

Bulletin luxembourgeois des questions sociales
2005 Volume 18

Accès aux soins de santé dans un marché unique: impact sur les systèmes légaux et complémentaires

Conférence internationale du 8 avril 2005



AIM



aloss
association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale



a l o s s

association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale

BP 1308
L-1013 Luxembourg

ISBN 2-495-23049-0

Les articles reproduits n'engagent que la responsabilité
de leurs auteurs et non les administrations et les
institutions dont ils relèvent

AVANT-PROPOS

Fernand LEPAGE

*VICE-PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE
DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE
(aloss)*

Mesdames, Messieurs, chers lecteurs,

Le présent volume 18 du bulletin luxembourgeois des questions sociales est consacré aux apports de la conférence internationale sur "L'accès aux soins de santé dans un marché unique: impact sur les systèmes légaux et complémentaires" qui a été organisée dans le cadre de la Présidence luxembourgeoise de l'Union Européenne.

L'objectif de la conférence était de présenter une perception précise de l'impact du droit communautaire existant et projeté sur les soins sanitaires et la protection sociale.

La conférence a eu lieu le 8 avril 2005, à un moment où la polémique autour du projet de directive Bolkestein, relative aux services dans le marché intérieur, battait son plein et dans un climat préélectoral annonçant en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg le référendum au sujet du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

Le conseil d'administration de l'Association luxembourgeoise des organismes de sécurité sociale (aloss) est fier d'avoir pu participer à l'organisation de la conférence, ensemble avec le Ministère de la sécurité sociale, l'Association internationale de la mutualité (AIM) et le Conseil supérieur de la mutualité luxembourgeoise (CSML).

La publication reprend, dans une première partie, le rapport de base remarquable du professeur Yves JORENS de l'Université de Gand. Dans une deuxième partie, le lecteur retrouve les interventions des experts, dans leur langue originale, regroupés autour des sujets des trois séances de travail, à savoir: "Les services de santé et le marché intérieur", "L'assurance maladie et le marché intérieur " et "Le concept de services sociaux d'intérêt général comme contrepoids aux règles du marché intérieur".

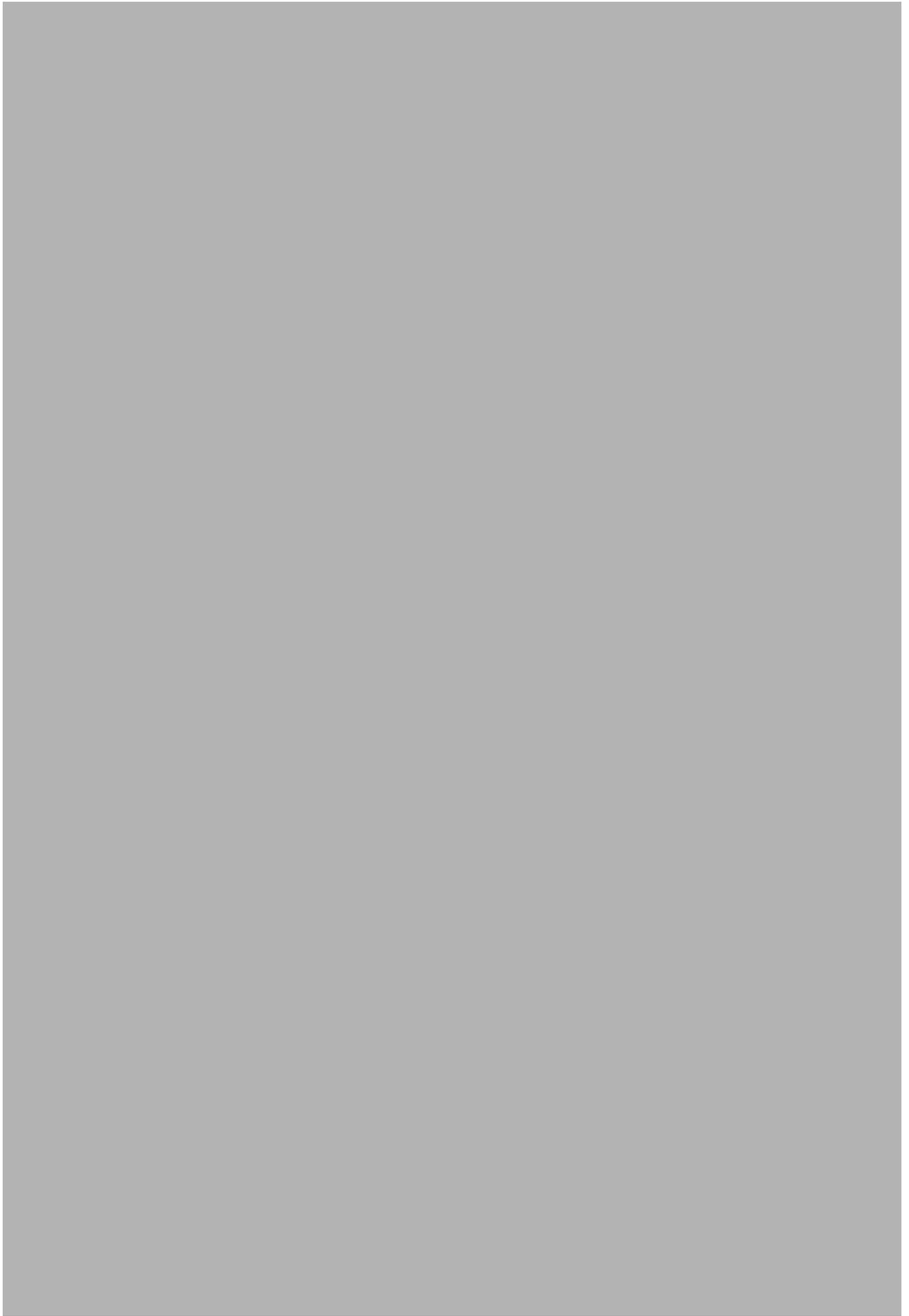
Je tiens à remercier tous ceux qui par leur engagement ont contribué à la réussite de la conférence et à la réalisation de la présente publication.

