

Bilan social de l'Union européenne 2008

Dixième rapport annuel

—

Sous la direction de
Christophe Degryse

Institut syndical européen (ETUI)
Observatoire social européen (OSE) asbl

Remerciements

Le « Bilan social de l'Union européenne » est le fruit d'un travail collectif. Outre les auteurs des différentes contributions (voir liste en fin d'ouvrage), nous tenons à remercier tout particulièrement, pour leur relecture attentive et leurs commentaires avisés, les chercheurs de l'Institut syndical européen (ETUI). Les analyses contenues dans cet ouvrage restent, bien entendu, de notre entière responsabilité.

Nous tenons également à remercier M. Reiner Hoffmann, de la Confédération européenne des syndicats (CES), ainsi que Mme Maria Jepsen et M. Philippe Pochet, de l'Institut syndical européen (ETUI).

Nous avons pu bénéficier de l'organisation très efficace des travaux de Mme Valérie Cotulelli pour la mise en forme des textes, de Mme Françoise Verri pour la coordination des traductions et de Mme Dominique Jadot pour les références de la chronologie en fin de volume.

Bruxelles, 2009

© Éditeur : ETUI aisbl, Bruxelles

Tous droits de reproduction réservés

Impression : imprimerie de l'ETUI, Bruxelles

D/2009/10.574/11

ISBN : 978-2-87452-147-8

Prix : 20 €

Ce livre a été réalisé par l'Observatoire social européen asbl
à la demande de l'Institut syndical européen
et de la Confédération européenne des syndicats

L'ETUI bénéficie du soutien financier de la Communauté européenne.
La Communauté européenne ne peut être tenue responsable de l'utilisation qui
pourrait être faite de l'information contenue dans cette publication.

Table des matières

Préface	9
Christophe Degryse	
Avant-propos	11
Olivier De Schutter	
La crise alimentaire mondiale et l'UE : comment sauver un système qui a échoué	23
1. La crise alimentaire mondiale : un diagnostic	23
2. Les réponses de l'UE	26
3. Vers le développement durable dans la production et la consommation des agrocarburants	27
4. Les négociations commerciales internationales et l'agenda mondial de l'Europe	34
5. La facilité de réponse rapide à la flambée des prix alimentaires dans les pays en développement	41
Conclusion	43
Jacques Sapir	
Les racines sociales de la crise financière Implications pour l'Europe	49
1. Des ménages peu solvables et endettés	50
2. La crise, un effet de la globalisation	59
Conclusion	71
Patrick Loire et Jean-Jacques Paris	
Étude de cas : l'impact des politiques liées au changement climatique sur l'industrie automobile	75
Introduction	75
1. Évolution de l'industrie automobile avant la crise : émergence du facteur écologique comme dynamique sectorielle ?	78
2. La pertinence des politiques européennes liées au changement climatique : verre à moitié vide ou à moitié plein ?	80
3. Une « voiture européenne nouvelle pour des transports sûrs et durables » comme réponse à la crise ?	84

4. La mobilisation des acteurs dans la conduite du changement	88
Conclusion	93
Annexes	95

Philippe Pochet et Christophe Degryse

Agenda social : retour de la « hard law » ?	97
1. Évolution de la législation sociale européenne depuis 1975	98
2. L'agenda social renouvelé	103
3. La proposition de directive sur le temps de travail et l'accord sur le travail intérimaire	106
Conclusion	114

Romuald Jagodzinski

Comités d'entreprise européens : à la recherche d'une directive modifiée	117
Introduction	117
1. Préludes à la directive CEE de 1994	118
2. Premier délai non respecté pour la révision	119
3. Position de la Confédération européenne des syndicats (CES)	119
4. 2008 : phase finale dans la quête d'une révision de la directive CEE	123
5. Réactions des partenaires sociaux	128
6. La nouvelle directive CEE	131
Conclusion	138

Isabelle Schömann

Dialogue social européen : l'exercice de l'autonomie collective au niveau européen ?	143
1. Programme de travail 2003-2005 : une initiative concluante	144
2. Programme de travail 2006-2008 : des résultats importants	146
3. Impact du programme de travail 2006-2008 des partenaires sociaux européens	153
Conclusion : une autonomie collective européenne encadrée	157

Rita Baeten

La proposition de directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers	161
Introduction	161
1. La laborieuse gestation de la proposition	162
2. Analyse de la proposition	165

3. Les objectifs sociaux et les instruments de pilotage des systèmes de soins de santé et la proposition	176
4. Le processus décisionnel	181
Conclusion	184

Marie-Ange Moreau

Vers une spécialisation de la Cour de justice des Communautés européennes en matière sociale ?	191
1. Du particularisme des relations de travail en Europe aux inquiétudes suscitées par la jurisprudence récente	192
2. Unicité et créativité de la Cour en matière sociale	202
Conclusion	207

Dalila Ghailani

Affaires « Ruffert » et « Luxembourg » : vers un recul de la dimension sociale européenne ?	213
Introduction	213
1. L'affaire Ruffert contre le Land de Basse-Saxe	214
2. L'affaire Commission contre Luxembourg	217
3. Commentaires	223

Christophe Degryse

Perspectives	233
---------------------------	-----

Christophe Degryse	239
Chronologie 2008 – Relevé des principaux faits marquants de la politique sociale européenne	239

Liste des sigles	263
-------------------------------	-----

Liste des auteurs	265
--------------------------------	-----

La proposition de directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers¹

Rita Baeten

Introduction

Le 2 juillet 2008, la Commission européenne a adopté une « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers » (CCE, 2008a). L'adoption de cette proposition marque le terme provisoire d'un processus laborieux visant à trouver les réponses appropriées aux décisions de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) relatives à la mobilité des patients et des services de santé dans le marché intérieur. Dans une série de jugements rendus depuis une décennie, la CJCE a en effet clairement indiqué que les soins de santé prodigués contre rémunération constituent une activité économique au sens du traité CE, quelles que soient leurs modalités et l'identité de ceux qui les financent. Dès lors, les dispositions du traité sur la libre prestation des services sont d'application². La Cour a jugé que faire dépendre le remboursement pour les soins reçus à l'étranger d'une exigence d'obtention préalable par le patient d'une autorisation de son système national de protection sociale constitue un obstacle à la liberté de circulation, qui peut se justifier pour les soins hospitaliers, mais non pour les soins ambulatoires.

1. Je tiens à remercier Marleen Steenbrugghe, Philippe Pochet, Stefan Clauwaert et Anna Safuta pour le précieux *feed-back* qu'ils ont apporté à ce chapitre.

2. Affaire C-158/96, *Raymond Kohll v. Union des caisses de maladie*, Jugement du 28 avril 1998; affaire C-120/95, *Nicolas Decker v. Caisse de maladie des employés privés*, Jugement du 28 avril 1998; affaire C-157/99, *B.S.M. Geraets-Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ and H.T.M. Peerbooms v. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, Jugement du 12 juillet 2001; affaire C-385/99, *V.G. Müller-Fauré c/ Onderlinge Waarborgmaatschappij O.Z. Zorgverzekeringen UA and E.E.M. Van Riet c/ Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, Jugement du 13 mai 2003, affaire C-372/04 *Watts*, [2006] ECR I-4325; affaire C-444/05 *Stamatelaki* [2007] ECR I-3185.

Depuis lors, les décideurs politiques ont examiné comment faire face à cette situation et trouver un équilibre entre principe de libre circulation dans le marché intérieur et caractéristiques sociales de leurs systèmes nationaux de soins de santé. Ils craignent de perdre le contrôle dans des domaines tels que la fixation des priorités dans les soins de santé et la planification des capacités.

Le présent chapitre commence par présenter les développements qui ont conduit à la proposition de directive. Nous en examinons ensuite les différentes sections en les comparant aux objectifs visés et aux préoccupations qui ont conduit à la proposition. Nous nous livrons à une évaluation de l'adéquation de la proposition pour répondre aux soucis de préserver le caractère social des systèmes de soins de santé. Nous commentons enfin le processus politique en cours pour l'adoption de la proposition, et terminons par quelques conclusions.

