

**Teil I**

**Die Herausforderungen der Freizügigkeit  
im Gesundheitswesen  
Challenges of the Free Movement of  
Persons to Health Care  
Les enjeux de la mobilité européenne en  
matière de santé**



# Chapitre 1

## Les instruments juridiques des soins transfrontaliers

Otto Kaufmann

Cette présentation est un aperçu de la thématique générale dont traite le présent ouvrage. Les problèmes relatifs aux soins transfrontaliers sont ensuite approfondis dans les différentes contributions.

En matière de sécurité sociale en général et de santé en particulier, les relations juridiques transfrontalières sont complexes. Cela est vrai pour les soins sanitaires transfrontaliers entre Etats sur la base de relations bilatérales, en application ou non de textes internationaux spécifiques ainsi que pour les migrations dans les Etats membres de l'Union européenne, sous l'égide du droit de l'UE.

En ce qui concerne les relations entre l'UE et les Etats membres en matière de protection sociale, le principe – en apparence du moins – est assez simple : la compétence en matière de santé et de protection sociale appartient aux Etats membres. Les Etats membres ont la charge de ces secteurs, l'Union européenne ayant seulement la faculté de soutenir ou de compléter les politiques nationales en vertu des articles 151, 152 et 168 TFUE. Les Etats membres peuvent donc les former et les organiser à leur guise, ce qui a pour conséquence la coexistence de fait de l'architecture de 28 systèmes de protection sociale et de santé.

Lors de la mise en place des règles communautaires, le droit de la protection sociale en tant que droit matériel était censé se développer en dehors du dispositif communautaire stricto sensu. Toutefois, cela ne signifiait nullement que le droit communautaire ignorât le social. Au contraire, dès les débuts de la Communauté, il s'est agi d'un domaine pris en compte par le biais de l'établissement des règles de coordination mises tôt en place pour faciliter et promouvoir les déplacements et qui ont fait l'objet de développements constants. Car le droit de l'Union européenne imposait l'abolition des obstacles à l'intégration économique et à la libre circulation des personnes notamment. Mais le droit communautaire – maintenant appelé droit de l'UE – exerce son influence par le droit primaire, le droit dérivé et surtout par

---

Otto Kaufmann (✉)

Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Amalienstr. 33,  
80799 München, Allemagne  
e-mail: kaufmann@mpisoc.mpg.de

la jurisprudence de la Cour de justice. L'Europe a bel et bien évolué dans un sens social. Toutefois, on constate un certain immobilisme, voire des réticences et mises en cause de la part de certains Etats membres.

L'UE est devenue plus sociale que jamais, mais les attentes restent grandes, notamment en période de crise.

L'influence de l'Union européenne sur le social provient aussi de l'application des libertés fondamentales, qui impliquent droits et obligations tant des Etats que de leurs ressortissants. La libre circulation des personnes – ici des patients – en est une, qui se concrétise notamment par la mobilité transfrontalière.

Dans ce contexte de l'influence du droit de l'Union européenne, il convient de rappeler le poids économique énorme du secteur de la santé. En Allemagne par exemple, environ 10 % des actifs sont occupés dans ce secteur.

L'Union européenne impose une politique de rigueur qui n'épargne pas le domaine de la santé – c'est une façon d'influer sur le droit national. Déjà avant la crise de 2008, les Etats membres ont tenté de maîtriser les coûts, par des mesures très variées. Pour reprendre l'exemple de l'Allemagne, on y a pratiqué la politique des bas salaires et augmenté le taux des cotisations de l'assurance maladie et donc la charge imposée aux salariés et aux employeurs ; pour les salariés des participations supplémentaires – le ticket modérateur – ont été demandées et sont de fait souvent des restes à charge, faute d'assurance complémentaire. La crise n'épargne du reste pas les Etats membres dotés d'un système financé par impôts, tout simplement parce que le coût de la santé ne baisse pas par miracle et les besoins subsistent.

Le droit de la concurrence est au centre du dispositif juridique de l'UE. Mais certains dispositifs de protection sociale ou de santé peuvent en être écartés si certaines conditions sont réunies, en particulier si l'objet de l'activité exercée ou de la prestation servie est fondé sur le principe effectif de solidarité et si la surveillance étatique est assurée.