Pour conclure, j'espère que la présente publication constituera un apport utile permettant de mieux envisager dans le futur l'accès aux soins de santé dans le marché unique.

PARTIE I

**L'ACCÈS AUX SOINS DE SANTÉ
DANS UN MARCHÉ UNIQUE:
IMPACT SUR LES SYSTÈMES LÉGAUX ET
COMPLÉMENTAIRES**

RAPPORT DE BASE





Accès aux soins de santé dans un marché unique: impact sur les systèmes légaux et complémentaires

Yves JORENS

*PROFESSEUR DE DROIT DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
ET DE DROIT SOCIAL EUROPÉEN*

Michael COUCHEIR

CHERCHEUR

Filip VAN OVERMEIREN

CHERCHEUR

Introduction générale

Les États sociaux sont des États nationaux. La sécurité sociale - et en particulier les soins de santé - a toujours été considérée comme une des missions et attributions centrales des États nationaux. Nonobstant l'extension progressive, mais limitée, des compétences de l'Union européenne dans les domaines de la politique sociale et de la santé publique, l'organisation des systèmes de santé, leur financement et leur planification en fonction des besoins de la population relèvent donc de la compétence des États membres. Même si le traité indique clairement que la Communauté européenne assure un niveau élevé de protection de la santé humaine,¹⁾ l'organisation du système est laissée aux législations nationales. L'article 152(5) du traité CE dispose que "l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux."

Mais l'influence des règles du marché intérieur a été et reste bien plus importante que l'enrichissement des compétences attribuées à l'Union européenne par le traité. L'effet des règles du marché intérieur a été de réduire la souveraineté (l'autorité légale) et l'autonomie (la capacité d'agir concrètement) du système de protection sociale des États membres. L'expansion progressive du droit communautaire a peu à peu érodé le contrôle national sur les bénéficiaires (les États membres ne peuvent plus

limiter uniquement à leurs citoyens l'accès à la protection sociale), le contrôle géographique de la consommation (l'assuré relevant d'un système national a de plus en plus la possibilité de comparer et de consommer les services proposés par d'autres systèmes dans l'UE), l'exclusivité de couverture sur le territoire national (les États membres sont de plus en plus tenus d'accepter l'infiltration de systèmes d'autres pays sur leur territoire), le contrôle de l'accès au statut de fournisseur de prestations (les États doivent donner aux prestataires étrangers l'accès à leurs systèmes nationaux de protection sociale) ainsi que le contrôle sur les décisions administratives (les États membres doivent accepter que le statut de bénéficiaire malade soit déterminé par des organismes administratifs d'autres États membres).²⁾ Les États sociaux européens ont donc assisté à une désintégration progressive de leurs frontières extérieures et de leur capacité à les contrôler, devenant ainsi des entités semi-souveraines.

Le caractère limité de l'influence directe du droit communautaire européen sur les législations nationales en matière de protection sociale, et en particulier sur les politiques nationales de santé, ne signifie pas pour autant que le secteur de la sécurité sociale soit une île hors d'atteinte du droit communautaire et que, partant, toutes les règles nationales relatives à la sécurité sociale soient hors de son champ d'application.³⁾

La question de l'impact du droit européen sur les systèmes nationaux de santé est devenue brûlante depuis la conclusion des affaires marquantes concernant la mobilité des patients européens par l'affirmation que les soins de santé constituent un service au sens défini par le traité instituant la Communauté européenne. Bien que cette évolution était depuis longtemps attendue, l'application des libertés économiques fondamentales au secteur des soins de santé constituait une première.

Dès l'instant où la Cour de justice a souligné que les soins de santé constituent une activité économique entrant dans le champ d'application des principes de libre circulation des biens et services, il est clair que d'autres domaines du droit communautaires, et notamment le droit de la concurrence, s'appliqueront également aux systèmes de soins de santé.

Il est donc apparu clairement que l'influence de l'Union européenne sur les "questions de santé" ne resterait pas limitée au domaine de la "santé publique" se préoccupant des maladies rares et contagieuses, du sang et des tissus, de la prévention des blessures, du tabagisme, de la nutrition, etc. Le droit européen a en effet montré sa capacité d'impact direct sur l'organisation des soins de santé et, en particulier, sur l'organisation du remboursement des soins de santé dans les États membres, même si l'article 152(5) du traité CE proclame le contraire. La problématique des soins de santé a soudain acquis une dimension beaucoup plus européenne.

Certaines des questions relatives à l'influence du marché commun sur les soins de santé⁴⁾, seront abordées dans le cadre ce rapport.⁵⁾

Les affaires concernant les soins de santé transfrontaliers ont clairement montré que les prestataires de soins de santé ainsi que les organismes d'assurance maladie privée peuvent tirer avantage des dispositions relatives à la libre circulation des personnes et services. Il importe de ne pas considérer les soins de santé uniquement sous l'angle de l'offre, où les responsabilités ont été prises pour conserver l'équilibre financier, mais aussi sous l'angle de la demande, c'est-à-dire du patient, qui, aujourd'hui, peut lui-même choisir le lieu de son traitement médical.⁶⁾ Mais le patient n'est pas le seul à pouvoir tirer avantage de cette européanisation des soins de santé. Les États membres vont également devoir ouvrir leur système aux prestataires médicaux étrangers. De nombreuses directives ont été adoptées pour faciliter cette libre circulation.⁷⁾ La manière dont les prestataires médicaux étrangers peuvent offrir des services a pris un intérêt particulier l'an dernier avec la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur. Ces éléments sont développés dans le chapitre II de notre rapport.