1. La laborieuse gestation de la proposition

Plusieurs initiatives politiques ont été prises au niveau de l'UE dans le but de fournir des réponses à l'incertitude juridique et à la pression sur les pouvoirs régulateurs des autorités responsables des soins de santé (voir Baeten, 2005 et 2007). Un Groupe de haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux (HLG), composé de hauts fonctionnaires des États membres de l'UE et présidé par la Commission, a été établi en 2004 dans le but de favoriser la coopération européenne dans ce domaine et de suivre l'impact de l'UE sur les systèmes de soins de santé³.

La création du HLG n'avait pas empêché la Commission d'inclure les soins de santé dans sa proposition de directive sur les services (dite « Bolkestein ») (CCE, 2004). Après deux ans de débat politique très animé, les soins de santé furent finalement exclus du champ d'application de cette directive (Parlement européen et Conseil de l'UE, 2006). Cependant, cette exclusion ne supprimait pas la possibilité d'appliquer aux services de soins de santé les règles sur la libre circulation.

3. http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/high_level_hsmc_fr.htm.

La Commission annonça dès lors en 2006 qu'elle allait présenter une initiative juridique spécifique pour le secteur des soins de santé (CCE, 2006a). Pour que les acteurs concernés puissent apporter leur contribution à cette initiative, elle lança un large processus de consultation publique (CCE, 2006b).

L'adoption par la Commission de la proposition de directive est le résultat d'un processus politique long et fastidieux. La proposition était au départ programmée pour l'automne 2007, mais cette échéance a été reportée plusieurs fois en raison de désaccords majeurs au sein même de la Commission et de critiques sévères de la part des États membres et du Parlement européen. Les fuites systématiques provenant de la consultation interservices ont fait que, dès le début du mois d'octobre 2007, plusieurs versions de la proposition se sont mises à circuler. Le commissaire à la santé, Markos Kyprianou, s'est donc retrouvé enlisé dans un processus de communication ingérable qui a suscité bon nombre de critiques.

En décembre 2007, la proposition fut retirée en dernière minute de l'ordre du jour du Collège des commissaires, en invoquant un « ordre du jour surchargé ». Début 2008, on ne parla plus de la directive. La Commission avait enterré le projet à cause du manque de soutien de la part de plusieurs de ses membres. Instruits par l'expérience de la directive sur les services, certains commissaires voulaient éviter, avant la ratification du traité de Lisbonne, une controverse pénible qui aurait pu – encore une fois – menacer la réforme institutionnelle de l'UE.

Toutefois, avec la désignation d'un nouveau commissaire à la santé, Androulla Vassiliou, la Commission finit par adopter la proposition de directive en juillet 2008, en tant qu'élément de l'Agenda social renouvelé (CCE, 2008a et 2008b). La proposition avait été retravaillée et réécrite, mais sans changement fondamental par rapport à ses versions antérieures. La structure de base du texte restait la même. Néanmoins, un « nettoyage » général avait été effectué pour éliminer du texte toute notion de « services de soins de santé ». Les dispositions étaient présentées sous l'intitulé des « droits des patients ». Ce toilettage général ne concernait cependant pas la base juridique de la proposition, qui restait l'article 95 du traité CE concernant le marché intérieur.

Il est frappant de constater que ces changements presque symboliques suffirent pour que le texte soit adopté par la Commission. Le « non » irlandais lors du référendum sur le traité de Lisbonne, en juin, avait rendu sans objet le risque que l'adoption de la proposition aurait pu constituer sur l'approbation de ce traité. La suppression de toute référence aux « services » avait dissipé les craintes que la proposition soit considérée comme une résurgence de la directive Bolkestein. En intégrant le texte dans l'Agenda social, la Direction générale (DG) Emploi de la Commission se trouvait officiellement impliquée, ce qui apaisait les tensions entre cette DG et la DG responsable (DG Sanco) sur la question de savoir si la mise en œuvre des décisions de la Cour de justice devait être intégrée dans le cadre légal existant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (règlement 1408/71) (Conseil des Communautés européennes, 1971) ou si un instrument juridique spécifique était nécessaire. Le commissaire suédois, Mme Wallström, avait peut-être subi des pressions de la part de son gouvernement national (auquel son groupe politique ne participait plus), afin d'adopter une position plus favorable à la proposition, la Suède étant l'un des rares pays à soutenir l'approche de la Commission.

En outre, en plaçant sa proposition sous l'égide des droits des patients plutôt que de la libre circulation des services, la Commission espérait certainement trouver dans le Parlement européen un allié objectif, soucieux de la défense des droits des citoyens européens.

De manière très surprenante, alors même qu'aucun changement radical n'avait été apporté par rapport aux versions provisoires, le lancement de la proposition n'a pas suscité de fortes réactions. Le moment était bien sûr favorable, au début des vacances d'été. En outre – et cet élément est sans doute plus important –, il y eut un soulagement général à l'idée qu'une proposition fantôme, évoquée depuis longtemps et ayant fait l'objet de tant de débats et de controverses mais qui formellement n'existait pas, se soit finalement retrouvée officiellement sur la table et puisse faire l'objet de négociations en bonne et due forme. Après de nombreuses années de discussions politiques sur la réponse à donner aux décisions de la Cour, il existait enfin une proposition juridique, avec laquelle on pouvait être d'accord ou non, mais qui avait au moins le mérite d'exister. On a généralement estimé qu'il n'y avait pas d'autre moyen que d'ouvrir des négociations au niveau politique. Abandonner le débat sur la question n'était pas une solution, car elle

aurait sans cesse resurgi. Ressusciter des mécanismes *soft*, comme le Groupe de haut niveau, en sachant bien que la Commission avait une proposition législative en réserve, ne constituait pas non plus une option.

2. Analyse de la proposition

La proposition de directive vise à clarifier les droits des patients à bénéficier des soins de santé dans un autre État membre de l'UE, en mettant donc en œuvre les décisions de la CJCE. Elle est structurée autour de trois grands thèmes : elle fournit un cadre spécifique pour le remboursement des soins de santé reçus à l'étranger ; elle traite de la question de savoir, dans le cas de soins transfrontaliers, quel État membre est responsable d'assurer le respect des normes de qualité et de sécurité, d'information, de réparation et de responsabilité, ainsi que de protection de la vie privée ; enfin, elle cherche à encourager la coopération européenne sur les soins de santé dans des domaines spécifiques. La proposition suggère la création d'un comité pour la mise en œuvre de la directive.

L'analyse qui suit porte sur les questions les plus importantes et les plus sensibles dans chacun des domaines abordés par la proposition, en tenant compte de la ligne tracée par les décisions de la Cour de justice. Nous n'analyserons ni ne commenterons les décisions de la Cour elles-mêmes, ce qui nous entraînerait trop loin alors qu'elles ont déjà fait l'objet de nombreuses autres publications⁴.

2.1. Remboursement des traitements reçus à l'étranger

Le premier objectif du cadre proposé est d'apporter la clarté en matière de droit au remboursement des soins de santé prodigués dans un autre État membre. La proposition vise à codifier les jugements de la CJCE. Cependant, comme on le montrera plus loin, certains aspects essentiels de la proposition à cet égard peuvent prêter à discussion.

4. Voir par exemple Palm *et al.* (2000) ; Mossialos *et al.* (2002) ; McKee *et al.* (2002) ; Jorens *et al.* (2005) ; Hervey et McHale (2004) et Newdick (2006).

Selon la proposition, les citoyens de l'UE ont le droit de se faire soigner à l'étranger et d'être remboursés à hauteur des coûts qui auraient été pris en charge si des soins de santé identiques ou similaires avaient été dispensés dans l'État membre d'affiliation à un système de protection sociale. Pour les soins non hospitaliers, les patients n'ont pas besoin d'une autorisation préalable de leur système national de sécurité sociale. Pour les soins hospitaliers, les États membres peuvent mettre en place un système d'autorisation préalable pour le remboursement des soins à l'étranger s'ils peuvent fournir la preuve que le flux sortant de patients serait tel qu'il porterait ou serait susceptible de porter une grave atteinte à l'équilibre financier du système de sécurité sociale et/ou à la planification des capacités hospitalières. Si tel est le cas, l'autorisation doit être limitée à ce qui est nécessaire et proportionnel à l'objectif poursuivi et ne peut constituer une méthode arbitraire de discrimination. Les critères selon lesquels la décision doit être prise doivent être définis au préalable, de manière transparente, et tenir compte de l'état pathologique spécifique du patient. Les soins hospitaliers sont définis comme un traitement qui nécessite un séjour d'au moins une nuit dans un hôpital. D'autres formes de traitement, qui nécessitent le recours à des infrastructures ou à des équipements médicaux hautement spécialisés et coûteux ou qui sont associées à des traitements exposant le patient ou la population à un risque particulier, peuvent être assimilées aux soins hospitaliers, pour autant qu'ils figurent sur une liste établie par le comité de mise en œuvre.