## 1.1 Motifs de mobilité et les enjeux

Les déplacements à l'étranger peuvent être effectués pour des raisons diverses, professionnelles ou personnelles, ils peuvent être temporaires, de longue durée ou définitifs. Les situations les plus fréquentes sont sans doute les vacances ou congés payés passés à l'étranger sans l'intention d'obtenir des soins de santé, le détachement et l'expatriation. Force est de constater que la grande majorité des migrants ne sont pas à la recherche de soins. Toutefois des soins peuvent être indiqués ou s'avérer nécessaires voire urgents lors d'un séjour à l'étranger.

Enfin, la mobilité sanitaire, dont le but est de se faire soigner dans un Etat membre autre que l'Etat membre compétent, n'est pas un phénomène de masse, mais plutôt marginal. Le volume financier concerné ne dépasse guère 1 % des dépenses publiques et au plus 4 % des citoyens de l'Union effectuent des déplacements à l'étranger dans le but de se faire soigner (Filhon et al. 2012). Cela peut cepen-

dant être différent lorsque la mobilité est cantonnée dans un cadre géographique restreint, confiné aux zones frontalières.

Cependant, même si la mobilité sanitaire transfrontalière est faible, quantitativement, en tenant compte de l'ensemble des populations, l'Etat membre recevant des patients doit adapter son système de soins aux demandes. Il en est de même pour l'Etat membre dont sont originaires les patients exerçant leur droit de libre circulation. Ce qui est en jeu, c'est l'exercice d'un droit, et la solidarité nationale (ou régionale, le cas échéant, v. infra) sur laquelle repose l'action publique de l'Etat peut en être éventuellement menacée.

Des instruments juridiques et matériels qui permettent de surpasser les multiples obstacles à l'accès aux soins au-delà du territoire de l'Etat d'origine sont nécessaires. Trois niveaux d'intervention différents sont à distinguer, à savoir les niveaux de droit national, celui de l'UE ainsi que celui des relations entre deux ou plusieurs Etats.

### ***1.1.1 Le détachement***

La personne en situation de détachement a dans tous les cas la qualité de travailleur. Généralement il s'agit d'un travailleur salarié, d'un fonctionnaire ou d'un agent public sans statut. La personne concernée est considérée, à l'égard des droits du travail et de la sécurité sociale, comme se trouvant sur le territoire de l'Etat membre d'origine et le droit de cet Etat gouverne la relation de travail et la situation assurantielle, étant entendu que les dispositions de droit locales relatives à l'exécution de l'emploi sont applicables. Seules les dispositions d'ordre public de l'Etat d'emploi trouvent impérativement application. Cela vaut également lorsque l'état de la personne nécessite l'administration de soins dans le pays d'emploi et les prestations en nature sont attribuées selon le droit du pays d'emploi.

### ***1.1.2 L'expatriation***

L'expatriation dans un pays est un choix qui peut se réaliser à n'importe quelle période, avant, pendant ou après la vie active. A l'exception du cas des retraités, notamment, c'est le droit du nouveau pays qui trouve application et les prestations et soins sont ceux qui sont prévus par le droit de ce pays. Normalement, les intéressés sont assujettis obligatoirement au système de protection sociale du nouveau pays ou y contractent une assurance selon les modalités prévues par la loi nationale. Mais la législation nationale peut admettre le choix de s'assurer en matière de santé à l'étranger.

### ***1.1.3 Mobilité dans le but de recevoir des soins programmés transfrontaliers***

Si le déplacement a pour but de se faire soigner, les motifs en sont néanmoins multiples (Filion et al. 2012). Parmi les motifs de mobilité, on peut notamment citer l'existence d'une meilleure infrastructure médicale dans le pays de destination, la pratique de nouvelles méthodes de soins ; il peut également s'agir d'un cas d'urgence devant l'impossibilité d'administrer dans les délais indiqués les soins nécessaires dans le pays d'origine. Enfin, la mobilité peut être dictée par des raisons personnelles, y compris le souhait de se faire soigner pendant le congé pris dans le pays choisi. Il s'agit alors bien de déplacements à des fins médicales ou sanitaires, mais il n'est pas certain du tout qu'on puisse trouver un lien entre « tourisme social/sanitaire » et dumping social. Ce n'est même pas le cas lorsque les patients se rendent à l'étranger en raison des prix des prestations recherchées inférieurs à ceux pratiqués dans le pays d'origine, puisque les prestations sont payées par le demandeur ou son assurance. Indépendamment du coût des soins, il est à supposer que la demande de soins a lieu pour un prestataire dans un Etat dont le système de santé est au moins aussi développé que celui du pays d'origine.