Dans la mesure où elles peuvent être qualifiées d'entreprises au sens des dispositions pertinentes du traité CE, les activités des prestataires de soins de santé et des organismes d'assurance maladie peuvent être examinées sous l'angle des règles de concurrence. Ce sujet est traité dans le chapitre III de ce rapport.

Il est indéniable que les soins de santé constituent un marché économique avec fourniture de biens et services qui, en principe, pourraient être fournis par des acteurs privés opérant dans un marché purement commercial. Par ailleurs, les soins de santé ne constituent pas un marché normal en raison de l'asymétrie d'information: ce sont encore les fournisseurs qui déterminent la demande, et non les consommateurs avisés. En matière de soins de santé, les utilisateurs ne sont pas encore en position de pouvoir prendre des décisions eux-mêmes et dans leur meilleur intérêt. En outre, les soins de santé sont considérés comme une facilité essentielle dont l'accès ne peut être déterminé par la capacité ou la volonté de payer. Il s'agit au contraire d'un droit fondamental inscrit dans la plupart des constitutions européennes. En effet, tous les États membres approuvent l'objectif fondamental d'accès de l'ensemble de la population aux soins de santé nécessaires, indépendamment de l'état de santé ou de la situation financière des individus.⁸⁾

Il est dès lors impensable d'ouvrir totalement le marché des soins de santé à la libre concurrence. C'est en partie la raison pour laquelle les systèmes de santé européens sont, dans une large mesure, organisés et financés par les pouvoirs publics.⁹⁾ Tous les systèmes de santé des États membres ont un concept très élaboré de responsabilité collective et de solidarité. Il est dès lors très complexe d'aborder le sujet du droit de la concurrence en matière de sécurité sociale et de soins de santé, notamment parce que le droit de la concurrence et la politique sociale semblent être deux concepts totalement différents et opposés. Alors que le droit de la concurrence cherche

uniquement à éliminer toutes les barrières et limites possibles au principe fondamental du libre échange et de la liberté individuelle d'initiative et de choix, la politique sociale semble aller exactement dans le sens opposé.¹⁰⁾ La protection sociale cherche en effet à couvrir et à protéger la population contre ce que l'on appelle les risques sociaux. Cependant, l'intervention de l'État, matérialisée dans le principe d'adhésion obligatoire aux régimes publics pour les nationaux (ou résidents) d'un territoire déterminé, implique une action collective et certains mécanismes de redistribution financière entre les individus ou catégories d'individus.

La combinaison de ces deux éléments - la solidarité, d'une part, et les aspects plus économiques du marché libre, d'autre part - exige un réglage minutieux sur le plan juridique. Ce réglage fin est en cours et la Cour européenne de justice des Communautés européennes joue à cet égard le rôle le plus important. Force est d'admettre que dans sa jurisprudence, la Cour de justice a cherché un équilibre délicat, peut-être pas toujours d'une manière très compréhensible, entre les réalités du marché commun et le souci des États membres de préserver une solidarité nationale.

Ceci correspond à un type particulier d'évolution où l'on voit UE s'engager de plus en plus dans une sorte de politique sociale activiste, s'affirmant comme source de droits sociaux brisant les règles du marché. Pour éviter une pleine application des règles du marché intérieur au secteur des soins de santé, l'idée est d'examiner si les soins de santé pourraient être considérés comme un service d'intérêt (économique) général. Ce sujet fait l'objet du chapitre IV de notre rapport.

Avant d'examiner en détail l'influence du marché intérieur sur les soins de santé, il nous paraît utile d'analyser comment l'Union européenne a réagi, sur un plan politique, aux développements nationaux et européens en matière de soins de santé.

I. L'agenda politique européen en matière de politique de santé

L'approche communautaire en matière de soins de santé (à l'exclusion des responsabilités en matière de "santé publique") peut grossièrement¹¹⁾ se diviser en deux orientations politiques influentes, différentes mais interconnectées: d'une part, les systèmes de soins de santé en tant qu'élément clé de la "stratégie de Lisbonne" relative à la modernisation des systèmes de protection sociale et, d'autre part, les soins de santé en tant que thème de discussion dans le cadre d'un nouveau processus de réflexion sur la "mobilité des patients et l'évolution des soins de santé", cette orientation étant plus directement liée à la jurisprudence *Kohll* et *Decker* de la Cour de justice.¹²⁾