Les autorités de financement peuvent imposer aux soins de santé à l'étranger les mêmes conditions que celles qui s'appliquent pour les soins dans le pays, comme l'exigence de consulter un médecin généraliste avant de consulter un spécialiste ou de recevoir des soins hospitaliers, dans la mesure où ces exigences ne constituent pas un obstacle à la liberté de mouvement.

Nous allons montrer plus loin que, s'agissant des quatre éléments-clés de la proposition, et sur plusieurs aspects importants, celle-ci ne suit pas les lignes directrices établies par la Cour, ce qui pourrait avoir d'importantes conséquences.

2.1.1. Autorisation préalable pour les soins hospitaliers

Les limitations relatives aux possibilités d'exiger une autorisation préalable pour les soins hospitaliers figurent parmi les questions les plus controversées de la proposition de directive. La Cour a en effet

indiqué à maintes reprises qu'un système d'autorisation préalable à la prise en charge des coûts des soins hospitaliers fournis dans un autre État membre se justifiait par la nécessité de préserver l'équilibre financier de la sécurité sociale et par les nécessités de la planification hospitalière⁵. Ce point n'a jamais été sérieusement contesté jusqu'à présent, pas même par la Commission elle-même. L'article 23 de la proposition contestée de directive sur les services de 2004 n'exigeait en effet aucune justification au maintien d'un système d'autorisation préalable des soins hospitaliers, et la Communication de la Commission, qui a lancé le processus de consultation dans la perspective de la proposition de directive en 2006, confirmait que la Cour avait développé des principes en vertu desquels « tous les soins hospitaliers auxquels un citoyen peut prétendre dans son État membre peuvent également lui être prodigués dans n'importe quel autre État membre, à condition qu'il ait obtenu l'autorisation préalable du système dont il relève » (CCE, 2006b : 4).

Dans la proposition actuelle en revanche – comme dans les versions officielles qui l'avaient précédée –, le seuil fixé pour l'introduction d'un système d'autorisation préalable des soins hospitaliers est très élevé. En dépit de l'annonce par le commissaire Vassiliou qu'une « clause de sauvegarde » serait introduite dans la proposition, permettant aux États membres de conserver un système d'autorisation préalable, la version finale de la proposition n'est pas fondamentalement différente à cet égard et la charge de la preuve à fournir par les autorités pour justifier un système d'autorisation préalable est très lourde. L'exposé des motifs de la proposition de directive indique même qu'« aucun élément factuel n'indique que ces soins porteront atteinte à la viabilité financière des systèmes de santé et de sécurité sociale dans leur ensemble, ou à l'organisation, à la planification et à la fourniture de services de santé » (CCE, 2008a : 17-18), ce qui suggère qu'il sera presque impossible de justifier un système d'autorisation préalable.

On pourrait s'étonner de voir la Commission persister à limiter les possibilités pour un État membre de demander une autorisation préalable pour les soins hospitaliers alors qu'elle était bien consciente

5. Affaire C-157/99 *Geraets-Smits and Peerbooms*; affaire C-385/99, *Müller-Fauré*; affaire C-372/04, *Watts*.

des décisions de la Cour et du fait qu'une telle disposition était inacceptable pour les États membres⁶. Se pourrait-il que la Commission entende se servir de cette disposition le moment voulu comme monnaie d'échange durant les négociations, en cédant du terrain sur ce point et en empêchant ainsi que d'autres aspects de la proposition ne soient édulcorés ?

2.1.2. Le lien avec le règlement 1408/71

Parallèlement à la directive proposée, le cadre réglementaire existant pour la coordination des régimes de sécurité sociale reste en place. Ce cadre contient des dispositions sur le remboursement des traitements devenus nécessaires pour des raisons médicales durant un séjour temporaire à l'étranger de la personne assurée, par exemple sur la base de la carte européenne d'assurance-maladie. Du point de vue des patients souhaitant bénéficier à l'étranger de soins programmés, cette réglementation garantit que si un patient ne peut bénéficier dans son pays d'origine, dans un délai raisonnable, du traitement adéquat, il est autorisé à se rendre dans un autre État membre. Une telle procédure place le patient recevant des soins dans un autre État membre sur un pied d'égalité avec les résidents de cet État membre, et les coûts de ce traitement sont couverts par les fonds publics sur la base des accords de sécurité sociale applicables dans l'État membre du traitement. Selon la proposition de directive, si les conditions énoncées dans le règlement (CE) n° 1408/71 sont remplies, l'autorisation sera accordée et les prestations seront fournies conformément audit règlement.

Contrairement à ce qui est suggéré dans la proposition, la relation entre le règlement et la proposition de directive n'est pas si évidente. Premièrement, on ne détermine pas clairement si le patient peut choisir lequel des deux mécanismes il préfère⁷, ou si la directive ne porte pas sur la prise en charge des coûts des soins de santé qui deviennent nécessaires pour des raisons médicales au cours d'un séjour temporaire à l'étranger, ou lorsque les conditions pour des soins programmés fournis dans le cadre du règlement sont réunies⁸. Ensuite, la proposition ne prend pas en considération l'arrêt Vanbraekel qui indique que les

6. Voir par exemple la section 4 sur la procédure politique.

7. 23^e considérant.

8. Article 3(2) et 20^e considérant.

patients ayant le droit de recevoir un traitement hospitalier planifié dans un autre État membre, sur la base du règlement, doivent bénéficier d'un remboursement au moins identique à celui qu'ils auraient obtenu s'ils avaient été hospitalisés dans l'État où ils sont socialement assurés. La Cour a indiqué que cela pourrait entraîner le paiement d'un remboursement supplémentaire si le taux de remboursement dans l'État membre où le patient est assuré est plus avantageux que dans l'État membre où le traitement hospitalier a été fourni⁹.

La Commission a récemment décidé d'intenter des actions devant la Cour de justice contre plusieurs États membres pour ne pas avoir tenu compte de ce jugement (CCE, 2007a et 2008c). Elle défend même l'idée, dans ces procédures, que les citoyens européens devront jouir des mêmes droits, qu'ils soient autorisés à suivre un traitement hospitalier dans un autre État membre ou hospitalisés pendant un séjour temporaire dans un autre État membre.

Nous pouvons donc nous demander pourquoi la Commission n'a pas repris ce point de vue dans la proposition de directive. Une explication pourrait être qu'elle a choisi de ne pas surcharger son projet, bien consciente qu'il existe toujours une voie judiciaire qui permet d'exiger le respect des décisions de la Cour. En outre, la Commission pourrait attribuer une partie de la tâche à la DG Empl, pour l'intégrer dans le règlement 1408/71 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Depuis de nombreuses années, en effet, un litige oppose la DG Sanco de la Commission, qui a pris l'initiative sur cette proposition, et la DG Empl, responsable de la réglementation sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, sur la question de savoir si les décisions de la Cour devront être transposées dans une directive spécifique ou dans une modification apportée au règlement. La Commission est toutefois bien consciente qu'il sera beaucoup plus difficile de changer le règlement, puisque cela requiert un vote à l'unanimité au sein du Conseil.

De nombreuses autres questions ont été soulevées au sujet de la relation entre le règlement et la directive proposée, par exemple sur la différence dans la définition de l'État membre qui doit fournir l'autorisation préalable et de l'État membre d'affiliation, ou à propos

9. Affaire C-368/98, *Vanbraekel*, jugement du 12 juillet 2001.

des différences dans la portée des deux instruments juridiques, qui pourraient déboucher sur la coexistence de trois méthodes de prise en charge des coûts, basées respectivement sur le traité, la directive et le règlement (voir par exemple Conseil de l'UE, 2008).