### ***1.1.4 Les enjeux***

Les difficultés qui sont à surmonter pour le service de soins transfrontaliers tiennent principalement au fait de faire correspondre les intérêts des Etats membres et le droit et les principes de l'UE. L'UE n'a pas de compétence première en matière d'organisation des systèmes de santé, mais son action doit être menée tant dans le respect des compétences des Etats membres,<sup>1</sup> que dans l'affirmation de la libre circulation des personnes et des services ainsi que le respect de toutes les libertés fondamentales. La mobilité des patients ne doit pas être empêchée ou limitée du fait que les Etats membres exercent leur pouvoir de compétence dans l'organisation du système de santé. Il convient cependant de souligner que le considérant 4 de la directive santé<sup>2</sup> du 9 mars 2011 dispose que la transposition de la directive dans les législations nationales et son application ne doivent pas avoir pour effet d'encourager les patients à se faire soigner en dehors de leur Etat membre d'affiliation. Le droit de se faire soigner à l'étranger doit donc être considéré comme un droit devant être utilisé de façon restrictive. La CJUE joue un rôle de premier ordre pour rendre compatible l'exercice de ces libertés et les intérêts des Etats membres.

---

<sup>1</sup> Art. 168 TFUE.

<sup>2</sup> Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE du 4 avril 2011, L 88/45.

## 1.2 Le droit national et les prestations de soins transfrontalières

La protection sociale est à priori un droit à caractère national et surtout territorial. Ce qui vient d'être indiqué pour ce qui est de l'expatriation vaut également pour l'application du droit national, le pays d'immigration étant devenu l'Etat dont le droit trouve application. Le droit national peut prévoir des dispositions relatives à l'accès libre ou restreint aux prestations de santé au-delà des frontières nationales dans les limites du dispositif du droit de l'UE. Mais, de fait, les conditions de prise en charge des soins transfrontaliers sont selon les Etats membres très variables, ce qui a pour conséquence d'exclure certains patients des circuits des soins transfrontaliers (Fihon et al. 2012, p. 6).

Il convient de faire la distinction entre les déplacements pour motif de santé dont le financement est assuré directement par le seul bénéficiaire et les soins qui sont directement pris en charge ou dont les frais sont remboursés par l'assureur en charge. Dans ces derniers cas, les autorités compétentes supervisent l'application des dispositions relatives à l'octroi des prestations. Le droit national étant le cadre du système de santé, les modalités de ce droit relatives au service de prestations ou au montant des coûts pris en charge ou remboursés, peuvent avoir pour effet des restrictions aux dépens du patient. Sans aucun doute, des délais d'attente élevés peuvent être décisifs pour la mobilité. Par ailleurs, ce type d'obstacle peut être dressé par les institutions et autorités compétentes dans l'intention d'orienter la politique de santé nationale.

Quoiqu'il en soit, la mobilité des patients aux fins d'obtenir des soins au-delà des frontières doit être orientée et encadrée par des règles juridiques. La directive « droits des patients » dispose de façon non équivoque que les Etats membres demeurent responsables de la prestation de soins de santé sûrs, de qualité élevée, efficaces et quantitativement suffisants aux citoyens résidant sur leur territoire.<sup>3</sup>

## 1.3 Le droit de l'UE et les prestations de soins transfrontalières

Les personnes ainsi que les prestations de services et les marchandises sont concernées par les soins transfrontaliers. Les libertés fondamentales se trouvent au centre de la question, plus exactement il s'agit de la liberté de circulation des personnes, des services et des marchandises. Le règlement de coordination n° 883/2004 et le règlement d'application n° 987/2009 sont les instruments phare en la matière. Ils seront complétés par les règles de droit résultant de la transposition en droit national de la directive « droit des patients ».

---

<sup>3</sup> Considérant 4 de la directive.