Les soins de santé ne constituent pas un élément nouveau de l'agenda politique européen. En 1992 déjà, une recommandation du Conseil relative à la convergence des objectifs et des politiques de protection sociale appelait les États membres à "veiller au maintien et, si nécessaire, au développement d'un système de soins de qualité, adapté à l'évolution des besoins de la population, et notamment à ceux qui découlent de la dépendance des personnes âgées, à l'évolution des pathologies et des thérapeutiques et à la nécessaire intensification de la prévention."¹³⁾ À la fin des années 1990, plusieurs rapports et communications de la Commission relatifs à la protection sociale en Europe, ainsi que le Parlement européen en 1999, invitaient la Commission à engager un processus de concertation volontaire concernant les objectifs et les politiques en matière de protection sociale, sur le modèle de la stratégie européenne de l'emploi.¹⁴⁾ La même année, les soins de santé étaient désignés par le Conseil comme l'un des quatre domaines de protection sociale nécessitant une coopération plus étroite entre les États membres. Les conclusions de la présidence de Conseils européens successifs ont également fait référence à la nécessité de réformer et d'adapter les systèmes de protection sociale. L'important Conseil européen de Lisbonne¹⁵⁾ de mars 2000, qui a adopté une approche intégrée de l'emploi, des réformes économiques et de la cohésion sociale, a fixé pour l'Union européenne l'objectif (2000-2010) de "devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale". Selon ces conclusions, réitérées et développées dans pratiquement toutes les réunions suivantes du Conseil européen, les régimes de protection sociale devaient être adaptés dans le cadre d'un État social actif de manière à ce qu'il soit financièrement intéressant de travailler, à garantir leur viabilité à long terme malgré le vieillissement de la population, à promouvoir l'intégration sociale et l'égalité des sexes, "et à fournir des services de santé de qualité". Le développement des systèmes de santé dans les États membres s'est ainsi trouvé incorporé dans un processus communautaire global, la "stratégie de

Lisbonne", probablement sous l'influence des "grandes orientations des politiques économiques de 1999" recommandant aux États membres de réformer leurs systèmes de retraite et de soins de santé de manière à pouvoir faire face tant à la charge financière imposée aux dépenses sociales par le vieillissement de la population qu'à la nécessité d'influencer l'offre de travail future.¹⁶⁾ Accessibilité, qualité et viabilité financière étaient soulignées par la Commission¹⁷⁾ comme les axes essentiels de ce processus de modernisation de la protection sociale. Pour ce qui concerne les soins de santé, ces trois éléments ont été approuvés par le Conseil européen de Barcelone¹⁸⁾ de mars 2002.

Sur la base de ces conclusions, le Comité de la protection sociale¹⁹⁾ (CPS) s'est également intensément penché sur la question de l'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées. Le CPS, organe du Conseil à caractère consultatif, a été créé en 2000 pour renforcer la coopération entre les États membres sur les politiques de protection sociale.²⁰⁾ Le CPS a pour principales tâches de suivre l'évolution des politiques de protection sociale dans les États membres et la Communauté et de faciliter les échanges d'informations, d'expériences et de bonnes pratiques entre les États membres et avec la Commission. À ce titre, il est donc directement impliqué dans le processus de modernisation des systèmes de santé, en étroite coopération avec le Comité de l'emploi (EMCO)²¹⁾ et le Comité de politique économique (CPE),²²⁾ dans la mesure où l'un de ses quatre objectifs est de "garantir un niveau élevé et durable de protection et de la santé". La méthode ouverte de coordination, "permettant de diffuser les meilleures pratiques et d'assurer une plus grande convergence au regard des principaux objectifs de l'Union européenne", est la méthode de gouvernance qui semble gagner en importance, y compris dans le domaine des soins de santé. Instituée lors du Conseil européen de Lisbonne de 2000, cette méthode a été conçue pour aider les États membres à développer leurs politiques propres mais néanmoins axées sur des objectifs définis en commun. Elle inclut généralement l'établissement de critères d'évaluation quantitatifs ou qualitatifs entre les États membres et implique un suivi, une évaluation ainsi qu'un examen par les pairs pour permettre à chacun de tirer des enseignements. Bien que juridiquement non contraignante et non assortie de sanctions, la "pression des pairs" instaurée par la méthode ouverte de coordination incite néanmoins les États membres à rivaliser pour améliorer leur performance en établissant des normes élevées et en accueillant recommandations et réactions. S'agissant des soins de santé et des soins aux personnes âgées, le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 insistait sur le fait que les régimes de protection sociale devaient préserver leur capacité à fournir des services de santé de qualité. En conséquence, en juin 2001, le Conseil européen de Göteborg²³⁾ invitait le Conseil, "selon la méthode ouverte de coordination et sur la base d'un rapport conjoint du Comité de la protection sociale et du Comité de politique économique (...) à

établir un premier rapport pour le Conseil européen du printemps 2002 contenant des orientations en matière de soins de santé et de soins pour les personnes âgées", sur la base d'une communication de la Commission sur l'avenir des soins de santé et des soins pour les personnes âgées²⁴). En 2002, lors du Conseil européen de Barcelone, le Conseil a présenté un premier rapport sur les soins de santé et les soins pour les personnes âgées²⁵). Ce rapport demandait à la Commission et au Conseil d'explorer plus en détail les aspects d'accessibilité, de qualité et de viabilité financière dans ce domaine. En conséquence, le CPS et le Comité de politique économique ont distribué à tous les États membres un questionnaire²⁶), qui fut à la base d'un rapport conjoint intitulé "Soutenir les stratégies nationales pour l'avenir des soins de santé et des soins aux personnes âgées"²⁷) et approuvé à Bruxelles lors du Conseil européen de printemps de mars 2003.²⁸)