2.1.3. Conditions du remboursement des soins reçus à l'étranger

La Commission européenne souligne dans ses communications que les États membres peuvent en tout cas imposer les mêmes conditions aux patients souhaitant bénéficier de soins à l'étranger que s'ils les demandaient dans leur pays, comme l'exigence de consulter un médecin généraliste avant de consulter un spécialiste ou de recevoir des soins hospitaliers (CCE, 2008d). Cela serait en effet conforme aux décisions de la Cour pour qui l'imposition d'exigences au remboursement des soins prodigués à l'étranger n'est autorisée qu'à la condition que ces exigences soient nécessaires pour protéger un intérêt général objectif et proportionnel à l'objectif poursuivi¹⁰. Toutefois, la proposition de directive limite ces conditions à : « dans la mesure où ils ne constituent pas une discrimination ou une entrave à la libre circulation des personnes »¹¹. Aucune mention n'est faite ici des possibilités de justifier des exigences qui pourraient constituer un obstacle¹². Dans les considérants, il est ajouté que ces conditions « se fondent principalement sur des considérations médicales » et qu'elles « n'imposent aucune charge supplémentaire aux patients désireux de se faire soigner dans un autre État membre par rapport aux patients soignés dans leur État membre d'affiliation »¹³. Étant donné que presque toutes les conditions ou exigences peuvent être considérées comme un obstacle potentiel à la libre circulation, il deviendra extrêmement difficile aux États membres de justifier des conditions pour le remboursement des traitements fournis à l'extérieur. Les critères et les conditions du financement des soins de santé sont pourtant des éléments-clés des politiques des soins de santé dans tous les pays de l'UE, visant à garantir l'utilisation la plus efficace de

10. Affaire C-385/99, *Müller-Fauré*.

11. Article 6.3.

12. L'article 9(1) impose *en outre* que les conditions soient nécessaires et proportionnelles mais ne permet pas la justification de critères qui pourraient être un obstacle à la libre circulation, comme le fait la Cour. Compte tenu de la relation singulière entre les articles 6(3) et 9(1), il se pourrait que la Commission n'ait pas intentionnellement formulé l'article 6(3) de manière si contraignante.

13. 28^e considérant.

ressources financières limitées. Les décisions de la CJCE ont remis en cause les exigences nationales puisqu'on ne savait plus clairement quelles étaient les conditions nationales qui pouvaient se justifier pour les soins fournis à l'étranger. Cette situation a créé une incertitude juridique considérable. La formulation actuelle de la proposition n'apporte toutefois pas davantage de clarté sur les conditions susceptibles d'être justifiées. Au contraire, on peut se demander si la directive autorise que l'on impose le moindre critère aux patients se rendant à l'étranger pour des traitements. Toutefois, définir le seuil d'accès pour le traitement est un élément du système de contrôle de l'accès aux soins de santé couverts par l'assurance, au même titre que les décisions sur les traitements à offrir (OHE, 2008). Dès lors, les patients pourraient contourner ou mettre en cause les règles nationales en se rendant à l'étranger, en exerçant ainsi une pression sur le cadre légal national.

2.1.4. Remboursement de soins de santé « similaires »

Selon la proposition, les coûts des soins de santé qui doivent être remboursés par l'État membre sont ceux qui auraient été payés « si des soins de santé identiques ou similaires avaient été dispensés sur son territoire »¹⁴. Toutefois, la notion introduite par la Cour était celle d'un « traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité »¹⁵, ce qui pourrait inciter les autorités à évaluer, mesurer et comparer l'efficacité des traitements. La notion de « soins de santé similaires » ne se réfère pas à un tel critère susceptible d'être scientifiquement objectivé, ce qui pourrait entraîner encore plus d'insécurité juridique.

2.2. L'assurance de la qualité des soins transfrontaliers

Le second objectif affiché par la proposition est de veiller à ce que les exigences nécessaires de qualité, de sécurité et d'efficacité soient satisfaites pour les soins de santé transfrontaliers.

La Commission était tenue en cette matière de se livrer à un exercice d'équilibre très délicat. La Cour estimait que les États membres

14. Article 6(1).

15. Voir par exemple affaire C-157/99, *Geraets-Smits and Peerbooms* et affaire C-385/99, *Müller-Fauré et Van Riet*.

devaient se fonder sur des contrôles de qualité relatifs aux prestataires de soins et aux institutions, supervisés par l'État membre du traitement, et que les États ne pouvaient donc pas refuser le remboursement des soins prodigués à l'étranger en prétextant qu'ils ne sont pas en mesure de vérifier la qualité des soins¹⁶. Mais en l'absence de règles minimales au niveau de l'UE, la confiance mutuelle ne va pas de soi. La proposition vise dès lors à établir certaines garanties minimales pour les patients recevant des traitements à l'étranger. En fait, il s'agit de la contrepartie à la suppression des obstacles à la libre circulation : lorsque les garanties établies nationalement sont supprimées (intégration négative), elles sont censées être remplacées par des garanties minimales au niveau européen sur des aspects importants, de manière à faciliter le libre-échange et à protéger les citoyens (intégration positive). Toutefois, s'agissant des soins de santé, l'harmonisation au niveau de l'UE est explicitement exclue dans le traité CE.

Selon la proposition, l'État membre de traitement a la responsabilité de garantir que les soins de santé sont dispensés selon des normes claires de qualité et de sécurité ; que les prestataires de soins de santé diffusent les informations permettant aux patients de choisir en connaissance de cause ; que les patients disposent de moyens de recours et d'indemnisation en cas de préjudice résultant des soins dispensés ; que le dossier médical soit accessible et que la confidentialité de ce dernier soit préservée. La Commission, en coopération avec les États membres, développera des lignes directrices pour la transposition de ces dispositions. Il est frappant de constater que la rédaction de ces lignes directrices n'est pas confiée au comité pour la mise en œuvre de la directive, et les modalités de leur rédaction ne sont pas clairement déterminées.

Les États membres d'affiliation devront établir à leur tour des points de contact nationaux destinés à fournir des informations sur les procédures applicables pour les soins de santé transfrontaliers.

Les dispositions relatives aux lignes directrices en matière de qualité qui sont proposées dans cette section figurent parmi les plus sensibles pour les États membres parce qu'elles impliquent une interférence de l'UE dans les politiques nationales de santé. Ces lignes directrices

16. Affaire C-444/05, *Stamatelaki*, jugement du 19 avril 2007, para 36-7.

s'appliqueraient en effet non seulement aux patients venus d'un autre État membre, mais à toute prestation de soins.

Dernière remarque à propos de la qualité des soins transfrontaliers : la proposition développe une ample rhétorique sur l'importance de la continuité des soins, mais elle ne fournit pas les outils nécessaires pour garantir le passage sans encombre du patient à travers la chaîne des soins. Comme le montrent plusieurs études sur la mobilité des patients, la continuité des soins et la coopération entre les prestataires de traitements dans le pays et à l'étranger sont souvent limitées (Baeten, 2009). La proposition étant basée sur le principe de la libre circulation des *services* (de santé individuels), par opposition à l'organisation de *systèmes* de santé intégrés, le concept de continuité se retrouve malaisément dans cette approche.

2.3. Coopération entre les États membres

La troisième section de la proposition oblige les États membres à faciliter la coopération dans la prestation de soins de santé transfrontaliers, sans toutefois préciser davantage ce que cela comporte ou les modalités de mise en œuvre d'une telle coopération. En outre, la proposition prévoit le développement d'une future coopération pratique au niveau européen dans certains domaines spécifiques comme la reconnaissance mutuelle des prescriptions établies dans un autre État membre, l'établissement de réseaux européens de référence pour les soins hautement spécialisés, l'adoption de mesures permettant l'interopérabilité des systèmes TIC (technologies de l'information et des communications) des soins de santé et la conjonction des efforts relatifs à l'évaluation des nouvelles technologies de la santé (HTA).

2.3.1. Réseaux européens de référence (ERN)

La Commission propose que les États membres coopèrent à l'établissement de réseaux européens réunissant des centres de soins de santé spécialisés exigeant une concentration particulière de ressources ou d'expertises. De tels réseaux permettraient d'apporter l'expertise pertinente au patient et pourraient servir de point de ralliement pour la formation et la recherche médicales. Dans certains cas, les patients seraient amenés à se rendre dans des centres situés dans d'autres pays.

La présente proposition se fonde sur le travail du Groupe de haut niveau sur les services de santé et les soins médicaux (HLG) (*cf. supra*) (CCE, 2005a). Il était intéressant de voir comment les États membres, qui traditionnellement veillent jalousement à éviter que l'UE interfère dans des questions relatives à la qualité des soins, se sont assez facilement entendus au sein du HLG sur une série de critères auxquels ces réseaux de référence devaient satisfaire. Ces critères pourraient aisément être considérés comme l'embryon de normes européennes de qualité pour les institutions de soins. La proposition de directive a, dans une large mesure, repris les critères en question.