### ***1.3.1 L'importance de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne***

La Cour de justice a été saisie par des personnes auxquelles les institutions compétentes avaient refusé la prise en charge des dépenses qui étaient dues pour des soins ou des appareillages. Dans des arrêts de grande importance, qui ont une forte implication en pratique, la Cour a posé les principes de base pour les soins transfrontaliers. La CJUE, notamment par l'interprétation du droit de coordination et des règles nationales, tient compte de la possible atteinte à l'équilibre financier des systèmes nationaux de santé publique du fait de la mobilité transnationale des patients. En effet, la protection de la santé publique fait partie des raisons impérieuses d'intérêt général qui peuvent justifier des restrictions à la libre circulation (van de Gronden et al. 2011). La CJUE a explicité les règles relatives aux soins inopinés et aux soins programmés et a apporté des solutions à la prise en charge des soins hospitaliers et des soins ambulatoires. On constate des changements depuis le début de la jurisprudence spécifique de la CJUE en application du règlement n° 1408/71, depuis le passage au règlement de coordination n° 883/2004.<sup>4</sup> La directive « droit des patients » de 2011 permet le recours à d'autres solutions (v. infra). En ce qui concerne la mobilité dans le but de recevoir des soins transfrontaliers, le principe est que l'autorisation préalable s'oppose à la liberté de prestations de services, mais qu'elle est acceptée en cas de soins hospitaliers et en cas de soins ambulants lorsqu'elle est exigée également par le droit national, dans l'Etat compétent.

La jurisprudence de la CJUE a une portée fondamentale dans la mesure où elle a élargi le fondement juridique pour des soins transfrontaliers. En effet, les relations et liens entre les systèmes et régimes des Etats membres ne reposent plus seulement sur la coordination stricto sensu (infra), mais sont également, et peut-être même de plus en plus gouvernés par le recours à d'autres instruments juridiques, notamment le droit primaire de l'UE (Lhernould 2009).

### ***1.3.2 La coordination***

Les instruments de coordination ont souvent fait l'objet de modification et les versions actuelles, les règlements n° 883/2004 et n° 987/2009 en sont le résultat. Ces règlements contiennent les règles classiques du droit international qui trouvent application lorsqu'au moins deux ordres juridiques sont en cause et qu'une situation transfrontalière existe. Il s'agit notamment de l'égalité de traitement, de l'unicité de la législation applicable, des règles permettant le maintien des droits acquis et en cours d'acquisition et donc l'exportation de prestations sociales, y compris la pri-

---

<sup>4</sup> Les règles qui s'appliquent aux soins transfrontaliers en application des règlements de coordination sont très complexes, d'autant plus que non seulement l'assuré, mais également les membres de sa famille doivent avoir droit aux prestations. V. p.ex. RDSS, 2010, n° 1, Dossier. Le nouveau droit communautaire de la sécurité sociale.



se en charge par remboursement. Evidemment, la nature du droit de l'UE fait que les principes contenus dans ces instruments de coordination reçoivent une portée et efficacité particulières.

### ***1.3.3 Le champ d'application personnel : à propos du travailleur et du citoyen***

Les règles de coordination (Fihon et al. 2012) s'appliquent au-delà des agents économiques ; ce ne sont plus seulement les travailleurs, salariés ou non, qui sont concernés, mais les citoyens de l'UE (Pataut 2011) qui se déplacent. Du travailleur salarié on est arrivé au citoyen de l'Union, le terme figurant aussi dans le texte du règlement de coordination. On change ainsi de catégorie. Du marché, auquel se rattache la circulation des travailleurs, on arrive à l'espace de liberté offert aux citoyens (Robin-Olivier 2011). Est-ce encore correct que de parler de la libre circulation des travailleurs ? La notion de travailleur continue de garder une importance particulière. C'est vrai pour l'accès aux prestations sociales, mais également pour le droit de séjour des citoyens, une distinction étant faite entre les citoyens travailleurs et ceux qui n'ont pas la qualité de travailleur. La CJUE affine la notion de travailleur et ses implications pour mieux la confronter à la citoyenneté (Rodière 2006). Contrairement au droit du travail, qui englobe également des aspects de la santé et qui est directement influencé par le droit de l'Union européenne, en matière sociale (sécurité sociale) l'influence du droit de l'Union européenne est indirecte, mais néanmoins considérable.