Enfin, la Commission a poursuivi cette coopération en publiant, en avril 2004, une communication intitulée "Moderniser la protection sociale pour le développement de soins de santé et de soins de longue durée de qualité, accessibles et durables: un appui aux stratégies nationales par la 'méthode ouverte de coordination'". Faisant suite à la résolution du Parlement européen de mars 2004 appelant à une coopération renforcée en matière de soins de santé et de soins de santé de longue durée et demandant à la Commission de faire des propositions en ce sens²⁹), et comme annoncé dans le rapport de printemps 2004, la Commission a publié cette communication dans le but de favoriser la définition d'un cadre commun permettant, grâce à l'application de la "méthode ouverte de coordination", de soutenir les efforts nationaux de réforme et de développement des soins de santé ainsi que des soins de longue durée pris en charge par la protection sociale. Dans cette communication, la Commission exprimait son souhait de parvenir à un accord sur les objectifs communs en 2004. Les États membres étaient invités à présenter, en mars 2005, des "rapports préliminaires" qui présenteraient les défis auxquels leurs systèmes sont confrontés au niveau national, les réformes en cours et les orientations politiques de moyen terme. Ces rapports comprendraient des données statistiques et, le cas échéant, des objectifs chiffrés. Ils seraient, à ce stade préliminaire, nécessairement brefs et feraient ensuite l'objet d'une analyse par la Commission dont il serait tenu compte au moment de la fixation des objectifs communs du processus de protection sociale rationalisé. Cette rationalisation devrait donner lieu, en 2006, à une première série de "stratégies de développement et de réforme" des soins de santé et de longue durée, couvrant la période 2006-2009. Les conclusions de l'examen de ces stratégies seront présentées dans le Rapport conjoint sur la protection sociale et l'inclusion sociale en 2007. Compte tenu de la diversité des thèmes et des enjeux abordés par les objectifs communs, le CPS et les autres instances compétentes (EMCO, CPE, futur groupe de haut niveau en matière de services de santé et de soins médicaux³⁰) créé parallèlement par la Commission) étaient invités à établir des relations de

coopération étroite comprenant notamment l'établissement d'un programme de travail identifiant les sujets relevant de chacune des instances.

À côté de ce travail, qui se situe dans et autour du cadre du "processus de Lisbonne" relatif à la modernisation des systèmes de protection sociale, on observe un processus étroitement lié, mais cependant discernable, qui se concentre davantage sur l'impact du marché intérieur sur les systèmes de santé nationaux et, en particulier, sur la mobilité des patients dans l'Union européenne facilitée par la jurisprudence de la CJCE. Posant de nombreux problèmes en matière de politique sanitaire, qu'il s'agisse de la qualité et de l'accessibilité des soins transfrontaliers, des exigences d'information des patients, des professionnels et des décideurs de la santé, de l'ampleur de la coopération dans le domaine sanitaire et de la manière de concilier les politiques nationales et les obligations européennes, ces arrêts ont suscité un intérêt et une action considérables de l'UE vis-à-vis de la problématique des soins de santé et sont à l'origine d'une plus grande implication de l'UE dans ces questions. Conséquence directe des libertés fondamentales à la base de la Communauté, la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé ont pris la priorité dans cet agenda. À la suite d'échanges concernant les implications de ces arrêts lors d'une conférence organisée à Gand, en décembre 2001, par la présidence belge du Conseil⁽³¹⁾ et de l'identification par le Haut Comité de la santé, dans son rapport de décembre 2001 sur le marché intérieur et les services de santé, de questions importantes (la santé dans l'Union européenne, la coordination des systèmes de versements de sécurité sociale, les récents développements concernant la libre circulation des patients, les projets de soins transfrontaliers, le marché intérieur et les soins de santé), de nouvelles discussions ont été organisées par la présidence espagnole du Conseil lors de la réunion informelle des ministres européens de la santé en février 2002, à Malaga. Les participants à cette réunion ont abordé des thèmes tels que les centres de référence spécialisés, le partage des capacités disponibles, l'accès aux soins dans des pays voisins pour les résidents de régions frontalières et la fourniture de soins aux résidents de longue durée dans un autre État membre. Cette réunion a fait clairement apparaître qu'il était impératif d'agir en la matière. Le rapport soulignait la diversité des systèmes de santé en Europe, mais aussi le fait que tous partageaient les mêmes principes de solidarité, d'équité et d'universalité. Les ministres européens de la santé ont par ailleurs confirmé que la politique des soins de santé devait être le résultat du travail des politiques et non des juges. Un programme de travail fut élaboré et les participants décidèrent de reprendre la discussion lors d'une réunion d'experts organisée à Minorque en mai 2002. L'objectif de cette réunion était d'examiner les options présentées par le règlement n° 1408/71 relatif à la coordination des régimes de sécurité sociale en vue de la libre circulation des patients et d'identifier si ledit règlement couvrait toutes les situations susceptibles de se présenter. Les besoins en informations, l'examen de la

situation en matière de soins transfrontaliers et la qualité des services de santé au niveau européen furent également des thèmes abordés lors de cette réunion. Parmi les propositions discutées semblant ouvrir la voie vers une "approche européenne des soins de santé" figuraient l'instauration d'un panier de prestations de base remboursables sans autorisation préalable, la mise en place d'une politique européenne de qualité et d'un système européen d'alerte en matière de sécurité des soins de santé, la création de réseaux d'information des patients, l'échange d'informations sur les soins médicaux et l'établissement de protocoles pour les patients et le personnel médical.