L'incitation à établir de tels centres semble provenir de centres de soins nationaux hautement spécialisés qui ont poussé leurs autorités nationales à mettre ce problème à l'ordre du jour européen (voir par exemple Kostera, 2008). Ils espèrent en tirer profit en acquérant une réputation internationale et en attirant des patients venus de l'étranger. Il semble toutefois qu'il y ait moins de demandes concernant l'envoi de patients à l'étranger dans les centres d'un autre État membre. Et lorsqu'une telle nécessité existe, comme dans les plus petits États de l'UE, les procédures garantissant l'accès des patients à des soins spécialisés à l'étranger sont en place depuis longtemps déjà.

La proposition n'indique pas clairement comment seront financés les soins prodigués à des patients venus d'un autre État membre dans les centres intégrés aux réseaux de référence européens. Selon l'exposé des motifs, les patients seraient financés selon le cadre fourni par le règlement (CE) n° 1408/71, sur la base de la délivrance d'une autorisation préalable¹⁷.

En principe, les patients devront donc obtenir une autorisation préalable de leur autorité compétente nationale pour avoir accès à ces centres et/ou ne seront remboursés qu'au niveau en vigueur dans leur État d'origine. Cette dernière disposition pourrait être très coûteuse pour les patients, en particulier ceux provenant d'un « nouvel » État membre ayant besoin de soins dans un « ancien » État membre. Pour les patients en question, il pourrait être avantageux que les niveaux de remboursement soient fixés suivant les tarifs en vigueur dans l'État

17. Recital 21.

membre de traitement de l'UE-15, mais cela pourrait à l'inverse être très coûteux pour le système de santé de l'État membre de l'UE-10 qui paie : ce mécanisme pourrait mettre sous pression la viabilité financière du budget des soins de santé.

On ne relève par ailleurs pas d'intention d'établir une quelconque forme de planification au niveau de l'UE, pas plus qu'il n'existe d'accord au niveau européen pour le paiement des dépenses d'investissement de ces centres, ce qui est logique puisque cela empièterait considérablement sur les compétences des États membres. Dès lors, il est difficile d'imaginer comment les centres en question pourraient acquérir la concentration nécessaire des ressources et des expertises.

On peut donc se demander si ces réseaux généreront véritablement la valeur ajoutée promise pour les patients et comment ils atteindront leur objectif de contribuer à promouvoir l'accès à des soins de santé de haute qualité pour un coût optimal.

2.3.2. Collecte des données

Les États membres devraient également collecter et transmettre des données statistiques sur la prestation de soins transfrontaliers pour en permettre l'évaluation et la gestion à long terme. Cela implique que les États membres mettent sur pied des systèmes de collecte des données sur les soins fournis, les prestataires et les patients, les coûts et les revenus. On pourrait y voir une demande logique, mais sa mise en œuvre pourrait avoir des conséquences importantes. Une telle mesure signifierait que les autorités doivent collecter des données non seulement sur les soins à financement public, mais aussi sur tous les soins prodigués sur leur territoire. Ces systèmes de collecte des données s'appliqueront à tous les soins prodigués sur leur territoire parce qu'il ne serait pas raisonnablement faisable de limiter la collecte aux patients venus de l'étranger. En outre, la Commission sera en mesure de standardiser les systèmes nationaux de collecte des données et on ne sait pas clairement ce qu'elle pourrait faire avec ces données. Par exemple, la publication des résultats des traitements par institution de soins pourrait avoir des effets pervers dans le sens où des prestataires pourraient être encouragés à n'accepter pour les traiter que les patients à faible risque. Il reste à voir dans quelle mesure les États membres seront disposés à coopérer pour transposer une telle disposition.

2.4. Le comité de mise en œuvre

De nombreuses questions non résolues dans la proposition seront traitées par un comité établi conformément à la procédure de « comitologie »¹⁸. Ce comité, présidé par la Commission et composé de représentants des États membres, aura notamment la responsabilité d'établir la liste des soins de santé coûteux pouvant être assimilés à des soins hospitaliers, de l'application des règles sur la reconnaissance des prescriptions et des critères, du type d'information à fournir aux patients, de la collecte des données aux fins de supervision et des conditions à réunir par les réseaux de référence européens.

C'est la Commission qui pilote ce comité ; en déléguant les décisions sur des questions-clés à ce comité, la Commission les ramène *de facto* au rang de questions techniques, elle les dépolitise et conserve mieux le contrôle des débats ; on évite que le Parlement européen interfère dans le processus. Le comité peut potentiellement décider sur des questions qui ont un impact considérable sur la politique de santé des États membres, comme on l'a montré plus haut à propos du réseau de centres de référence.

3. Les objectifs sociaux et les instruments de pilotage des systèmes de soins de santé et la proposition

Les autorités en charge de la santé publique sont préoccupées par l'impact potentiellement dérégulateur des principes du marché intérieur, qui les obligent à supprimer tout obstacle injustifié à la libre circulation. Les États membres ont plaidé pour plus de clarté sur les possibilités de justifier au nom de l'intérêt général les règles constituant un obstacle à la libre circulation. Dès lors, dans les Conclusions du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union, en 2006, ils ont demandé que les valeurs fondamentales que

18. Ces comités sont des forums de discussion présidés par la Commission. Ils permettent à la Commission d'instaurer un dialogue avec les administrations nationales avant d'adopter des mesures d'exécution. Une décision du Conseil fixe les procédures décisionnelles pour ces comités. Le Parlement peut s'opposer à des mesures proposées par la Commission ou, le cas échéant, le Conseil s'il considère que ces institutions sont sorties du cadre de leurs attributions (http://europa.eu/scadplus/glossary/comitology_fr.htm).

soient protégées au moment de rédiger une proposition de législation au niveau de l'UE (Conseil de l'UE, 2006).

La proposition de directive suggère que l'on mette en œuvre ces valeurs sociales fondamentales des systèmes de soins de santé et elle fait référence aux Conclusions du Conseil de 2006. Mais, sur la base de l'article 95 du traité, s'agissant du marché intérieur, la directive assure la *liberté* fondamentale de circulation des services de santé (et des patients, en tant que consommateurs de ces services) et garantit des niveaux minimums de qualité à travers l'ensemble de l'UE. Ce sont des principes qui sont basés sur le marché. Les systèmes nationaux de santé, pour leur part, visent à assurer le *droit* (social) fondamental de l'accès aux soins. C'est pour cette raison que les systèmes de soins de santé reposent principalement sur un financement public et sont fortement régulés, afin de corriger les imperfections du marché dont souffrent les marchés des soins de santé. Nous nous heurtons ici aux contradictions internes fondamentales sur lesquelles la proposition est construite. En dépit des déclarations formelles en faveur de ces objectifs sociaux, la proposition ne part que du seul point de vue du *patient individuel* et du prestataire individuel et ne dit mot des outils juridiques et financiers permettant d'envisager les *systèmes* de santé en tant qu'ensembles cohérents soumis à des obligations sociales. En outre, alors qu'elle permettait de traiter de mission d'intérêt général des services de santé ou de confirmer l'importance des outils de gestion des systèmes, comme la planification, la proposition est également muette à cet égard. Les paragraphes suivants visent à étayer cette affirmation.

3.1. Mission d'intérêt général

En dehors d'une référence très générale dans les attendus rappelant que les systèmes de santé « s'inscrivent également dans le cadre plus large des services d'intérêt général »¹⁹, la proposition ne fait aucune autre mention de la mission d'intérêt général des services de santé susceptible de servir de base pour les autorités en charge de la santé afin de justifier une réglementation. Cette absence contraste avec la

19. 4^e considérant.

version officielle antérieure de la proposition, à l'automne 2007, dans laquelle la mission d'intérêt général des services de santé faisait l'objet d'une référence claire et explicite. Cette version initiale précédait en effet la publication de la communication de la Commission sur les services d'intérêt général (SIG) dans laquelle celle-ci s'efforçait de conclure le débat sur un cadre législatif spécifique sur les SIG et les SIG sociaux en prétendant que le traité de Lisbonne comporte un protocole sur les services d'intérêt général (CCE, 2007b).