### ***1.3.4 La directive 2011/24 « droits des patients »***

Cette directive, qui est en vigueur mais qui n'a pas encore été transposée en droit national dans tous les Etats membres, ne concerne pas seulement les soins transfrontaliers stricto sensu, mais prévoit également des règles applicables aux relations entre prestataires de soins de santé, à la télémédecine, au dossier médical, notamment. Elle vise ainsi à sauvegarder un certain nombre de droits du patient. Elle a pour but d'établir des règles visant à faciliter l'accès aux soins de santé transfrontaliers et à garantir la mobilité des patients conformément aux principes établis par la Cour de justice.<sup>5</sup> La directive dispose aussi que les soins de santé transfrontaliers doivent être sûrs et de qualité élevée.<sup>6</sup>

Lors de l'élaboration des règlements de coordination il n'a pas été tenu compte de l'ensemble des solutions jurisprudentielles que la CJUE a dégagées en matière de soins transfrontaliers, notamment celles concernant la libre prestation de services.

---

<sup>5</sup> Considérant 10.

<sup>6</sup> Art. premier, 1.

La directive contient en revanche des dispositions relatives à des solutions jurisprudentielles non retenues par les règlements. Les soins transfrontaliers sollicités en application de la directive sont des prestations de services. La directive contient également un certain nombre de définitions qui tiennent compte des solutions jurisprudentielles, telle celle des soins hospitaliers et précise dans quelles conditions l'autorisation préalable aux soins peut être requise.

La transposition en droit national de la directive de 2011 apportera-t-elle de meilleures solutions en matière de soins transfrontaliers? Difficile à prévoir, mais certaines contributions dans cet ouvrage relatives à cette directive essaient d'apporter quelques réponses. Force est de constater qu'à l'avenir les citoyens de l'UE pourront se prévaloir de deux fondements juridiques différents pour la prise en charge des soins administrés dans un autre Etat membre que l'Etat membre compétent. Une des questions discutées concerne les droits qui sont accordés par la directive aux citoyens qui se font soigner à l'étranger ; une autre est celle des droits dont ils pourront effectivement se prévaloir en pratique, après la transposition de la directive (de La Rosa 2012). Les autorités compétentes allemandes, par exemples, estiment que la directive n'a pas besoin d'être transposée en droit allemand, parce que le droit national prévoit l'accès au soins dans un autre Etat membre. C'est, certes, vrai, mais qu'en est-il des autres droits et obligations visées par la directive?

### ***1.3.5 A propos des liens entre les instruments de coordination et la directive « droit des patients »***

La directive et les règlements de coordination ont, certes, le même but, à savoir permettre la réalisation de soins transfrontaliers. La directive contient des dispositions qui reprennent les solutions jurisprudentielles de la CJUE qui n'ont pas été incorporées dans les règlements de coordination, de sorte à ce que les deux bases juridiques pour la réalisation de soins transfrontaliers ne soient pas identiques pour ce qui est de leur contenu matériel. Les liens entre les deux types d'instruments de droit sont donc à prendre en considération.<sup>7</sup> La directive vise à rapprocher les différentes législations nationales et va donc dans le sens d'un rapprochement, d'une convergence en matière d'accès aux soins de santé transfrontaliers. Il est précisé dans la directive que ses dispositions ne portent pas atteinte aux droits prévus par les règlements.

Quelle voie suivre si l'interprétation des règlements et de la directive diverge quelque peu, comme cela semble être possible notamment pour ce qui est de l'autorisation préalable ? Si le patient peut se prévaloir et de l'application du règlement n° 883/2004 et de la directive, et si l'application du règlement s'avère plus

---

<sup>7</sup> L'Article premier, 1, dispose : La directive vise également à clarifier ses liens avec le cadre existant relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale, le règlement (CE) n° 883/2004, en vue de l'application des droits des patients.

Unionsbürgerschaft und Patientenfreizügigkeit  
Citoyenneté Européenne et Libre Circulation des  
Patients EU Citizenship and Free Movement of Patients  
Hennion, S.; Kaufmann, O. (Hrsg.)  
2014, XXII, 437 S. 22 Abb., Hardcover  
ISBN: 978-3-642-41310-0