Néanmoins, c'est principalement le Conseil "Santé" de juin 2002 qui a véritablement lancé un processus de réflexion sur l'interaction entre les systèmes de santé au sein de l'Union européenne. Dans ses conclusions, ce Conseil reconnaissait pleinement l'interaction émergente entre les systèmes de santé ainsi que les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux, mais admettait également l'impact sur les systèmes de santé d'autres éléments tels que ceux concernant notamment le marché unique. Le Conseil estimait qu'il était nécessaire de renforcer la coopération afin de promouvoir autant que possible l'accès à des soins de santé de grande qualité tout en maintenant la viabilité financière des systèmes de soins de santé dans l'Union européenne. À cette fin, "le Conseil et les représentants des États membres réunis au sein du Conseil reconnaissent qu'il serait utile que la Commission entame, en étroite collaboration avec le Conseil et tous les États membres - en particulier les ministres chargés de la santé et d'autres intervenants clés - un processus de réflexion à haut niveau", qui devrait viser à "tirer des conclusions le moment venu pour entreprendre éventuellement de nouvelles actions." Aux fins de ce "processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne", la Commission a réuni des ministres de la santé des États membres, des représentants des patients, des professionnels de santé, des fournisseurs et des acheteurs de soins de santé ainsi que des représentants du Parlement européen dans le but de développer une vision commune en matière de santé tout en respectant les responsabilités nationales. Les experts du groupe de réflexion à haut niveau se sont réunis à trois reprises, soutenus par des réunions complémentaires de leurs représentants, et ont adopté, en décembre 2003, 19 recommandations spécifiques dans cinq grands domaines: une coopération européenne permettant une meilleure utilisation des ressources (droits et obligations des patients, partage des capacités disponibles et soins transfrontaliers, centres européens de référence, évaluation des technologies médicales); l'information des patients, des professionnels et des décideurs politiques (cadre stratégique comportant des initiatives d'information); l'accès aux soins et leur qualité (amélioration de la connaissance des questions d'accès et de qualité, analyse de l'incidence

d'activités européennes sur l'accès et la qualité); la conciliation des objectifs nationaux avec les obligations européennes; l'utilisation, dans le domaine de la santé, du Fonds de cohésion et des Fonds structurels de l'Union. Après avoir produit, en juillet 2003, un rapport de synthèse³²⁾ sur la mise en oeuvre au niveau national de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de remboursement des frais médicaux encourus dans un autre État membre, la Commission a récemment répondu aux défis issus du processus de réflexion à haut niveau par une stratégie globale définie dans deux communications: la communication susmentionnée sur l'extension de la méthode ouverte de coordination aux soins de santé et aux soins de longue durée et la communication de la Commission sur le suivi du processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne³³⁾. Une autre communication définit un "plan d'action Santé en ligne"³⁴⁾, dans le cadre d'un espace européen de la santé en ligne, pour l'utilisation des technologies de l'information et des communications aux fins d'amélioration de l'accès, de la qualité et de l'efficacité des services de santé dans l'ensemble de l'Union européenne. En outre, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice susmentionnée, la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur³⁵⁾ ainsi que le règlement (CE) n° 883/2004 modernisé et simplifié³⁶⁾ qui remplacera le règlement n° 1408/71 à la date d'entrée en vigueur d'un nouveau règlement d'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, fournissent le cadre juridique pour le remboursement des frais de santé exposés dans un autre État membre que l'État membre où est assuré le patient. Toutes ces initiatives devraient permettre aux patients d'exercer leurs droits aux termes de la législation communautaire en matière de soins de santé dans d'autres États membres et faciliter la coopération européenne concernant les systèmes de santé, tout en respectant les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux.

L'organisation, en novembre 2002, du premier Forum européen sur la politique de la santé, autre mécanisme informel dans le domaine des soins de santé au niveau européen, fut également importante.³⁷⁾ Ce forum a pour vocation de rassembler les organisations représentant les acteurs du secteur de la santé afin de veiller à ce que la stratégie en matière de santé soit ouverte, transparente et en adéquation avec les préoccupations publiques. Le Forum européen sur la politique de la santé est l'un des éléments d'une triade composée par ailleurs du Forum ouvert (élargissant les travaux du Forum européen sur la politique de la santé à un groupe plus vaste d'acteurs comptant approximativement 300 participants et organisé pour la première fois le 17 mai 2004 à Bruxelles³⁸⁾ et, dans le futur, d'un Forum virtuel.

II. Accès aux soins de santé dans un marché unique: impact sur les systèmes légaux et complémentaires

1) Libre circulation des patients: lien entre la procédure de mobilité des patients fondée sur le traité et la procédure de mobilité des patients fondée sur le règlement

A. Deux procédures de mobilité

Jusqu'en 1998, les ressortissants de la Communauté sollicitant un traitement médical dans un autre État membre, à charge financière de leur institution nationale d'assurance maladie, n'avaient pas d'autre choix que de se fonder sur l'article 22(1)(c), du règlement (CE) n° 1408/71. Conformément à cette disposition, un assuré autorisé à se rendre dans un autre État membre pour y recevoir des soins médicaux appropriés a droit à des soins de santé, pour le compte de son institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié. En vertu du paragraphe 2 de l'article 22, cette autorisation ne peut pas être refusée lorsque les soins en question figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'assuré et que les soins que cette personne entend recevoir dans un autre État membre ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement en question dans l'État membre d'affiliation³⁹.

L'arrêt *Kohll*⁴⁰ rendu en 1998 par la Cour de justice (ci-après la "CJCE" ou "la Cour") et dont la portée a été clarifiée dans des arrêts ultérieurs⁴¹) a ouvert la voie à une deuxième méthode d'obtention de soins planifiés à l'étranger, qui découle directement du traité instituant la Communauté européenne (ci-après "traité CE" ou "traité") et en particulier de ses articles 49 et 50. La substance de cette jurisprudence est bien connue et peut être résumée comme suit: les soins médicaux, qu'ils soient dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre⁴²), sont des services au sens du traité, indépendamment de la manière dont les États membres organisent et financent leurs systèmes de sécurité sociale. L'exigence d'une autorisation pour le remboursement des frais médicaux encourus dans un autre État membre constitue, tant pour les patients que pour les prestataires de services médicaux, un obstacle à la libre prestation des services. Toutefois, en ce qui concerne les prestations hospitalières, la Cour a indiqué que, compte tenu de la nécessité d'une planification afin, d'une part, de garantir une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers et, d'autre part, d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines, l'exigence d'une autorisation est justifiée. Par contre, en ce qui concerne les prestations non hospitalières, la Cour a estimé que l'exigence d'une autorisation ne

pouvait se justifier dans la mesure où des barrières concrètes (par exemple, de nature géographique ou linguistique) empêchent un nombre important de patients de solliciter des soins extrahospitaliers à l'étranger et que, de toute façon, le remboursement des frais exposés pour ces soins serait limité à la couverture garantie par le régime d'assurance maladie de l'État membre d'affiliation. Compte tenu de son impact financier limité, la suppression de l'exigence d'une autorisation préalable ne porterait pas gravement atteinte à l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale nationaux⁴³⁾.