Il est également intéressant de relever que dans la communication de 2007 sur les SIG, la Commission indiquait que « lorsqu'une règle sectorielle de l'UE est fondée sur la notion de service universel, elle devrait instaurer le droit de chacun d'avoir accès à certains services jugés essentiels et imposer aux prestataires de services l'obligation de proposer des services définis à des conditions spécifiées incluant, entre autres, une couverture territoriale complète et un prix abordable. » Ces principes ne se trouvent cependant pas reproduits dans la proposition de directive, qui n'est donc pas fondée sur le concept d'obligation de service universel.

3.2. Les valeurs sociales fondamentales et l'égalité de traitement

La proposition de directive indique qu'il incombe aux États membres de respecter les valeurs fondamentales d'universalité, d'accès à des soins de qualité, d'équité et de solidarité²⁰. Les États membres doivent en outre faire en sorte « que ces valeurs soient respectées vis-à-vis des patients et des citoyens d'autres États membres et que tous les patients soient traités de manière équitable en fonction de leurs besoins en soins de santé »²¹. De plus, « les patients provenant d'autres États membres bénéficient du même traitement que les ressortissants de l'État membre de traitement »²². Toutefois, « rien dans la présente directive n'exige toutefois des prestataires de soins de santé qu'ils acceptent un traitement programmé ou accordent la priorité à des patients d'autres États

20. 12^e considérant et article 5.

21. 12^e considérant.

22. Article 5(1g).

membres au détriment d'autres patients présentant les mêmes besoins, par exemple en allongeant les délais d'attente pour un traitement »²³.

Il est assez ironique de demander à des États membres qu'ils assurent un accès universel aux soins pour des patients dont les soins sont financés par un organisme de sécurité sociale d'un autre État membre et pour lequel la possibilité d'interférer dans la détermination du prix des soins a été supprimée, étant donné que ces patients reçoivent des soins en tant que patients privés, et non comme patients intégrés dans les systèmes obligatoires de soins de santé.

Comment l'État membre où les soins sont prodigués peut-il assurer une « égalité de traitement » lorsque, dans le cas de patients étrangers, les prestataires de soins agissent comme prestataires privés et non dans le cadre du régime obligatoire, qui ne peuvent être obligés d'accepter des patients étrangers pour des traitements planifiés ? De plus, comment l'« égalité de traitement » pourrait-elle s'appliquer aux patients venus de l'étranger si, par exemple, les patients locaux doivent se faire inscrire auprès d'un médecin généraliste ou ne sont pas libres de choisir l'hôpital de leur traitement ?

L'exposé des motifs explique que les patients, qu'ils relèvent du système national ou d'un système étranger, doivent être traités de manière non discriminatoire parce que « cela permet de parer soit à une incitation malsaine à accorder la priorité aux patients étrangers plutôt qu'aux ressortissants nationaux, soit au recul à long terme des investissements matériels dans la santé. Vu sous l'angle de la santé, il est essentiel d'assurer le traitement équitable des patients, pour que l'incidence des soins de santé transfrontaliers sur la santé – les listes d'attente, notamment – reste raisonnable et gérable » (CCE, 2008a : 14). Il est difficile de comprendre comment une clause relative au principe de non-discrimination pourrait apporter de telles garanties. Rien dans la directive n'empêche les prestataires d'accorder la priorité aux patients venus de l'étranger, ou de sélectionner les pathologies les plus lucratives. L'impact négatif éventuel du traitement de patients étrangers sur l'investissement en capital dépend de l'incorporation ou non de ces coûts dans les prix du traitement et non du fait que les

23. 12^e considérant.

patients étrangers sont ou non traités sur une base non discriminatoire. Ces assertions de la directive visent à rassurer les parties préoccupées par les effets que la proposition pourrait avoir sur la dimension sociale des systèmes de soins, mais elles le font avec des arguments infondés. La proposition devient ainsi un document politique, qui cherche à convaincre, plutôt qu'un document législatif.

3.3. Contrôler le flux des patients et les contrats transfrontaliers

La directive ne fournit aux autorités en charge de la santé aucun outil pour limiter le flux entrant des patients si ce flux devient considérable, et met sous pression les délais d'attente, les politiques de planification ou les coûts des investissements. Cela pourrait être le cas par exemple si des acheteurs publics ou quasi-publics de la santé concluent des contrats avec des prestataires de soins dans un autre État membre sans consulter les autorités en charge de la santé de l'État membre de réception. La proposition ne traite pas de telles pratiques contractuelles transfrontalières. Ce mutisme contraste avec le fait que le premier document sur lequel le HLG s'était accordé en 2005 consistait en lignes directrices sur l'achat de soins à l'étranger, ce qui illustrait l'importance que les membres du HLG attachaient à cette question (CCE, 2005b). Ce document plaidait pour une coopération plus étroite entre les autorités des États membres responsables respectivement de l'achat et de la prestation des soins, et elles présentaient des lignes directrices, par exemple sur la législation applicable en matière de fixation des prix et des responsabilités.

3.4. Liberté d'établissement pour les prestataires

Les implications des décisions de la CJCE dépassent les questions liées à la mobilité des patients. Les règles limitant l'accès aux services de santé ou restreignant l'exercice de telles activités peuvent constituer un obstacle au marché unique²⁴. Ce point est devenu particulièrement manifeste avec la proposition initiale relative à la directive tant débattue sur les services dans le marché intérieur, qui obligeait les États

24. Pour une discussion complète sur ce point, voir Gekiere *et al.* (2009).

membres à vérifier si leurs règles en matière de soins de santé – par exemple la planification des services des soins de santé et la fixation des tarifs – étaient nécessaires et proportionnelles à l'objectif, faute de quoi ces règles devaient être modifiées ou abrogées (CCE, 2004). Même si les soins de santé ont été finalement retirés du champ d'application de la directive sur les services, les règles du traité CE sur la liberté d'établissement restent toujours d'application pour les soins de santé, ce qui devrait mettre encore plus de pression sur la capacité de réglementation des États membres que les arrêts sur la mobilité du patient ne l'avaient fait jusqu'à présent. C'est pourquoi les États membres ont pressé la Commission, en mai 2007, de présenter un cadre plus large, dépassant la seule mobilité des patients (Conseil de l'UE, 2007).

Bien que la proposition de directive prétende couvrir des situations dans lesquelles un patient se rend pour un traitement chez un prestataire de soins dans un autre État membre, la prestation de services depuis le territoire d'un État membre vers le territoire d'un autre État membre, comme dans le cas de la télémédecine, l'établissement permanent d'un prestataire de soins dans un autre État membre, ou la mobilité temporaire des professionnels de santé pour fournir des services²⁵, en pratique la directive ne traite que de la mobilité du patient.

4. Le processus décisionnel

À l'heure où nous écrivons ces lignes, la proposition de directive est en discussion au Parlement européen et au Conseil. Elle doit être adoptée selon la procédure de codécision avec un vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil des ministres.

Les acteurs concernés qui interviennent dans le cadre des systèmes obligatoires de soins de santé (acheteurs et prestataires) soutiennent les objectifs généraux de la proposition, mais expriment de sérieuses préoccupations (ESIP, 2008 ; HOPE, 2008). Sur certains aspects importants, leurs positions rejoignent celles d'organisations représentant

25. 10^e considérant.

tant les travailleurs que les employeurs européens du secteur de la santé (HOSPEEM, 2008 ; CES, 2008 ; FSESP, 2008). Ils soulignent que la majorité des personnes souhaitent être soignées le plus près possible de chez elles, et mettent en garde contre les conséquences imprévisibles à long terme pour le secteur de la santé. Leurs préoccupations portent notamment sur le risque de créer des inégalités en matière de santé – parce que seules les personnes mobiles, bien informées et aisées seront en mesure de se payer des traitements à l'étranger –, sur la proportionnalité de la mesure par rapport à son objectif (compte tenu de la lourde charge bureaucratique qu'elle génère par rapport aux faibles dimensions de la mobilité des patients), sur la nécessité d'instaurer un système d'autorisation préalable pour certains types de soins et sur l'importance pour les États membres de conserver la possibilité de fixer les priorités en la matière et de gérer les ressources et planifier les services. La Confédération européenne des syndicats (CES) et la Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP) soulignent en outre l'impact potentiel sur les professionnels de la santé et le risque que les prestataires donnent la préférence aux disciplines les plus rentables, accentuant ainsi la privatisation et la commercialisation des soins de santé.

