché intérieur.

A partir du moment où les mesures de rapprochement contribuent réellement au marché intérieur, on ne peut empêcher la réglementation communautaire de se fonder sur cette base légale au motif que la protection de santé publique est un facteur décisif dans les choix à faire. N'oublions pas, à ce sujet, pour être très honnête, que presque tous les aspects institutionnels et réglementaires des systèmes de santé nationaux constituent tous un obstacle à la libre circulation et une distorsion de la concurrence.

Pour protéger les droits des patients, il serait donc bon de transposer la jurisprudence de la Cour de justice en dispositions contraignantes, ce qui entraînerait un certain nombre d'avantages, en fournissant aux patients un tableau précis de leurs droits et en apportant une réponse aux États membres qui continuent de penser que certaines dispositions du Traité même après 50 ans, ne s'appliquent pas à eux. Enfin, certains points pourraient être ainsi éclaircis, comme par exemple les soins hospitaliers et le niveau de l'intervention législative dans ce domaine.

Le développement éventuel de cet instrument est un processus avéré, si on considère seulement les longues discussions qui ont eu lieu autour de la directive sur le marché intérieur.

La Commission a toujours annoncé qu'elle va fournir une proposition distincte sur les services de santé et après une phase de concertation publique elle a proposé une Directive en Juillet 2008. Mais, cette dernière doit être vue comme corrélée à l'application des droits des patients lors des soins de santé transfrontaliers. La portée de la directive est néanmoins très limitée parce qu'elle ne couvre que trois parties :

- un certain nombre de dispositions générales sur des principes communs dans les nouveaux systèmes de santé,
- un cadre spécifique pour les traitements médicaux transfrontaliers, c'est-à-dire un patient qui va à l'étranger pour recevoir des soins programmés,
- certains aspects de coopération européenne.

C'est beaucoup plus strict et en fait plus restrictif que le concept de la santé qui doit être considéré dans le cadre plus large d'une fourniture de soins et de services tels qu'ils sont décrits dans le préambule de la directive. Cela permet également d'envisager la fourniture transfrontalière de soins de santé (comme télémédecine) ou l'établissement et la présence temporaire de fournisseurs de services de santé dans l'État membre du patient. D'un point de vue juridique, ce n'est jamais très satisfaisant de constater que la base des considérants du préambule est en fait beaucoup plus large que les dispositions elles-mêmes.

Je voudrais souligner ici quelques éléments qui sont, à mon sens, cruciaux.

D'un côté, il y a un champ d'application substantiel : que sont les soins de santé ? Une question importante et pas uniquement pour distinguer le règlement et les directives de services sur le marché intérieur et la directive sur les soins de santé. Heureusement, et ce n'était pas le cas dans les propositions initiales, l'élément de cohérence entre la portée de la directive et le règlement a été pris en considération dans les discussions actuelles d'une manière beaucoup plus large qu'il ne l'était par le passé. Aujourd'hui, les services de santé sont décrits comme des soins dispensés par des professionnels de santé et nous savons que les services de soins de longue durée sont exclus.

Le deuxième élément se fonde sur la manière dont la directive prend en considération la jurisprudence issue de la Cour de justice selon laquelle la personne assurée va supporter les frais des soins de santé dispensés dans un autre pays, mais selon les dispositions de la législation du premier État et dans les conditions de remboursement de cette dernière législation.

La proposition initiale disait que, pour des soins hospitaliers, chaque État pouvait mettre en place un système d'autorisation préalable ce qui, bien évidemment, permet de ne pas mettre en danger la planification hospitalière. Là où la Cour de justice aurait (vraiment ?) pu justifier la nécessité d'un tel système d'autorisation, la Commission, en introduisant des seuils élevés, empêche les États membres de maintenir cette exigence d'autorisation. Ces derniers doivent démontrer pour chaque cas qu'il y a un danger à ne pas demander une autorisation préalable. Cela ne devrait pas être le cas dans la mesure où la Commission dans les études d'impact de la directive indique que les soins hospitaliers transfrontaliers ne devraient pas menacer la viabilité financière des régimes. Une preuve qui est donc presque impossible.

Dans la toute dernière discussion au Conseil européen, à laquelle les Français ont activement participé, (ils sont vraisemblablement responsables de cette position grâce à leur rapport de l'année dernière), on est revenu à la position de la jurisprudence : pour l'instant, l'autorisation préalable est acceptée, sans qu'on a besoin d'une justification autant que le système est proportionnel. Mais il s'agit d'un sujet brûlant.

Le troisième élément est le lien entre la Directive et les règlements, les instruments naturels des soins de santé transfrontaliers.

La proposition a néanmoins établi clairement que la Commission ou surtout la Direction Générale de la santé et des consommateurs, parce que je ne voudrais pas impliquer l'ensemble de la Commission comme une organisation, s'est montrée réticente à résoudre ce problème avec un seul instrument et à prendre la voie la plus directe pour une alternative, c'est à-dire une modification du Règlement. Mais à partir du moment où la directive deviendrait applicable, je crois que ce serait un véritable cauchemar car la situation des patients qui recherchent un traitement médical transfrontalier serait réglée par trois instruments :

- le règlement,
- les directives et
- le Traité car le Traité est toujours là bien sûr.