B. Compatibilité de l'article 22 du règlement n° 1408/71 avec le traité CE

Dans les affaires *Kohll*, *Geraets-Smits* et *Peerbooms* ainsi que *Müller-Fauré* et *Van Riet*,⁴⁴⁾ les règles nationales litigieuses ont été examinées uniquement à la lumière des dispositions du traité CE relatives aux services. Pour diverses raisons, aucune de ces affaires ne tombait dans le champ d'application de l'article 22(1)(c) du règlement n° 1408/71. Dans l'affaire *Kohll*, la question de la validité dudit article a toutefois été soulevée de manière indirecte. En réponse à l'argument logique avancé par le gouvernement luxembourgeois - dont la législation était une application stricte de l'article 22 du règlement n°1408/71 - selon lequel la mise en cause des dispositions nationales revenait à mettre en cause la validité de la disposition analogue contenue dans le règlement, la Cour a indiqué que le fait qu'une mesure nationale puisse éventuellement être conforme à une disposition de droit dérivé n'a pas pour effet de faire échapper cette mesure aux dispositions du traité. La CJCE poursuivait son argumentation en déclarant que l'article 22 dudit règlement vise à réglementer la prise en charge de frais médicaux encourus dans un autre État membre "selon les dispositions de la législation de l'État dans lequel les dispositions sont servies".⁴⁵⁾ La Cour, interprétant ledit article à la lumière de son objectif, a conclu que "[celui-ci] n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement le remboursement par les États membres, aux tarifs en vigueur dans l'État compétent, des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre État membre, même en l'absence d'autorisation préalable.⁴⁶⁾

Dans le récent arrêt *Inizan*,⁴⁷⁾ la Cour a été appelée à se prononcer sur la compatibilité du régime d'autorisation préalable prévu par l'article 22 du règlement n° 1408/71 avec les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services. Dans ses conclusions, l'avocat général s'est longuement étendu sur les différences entre la procédure fondée sur le règlement et celle fondée sur le traité, soulignant que seul la première donne droit au patient transfrontalier d'être traité de la même manière que les affiliés au régime national de sécurité sociale⁴⁸⁾. L'avocat général a également conclu que l'article 22(1)(c) n'était pas incompatible avec l'article 49 du traité CE. La Cour a, pour sa part, abouti à la même conclusion. Après avoir réitéré les conclusions formulées dans l'affaire *Kohll*, la Cour a déclaré que l'article 22, au lieu de constituer un obstacle à la libre prestation de services, contribue à

faciliter la libre circulation des patients et la prestation de services médicaux transfrontaliers entre les États membres. En effet, cet article garantit aux assurés sociaux un accès aux soins dans les autres États membres dans des conditions de prise en charge aussi favorables que celles dont bénéficient les assurés sociaux qui relèvent de la législation de ces derniers. Par conséquent, se trouvent ainsi conférés aux bénéficiaires de l'article 22, des droits qu'ils ne posséderaient pas autrement puisque, en ce qu'ils impliquent une prise en charge par l'institution du lieu de séjour selon la législation qu'applique cette dernière, ces droits ne sauraient par hypothèse être garantis auxdits assurés sociaux en vertu de la seule législation de l'État membre compétent.⁴⁹⁾ De l'avis de la Cour, le fait que le législateur communautaire ait soumis le bénéfice de ces droits à des conditions strictes est sans incidence dans la mesure où l'article 42 CE n'interdit pas au législateur communautaire d'assortir de conditions les droits et facilités qu'il accorde en vue d'assurer la libre circulation des travailleurs ni d'en fixer les limites.⁵⁰⁾

Dès lors, il résulte du refus de la Cour d'invalider l'article 22 (1) (c) du règlement n° 1408/71 que deux procédures différentes – sans que l'une ait la primauté sur l'autre⁵¹⁾ – régissent la prise en charge des frais médicaux encourus dans un autre État membre. Nonobstant la complexité que génère cette coexistence,⁵²⁾ on est en droit de se demander si la Cour a eu raison de maintenir la validité de la procédure fondée sur le règlement. Après tout, il est difficile de comprendre comment le régime d'autorisation préalable établi par le règlement pourrait faciliter la libre prestation de services, alors que la Cour condamne invariablement les régimes hors du champ d'application de l'article 22 comme étant des obstacles à cette liberté fondamentale. Certains auteurs affirment que la Cour aurait dû qualifier l'article 22 de restriction *prima facie* à l'application des articles 49 et 50 du traité CE et poursuivre ensuite par un examen des justifications possibles.⁵³⁾

Cependant, l'option choisie par la Cour devient compréhensible lorsqu'on considère l'alternative consistant à écarter les dispositions pertinentes du règlement au motif qu'elles sont incompatibles avec une norme hiérarchiquement supérieure. Certains affirment qu'une telle approche n'aurait pas concordé avec la tendance actuelle de déférence judiciaire à l'égard du législateur communautaire.⁵⁴⁾ En effet, plutôt que de déclarer un droit dérivé totalement contradictoire avec le traité, la Cour a pour l'instant tendance à "neutraliser" tout effet indésirable que pourrait produire la législation en appliquant directement les dispositions légales de droit primaire.⁵⁵⁾ En outre, la Cour a toujours soutenu que lorsqu'un texte de droit communautaire dérivé exige une interprétation, il doit de préférence être interprété dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité.⁵⁶⁾