Ces positions contrastent avec la position du Comité permanent des médecins européens qui a salué la proposition et félicité la Commission (CPME, 2004). Pour sa part, le Bureau européen des Unions de consommateurs a salué tout particulièrement l'établissement de points nationaux de contact destinés à fournir aux patients une information sur les aspects essentiels des soins transfrontaliers, mais il a aussi plaidé pour une discussion plus approfondie à propos du système d'autorisation préalable pour les soins hospitaliers (BEUC, 2008).

Au sein du Conseil, les États membres reconnaissent l'importance de disposer d'un cadre juridique communautaire régissant les droits des patients en matière de « soins transfrontaliers » pour codifier la jurisprudence de la Cour de justice (Conseil de l'UE, 2008a). Toutefois, la majorité des États membres soulignent que leurs compétences en matière de sécurité sociale et de soins de santé doivent être préservées.

En décembre 2008, la présidence française du Conseil a établi un rapport d'avancement, remarquablement détaillé et publiquement accessible, au sujet des débats au sein du Conseil (Conseil de l'UE,

2008b). Il montre clairement que presque tous les États membres sont favorables à des changements significatifs touchant des dispositions-clés de la proposition de directive. En outre, certains États membres ont des réserves de fond sur l'ensemble de la proposition de la Commission.

En dépit de la diversité de leurs systèmes de soins de santé, les États membres sont parvenus à un degré étonnant de consensus sur des aspects-clés de la proposition. Ils souscrivent tous aux principes suivants tels qu'ils ont été formulés par la présidence française :

- les États membres doivent être en mesure d'établir un système préalable d'autorisation pour les soins hospitaliers et les soins spécialisés (un État membre a préféré la proposition de la Commission). La définition des soins hospitaliers et spécialisés doit faire référence à des types de soins énumérés dans des listes établies au niveau national sur la base de critères européens ;
- la coopération entre les États membres (intergouvernementale) sur la qualité des soins, complétée par un système d'information des patients.

Il n'existe donc pas (ou plus) de fossé est-ouest entre États membres, ni de division basée sur les différences entre systèmes de santé, ou basée sur la composition politique des gouvernements respectifs (avec l'exception possible de la Suède). Initialement, certains États membres – le plus souvent des nouveaux membres – espéraient gagner de l'argent grâce aux patients venus de l'étranger. Mais cette division a fait place à un souci commun de conserver le contrôle de leurs systèmes de soins de santé.

La Commission a exprimé une réserve générale sur le texte de compromis présenté par la présidence française, et des préoccupations majeures sur toutes les questions sur lesquelles il existe un large consensus entre États membres.

Le Parlement européen adopte la perspective du patient/citoyen individuel plutôt que celle du système de santé, qui a la responsabilité d'assurer un accès égal aux soins à l'ensemble de la population. Le projet de rapport de J. Bowis, présenté à la commission Environnement, se focalise principalement sur les questions liées aux coûts des soins

pour les patients mobiles et sur les possibilités pour les patients sur liste d'attente de recevoir des traitements à l'étranger. Les décisions de la Cour et la proposition de directive ne créent en effet qu'un droit au remboursement des coûts encourus, ce qui implique que les patients doivent financer leur traitement au préalable, ainsi que tous les coûts supplémentaires tels que les frais de déplacement et de traduction. Le rapport Bowis étoffe en outre les dispositions en matière d'information. Il ne remet pas en question les dispositions concernant (la suppression de) l'autorisation préalable pour les soins hospitaliers. À l'approche des élections, les parlementaires européens seront probablement de plus en plus enclins à adopter la perspective du patient/citoyen individuel. Il se pourrait donc très bien que la Commission trouve dans le Parlement européen un allié dans sa confrontation avec le Conseil et attende le vote au Parlement avant de faire des concessions aux États membres.

Conclusion

La proposition de directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers marque le terme provisoire d'un processus laborieux visant à trouver les réponses appropriées aux décisions de la CJCE relatives à la mobilité du patient et des services de santé dans le marché intérieur. Elle vise à apporter la sécurité juridique quant à la mise en œuvre des décisions de la Cour tout en prévoyant des mesures d'accompagnement, plus particulièrement en matière de qualité des soins. Elle a été enrobée dans un texte sur les droits des patients dans une tentative de s'attirer le soutien des acteurs concernés et des décideurs politiques.

Cependant, à maints égards, la proposition – dans sa version actuelle – n'apporte pas la clarté juridique nécessaire sur les décisions de la CJCE ou sur les instruments de pilotage que les autorités en charge de la santé peuvent utiliser pour gérer leurs systèmes de santé. Au contraire, elle supprime plusieurs possibilités importantes de justification des obstacles à la libre circulation des services de santé que la Cour avait autorisées.

Les enjeux sont pourtant élevés pour une initiative législative dans ce domaine. En effet, lorsqu'il existe une législation secondaire pour clarifier l'application des règles de la libre circulation dans un domaine

déterminé, la Cour de justice applique en particulier un test plus strict pour vérifier la proportionnalité des règles et des obstacles à la libre circulation des services que lorsqu'il n'existe pas de législation secondaire²⁶. En outre, la Cour elle-même ne semble pas près de chercher des motifs de justification des obstacles dans l'intérêt général autres que ceux qui figurent dans la législation secondaire lorsque de tels textes existent. Dès lors, une directive ne peut avoir de valeur ajoutée qu'à condition d'offrir une orientation claire, sans quoi elle risque même d'éroder davantage encore la capacité de réglementation des autorités en charge de la santé.

S'agissant de la qualité des soins, un équilibre extrêmement délicat est de rigueur entre le respect de l'autonomie des États membres à organiser leurs systèmes de santé, d'une part, et la nécessité de fournir certaines garanties minimales au niveau de l'UE lorsque le droit communautaire a supprimé les garanties nationales, d'autre part. Il semble que, même s'il doit en résulter un certain affadissement des dispositions proposées, pour la première fois les États membres accepteraient une certaine procédure *soft* au niveau de l'UE pour discuter des normes de qualité.

La proposition multiplie les invocations aux principes sociaux sur l'accès universel et la non-discrimination. Mais ces principes, tels qu'ils sont repris dans la proposition, ne sont pas applicables en pratique. La proposition, basée sur la logique du marché intérieur, ne peut pas fournir les moyens financiers et juridiques de poursuivre une politique sociale et de prendre en compte les responsabilités et les obligations des systèmes de santé par opposition aux droits et libertés des patients/citoyens individuels. Par conséquent, des concepts tels que l'équité et l'accès aux soins sont détachés de leur contexte de politique sociale. À cet égard, le document devient une déclaration d'intention politique plutôt qu'un texte de loi qui doit être appliqué.

26. Voir Sauter Wolf (2007) : « In the absence of a Community standard, the applicable proportionality test is whether the infringements of the Treaty rules were 'manifestly disproportionate' or not. Where secondary Community law applies (i.e. pre-emption of national norms by Community norms) a stricter 'least restrictive means' test may be applied ».

La directive souffre de contradictions entre son objectif déclaré – assurer les droits des patients –, et sa motivation réelle – établir un marché intérieur des services de soins de santé. Par exemple, la proposition admet implicitement que les procédures établies ne conviennent pas aux patients qui ont vraiment besoin d’aller à l’étranger pour se faire soigner, notamment lorsqu’il s’agit d’un traitement très spécialisé ou de personnes figurant sur des listes d’attente excessivement longues. Suivant la proposition, de tels patients devront se rendre à l’étranger en suivant la procédure « classique » telle qu’elle est établie dans le règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale, qui fournit en effet les garanties nécessaires en matière de soins accessibles que la directive n’est pas capable de fournir. En outre, les points de contact nationaux doivent contribuer à protéger les droits des patients et leur permettre de rechercher une réparation appropriée en cas de préjudice causé par l’utilisation de soins de santé dans un autre État membre. Les autorités en charge de la santé fournissent de telles garanties à leurs patients domestiques. Pour les patients qui se rendent à l’étranger, en revanche, des procédures et des mécanismes lourds et coûteux doivent être mis en place pour garantir seulement une fraction de ce que les États membres font (peuvent faire) chez eux.