Une meilleure articulation des deux procédures, voire une fusion à l'intérieur d'un même instrument, améliorerait, simplifierait et éviterait toute incertitude juridique. On pourrait déjà aujourd'hui constater que les dispositions du règlement et de la directive sont entremêlées : autorisation préalable, le complément différentiel Vanbraekel. Mais une approximation des deux procédures sera une tâche difficile. Idéalement, la législation communautaire ne retirerait pas des droits aux assurés parce qu'il est plus difficile de retirer des droits que de ne pas en donner. Cela dit, il faudrait garantir que les éléments caractéristiques de la procédure basée sur le Traité seraient conservés (remboursement sur la base de la législation du pays d'affiliation et soins ambulatoires à l'étranger sans autorisation préalable) ainsi que les points positifs du règlement concernant l'accès aux soins, (qu'il ne faut pas avancer les coûts, un certain nombre de garanties par la législation du pays d'accueil).

C'est peut-être faisable mais il y aura certainement des problèmes car nous ne devons pas oublier que les fournisseurs de services selon les règlements sont limités aux personnes qui travaillent dans le cadre d'un système de sécurité sociale, alors que le Traité lui ne pose pas cette limite. Dans l'article 49, il serait très difficile de limiter la libre circulation des services aux personnes qui travaillent dans le cadre des institutions de sécurité sociale car il faudrait trouver une justification, et ce serait à mon avis presque impossible.

Donc fusionner les procédures pour les soins de santé à l'étranger dans le règlement impliquerait que, et je pourrais demander l'avis de mon collègue Jean-Philippe Lhernould car je suis parfois provocateur, l'on supprime la directive déjà assez limitée. On se retrouverait avec des principes généraux et des centres de référence de coopération transfrontalière.

La certitude juridique peut donc être obtenue, et d'ailleurs ce serait une bonne chose, et je suis tout à fait en faveur de l'idée d'introduire les règles et principes dans le règlement comme le seul instrument naturel des soins transfrontaliers mais cela ne doit pas être considéré comme une fin en soi, et c'est peut-être là que je vais être un peu provocateur et ce sera aussi ma conclusion.

Les services de santé vont continuer à être soumis aux principes émanant de la Cour de justice européenne. La jurisprudence de la Cour stipule que les règles nationales ne peuvent s'appliquer que de manière non discriminatoire, elles doivent être objectivement justifiées et proportionnées. Il faut tenir compte du fait que le seuil très bas mis en place par la Cour de Justice pour la limitation de la liberté de circulation indique tout simplement que les lois elles-mêmes sont des restrictions et le résultat final de l'évaluation par la Cour des mesures nationales dans le cadre du marché intérieur va souvent démontrer qu'il y a ou qu'il n'y a pas de justification appropriée, et en plus une justification doit être proportionnelle.

Le problème est que cette situation n'apporte pas aux dirigeants des autorités nationales et des autorités de marché la sécurité juridique et la faculté d'anticiper dont ils auraient tant besoin.

Concernant la libre circulation des services, améliorer la sécurité juridique est assez facile. Il suffit de savoir quelle loi est applicable : celle de l'État hôte ou celle de l'État d'affiliation ? Par contre, la question du droit d'établissement pose plus de problèmes puisqu'il ne s'agit plus de savoir quelle est la législation applicable, mais plutôt de savoir s'il existe une législation qui s'applique. Est-ce que des États membres peuvent maintenir des règles comme des autorisations préalables, de régulation des prix dans le secteur de la santé et ceci quelles que soient les situations transfrontalières ?

Ce que cela implique, c'est que le cauchemar d'il y a quelques années, cette fameuse liste grise de la directive Bolkestein revient sur le devant de la scène. N'oublions pas que cette liste figure déjà dans le cadre du Traité actuel et, si elle devait être soumise à la Cour de justice dans une affaire liée à un cas transfrontalier, la Cour considérerait cela comme une restriction et donc la soumettrait au test de la proportionnalité dont le résultat serait certainement peu clair.

Et pour terminer, le manque de certitude juridique est toujours un problème brûlant qui nécessite des éclaircissements ainsi que les coopérations de soins de santé transfrontaliers appellent des mesures supplémentaires de la part de l'Union européenne. Bien que cela puisse paraître controversé il faut admettre que si on veut protéger les valeurs sur lesquelles les systèmes de santé nationaux sont fondés, il faudra agir au niveau de l'Union européenne. L'incertitude juridique est telle qu'aujourd'hui nous devons parvenir à un consensus sur le cadre législatif européen lequel devra confirmer non seulement les précieuses valeurs de nos systèmes (la solidarité, la liberté et l'égalité d'accès aux soins) mais également prendre des décisions sur l'élaboration du marché européen des services de santé, tant pour les fournisseurs de soins que pour nous patients et citoyens européens.

On pourrait, et je serais partisan de cette initiative, supprimer la directive actuelle ou la restreindre, mais peut-être est-il temps d'élaborer une directive plus large sur d'autres problèmes. Cette tâche, qui irait au-delà des soins de santé transfrontaliers, est importante car si on ne s'y attèle pas, les pouvoirs législatifs se condamnent à ne suivre que la trace des arrêts rendus au coup par coup par la Cour de justice.