Enfin, parce qu’elle cherche à éluder les questions difficiles, la proposition reste souvent vague quant à sa mise en œuvre. Elle renvoie plusieurs questions essentielles à un comité fonctionnant selon la procédure de la comitologie, où la responsabilité politique et le contrôle démocratique sont faibles. Bon nombre des décisions que ce comité doit prendre peuvent pourtant avoir un impact considérable sur les systèmes des soins de santé.

Il reste à voir à quoi ressemblera la proposition une fois qu’elle aura été finalement approuvée. Il existe certainement une marge de manœuvre pour l’amender dans un sens positif et certaines des positions adoptées par la présidence française pourraient y contribuer, de même que de nombreux amendements présentés au niveau du Parlement européen.

Références

Baeten, R. (2005), « Soins de santé : après la Cour, les décideurs politiques entrent dans le jeu », in Degryse, C. et Pochet, P. (eds.), *Bilan*

- social de l'Union européenne 2004*, ETUI-REHS, Observatoire social européen et Saltsa, Bruxelles, pp.81-110.
- Baeten, R. (2007), « La santé et les services sociaux dans le marché intérieur européen », in Degryse, C. et Pochet, P. (eds.), *Bilan social de l'Union européenne 2006*, ETUI-REHS, Observatoire social européen et Saltsa, Bruxelles, pp.165-191.
- Baeten, R. (2009), « Past Impacts of Cross-border Healthcare », in Wismar, M., Palm, W., Figueras, J., Ernst, K. et van Ginneken, E. (eds.), *Cross-Border Healthcare : Mapping and Analysing Health Systems Diversity*, European Observatory on Health Systems and Policies, Bruxelles (à paraître).
- BEUC (2008), « Health Care across the Borders », BEUC position on the Directive on the application of patients' rights in cross-border healthcare, Bruxelles, décembre 2008 (<http://docshare.beuc.org/docs/1/BKPLJGDCJDADAKBOHAOKEGOMPDBW9DWDWA19DW3571KM/BEUC/docs/DLS/2008-01035-01-E.pdf>).
- CCE (2004), Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM (2004) 2 final du 13 janvier 2004.
- CCE (2005a), Overview of current Centres of Reference on rare diseases in the EU, Report from an expert group of the Rare Diseases Task Force to The High Level Group on Health Services and Medical Care, septembre 2005 (http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/high_level_wg_001_en.pdf).
- CCE (2005b), Lignes directrices pour l'acquisition de traitements à l'étranger, version finale, 9 novembre 2005 (http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/highlevel_2005_017_fr.pdf).
- CCE (2006a), Proposition modifiée de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM (2006) 160 final du 4 avril 2006.
- CCE (2006b), Communication de la Commission « Consultation concernant une action communautaire dans le domaine des services de santé », SEC (2006) 1195/4 du 26 septembre 2006 (http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs/comm_health_services_comm2006_fr.pdf).
- CCE (2007a), « Libre circulation des services: procédures d'infraction à l'encontre de la France », *Communiqué de presse*, IP/07/1515, Bruxelles, 17 octobre 2007.

- CCE (2007b), Communication de la Commission accompagnant la communication intitulée « Un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle » Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM (2007) 725 final du 20 novembre 2007.
- CCE (2008a), Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM (2008) 414 du 2 juillet 2008.
- CCE (2008b), Communication de la Commission « Un cadre communautaire relatif à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers », COM (2008) 415 final du 2 juillet 2008.
- CCE (2008c), « Remboursement de soins médicaux transfrontaliers : procédures d'infraction à l'encontre de l'Espagne, de la France, du Luxembourg et du Portugal », *Communiqué de presse*, IP/08/1517, Bruxelles, 16 octobre 2008.
- CCE (2008d), « Questions et réponses sur le projet de directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers », MEMO/08/473, Bruxelles, 2 juillet 2008.
- CES (2008), Position de la CES sur la proposition de directive relative aux droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, Bruxelles, 12 décembre 2008 (<http://www.etuc.org/a/5755>).
- Conseil de l'Union européenne (2006), Conclusions du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union européenne, 2733^e session du Conseil Emploi, politique sociale, santé et consommateurs, Luxembourg, 1-2 juin 2006 (http://www.eu2006.at/en/News/Council_Conclusions/0106HealthSystems.pdf).
- Conseil de l'Union européenne (2007), « Soins de santé en Europe - Cadre communautaire des services de santé », Document 9540/07, Bruxelles, 16 mai 2007 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/07/st09/st09540.fr07.pdf>).
- Conseil de l'Union européenne (2008a), 2916^e session du Conseil Emploi, Politique sociale, Santé et Consommateurs, *Communiqué de presse* 16825/08, Bruxelles, 16 et 17 décembre 2008 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/08/st16/st16825.fr08.pdf>).
- Conseil de l'Union européenne (2008b), Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare, Progress report, Document 16514/08, Bruxelles, 11 décembre 2008 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st16/st16514.en08.pdf>).

- Conseil des Communautés européennes (1971), Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO L 149, 5 juillet 1971, pp.2-50.
- CPME (2004), « Call in favour of WHO observer status for Taiwan', CPME Statement », Comité permanent des médecins européens, Bruxelles, 14 mai 2004 (http://www.cpme.be/news_press.php?id=75).
- ESIP (2008), « Proposal for a directive on the application of patients' rights in cross-border healthcare (presented by the European Commission on 2 July 2008) », Joint Position Paper of the European Social Insurance Platform submitted on 21 November 2008 (http://www.esip.org/files/Position_ESIP_Directive_Patientrights_FINAL.pdf).
- FSESP (2008), Commentaires de la FSESP sur la proposition de la Commission européenne de Directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers adoptés par le Comité Exécutif de la FSESP le 26 novembre 2008 (http://www.epsu.org/IMG/pdf/FR_Comments_EC_prop_dir_cross-border_healthcare_final.pdf).
- Gekiere, W., Baeten, R. et Palm, W. (2008), « EU law and the freedom to provide services and healthcare », in Mossialos, E., Permanand, G., Baeten, R. et Hervey, T. (eds.), *Health Systems Governance in Europe: The Role of EU Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge (à paraître).
- Hervey, T. K. et McHale, J. (2004), *Health Law and the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge.
- HOPE (2008), « Proposal for a Directive on the application of patients' rights in cross border healthcare », *HOPE position*, European Hospital and Healthcare Federation, Bruxelles (http://www.hope.be/03activities/docsactivities/HOPE_position-Directive_on_patients_rights_to_CB_care.pdf).
- HOSPEEM (2008), « HOSPEEM Position Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the application of patients' rights in cross-border healthcare, European hospital and healthcare employers' association », Bruxelles (http://www.hospeem.eu/consultations/open_consultations/hospeem_position_statement_on_cross_border_healthcare).

- Jorens, Y., Coucheir, M. et Van Overmeiren, F. (2005), *Access to Health Care in an Internal Market: Impact for Statutory and Complementary Systems*, Ghent University, Department of Social Law, Ghent.
- Kostera, T. (2008), « Europeanizing healthcare: cross-border patient mobility and its Consequences for the German and Danish Healthcare Systems », *Cahiers de recherche politique de Bruges*, No.7, Collège d'Europe, Bruges, mai 2008 (www.coleurop.be/file/content/studyprogrammes/pol/docs/wp7%20Kostera.pdf).
- McKee, M, Mossialos, E. et Baeten, R. (2002), *The Impact of EU Law on Health Care Systems*, PIE-Peter Lang, Bruxelles.
- Mossialos, E. et McKee, M. (avec Palm, W., Karl, B. et Marhold, F.) (2002), *The influence of EU Law on the social character of health care systems*, PIE-Peter Lang, Bruxelles.
- Newdick, C. (2006), « Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social solidarity », *Common Market Law Review*, No.43, pp.1645-1668.
- OHE (2008), « Diane Dawson and Lynday Mountford, Health Care Services and the Single European Market », *OHE Briefing*, No.44, septembre 2008.
- Palm, W., Nickless, J., Lewalle, H. et Coheur, A. (2000), « Implications of recent jurisprudence on the coordination of healthcare protection systems », General report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, AIM, Bruxelles.
- Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2006), Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27 décembre 2006, pp.36-68.
- Sauter, W. (2007), « Services of General Economic Interest (SGEI) and Universal Service Obligations (USO) as an EU Law Framework for Curative Health Care », *TILEC Discussion Paper No. 2007-029*, septembre 2007 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1013261).