1. Interprétation "facultative" du règlement

Apparemment, la Cour est restée fidèle à ces considérations en confirmant la validité de l'article 22 du règlement n° 1408/71. Pour ce faire, elle a procédé à une interprétation "facultative" du règlement, insistant sur ses qualités et sa valeur ajoutée par rapport à la procédure fondée sur le traité. Manifestement, la Cour n'a pas pensé à l'article 22(1)(c) en termes de disposition impérieuse qui oblige l'institution compétente à rembourser les frais médicaux exclusivement selon les tarifs applicables dans l'État membre où les soins ont été reçus. Si elle avait adopté cette approche, la Cour aurait inévitablement été amenée à apprécier la compatibilité de l'article avec le traité en ce qu'il n'autorisait pas le remboursement des frais médicaux selon les tarifs en vigueur dans l'État membre d'affiliation⁵⁷⁾. Le raisonnement de la Cour est au contraire centré sur les avantages offerts par le règlement à ses bénéficiaires par rapport aux assurés qui se fondent directement sur le traité. Les premiers ont droit à des soins dans les autres États membres "dans des conditions aussi favorables que celles dont bénéficient les assurés sociaux qui relèvent de la législation de ces autres États".⁵⁸⁾ En particulier, un patient muni d'une autorisation au sens de l'article 22 du règlement peut obtenir des soins médicaux transfrontaliers sans encourir de frais supplémentaires, même lorsque la facture des soins médicaux dispensés à l'étranger est supérieure au montant qui aurait été couvert si le patient avait été traité dans l'État membre d'affiliation. Plus encore, il peut même, pour le compte de l'institution compétente, recevoir des soins médicaux qui ne sont pas remboursables dans l'État membre d'affiliation.⁵⁹⁾

Force est d'admettre qu'il s'agit d'avantages que la procédure fondée sur le traité n'offre pas et, selon nous, ne peut pas offrir, pour cause d'absence de restriction à la libre prestation de services. En effet, le simple fait que l'institution ou la caisse nationale de maladie refuse de prendre en charge des frais de santé encourus à l'étranger n'est pas suffisant pour la tenir responsable d'une restriction de la libre circulation des services. Un tel refus reviendrait à une restriction uniquement s'il existait, en amont, une quelconque obligation "nationale" de payer. Comme indiqué, comment sinon mettre fin aux actions en justice saugrenues demandant que le gouvernement paie des villas de vacances pour tous?⁶⁰⁾ En conséquence, si un traitement médical déterminé est couvert par le régime de sécurité nationale de l'État membre d'affiliation - éventuellement sous certaines conditions - les règles de cet État membre doivent, pour ce même traitement médical dispensé dans un autre État membre dans les mêmes conditions, autoriser une prise en charge de même mesure. À défaut, les règles de l'État membre d'affiliation constitueront un obstacle - demandant justification - à la libre prestation de services. Si, par ailleurs, cet État membre refuse de payer le montant dépassant le niveau de couverture prévu par son propre régime ou refuse le remboursement de soins transfrontaliers ne figurant pas dans son panier de prestations, le patient ne se trouve pas pour autant dissuadé, et encore moins

empêché, de faire appel à un prestataire de soins établi dans un autre État membre.

Dès lors, en conférant des droits que le patient ne posséderait pas dans le cadre de la procédure fondée sur le traité, le règlement peut être considéré comme complémentaire des articles 49 et 50 du traité CE, comme l'a interprété la Cour dans les affaires *Kohll* et ultérieures. Cependant, "le droit d'être traité de la même manière que des affiliés du régime de sécurité sociale [de l'État membre où les soins ont été reçus]",⁶¹⁾ conféré par l'article 22(1)(c) du règlement, ne va pas toujours au bénéfice de l'assuré. Premièrement, le montant remboursable en vertu de la législation de l'État membre où les soins sont reçus peut être inférieur au montant remboursable en vertu de la législation de l'État membre d'affiliation du patient. Telle était la situation dans l'affaire *Vanbraekel*.⁶²⁾ Dans cette affaire, le patient avait (finalement⁶³⁾ obtenu une autorisation au sens de l'article 22 du règlement et avait donc eu droit à un remboursement sur la base des tarifs applicables dans l'État membre de séjour. Cependant, ces tarifs étaient inférieurs à ceux applicables en Belgique, l'État membre d'affiliation. La Cour, réitérant son interprétation "facultative" de l'article 22, a déclaré que cette disposition "n'a pas pour effet d'empêcher un remboursement complémentaire à celui résultant de l'application du régime de l'État membre de séjour lorsque le régime appliqué dans l'État membre d'affiliation se révèle plus avantageux" (italique ajouté). Cette disposition n'a toutefois pas davantage pour effet de prescrire un tel remboursement complémentaire.⁶⁴⁾ La Cour a ensuite examiné si les articles 49 et 50 CTE étaient susceptibles d'entraîner une obligation d'accorder un remboursement complémentaire correspondant à la différence entre le régime d'intervention - plus favorable - prévu par la législation de l'État membre d'affiliation et le régime appliqué par l'État membre de séjour et a répondu par l'affirmative.⁶⁵⁾

2. Incompatibilité partielle pour ce qui concerne les soins extrahospitaliers

Dans l'affaire *Vanbraekel*, le règlement risquait clairement d'être incompatible avec la liberté fondamentale de prestation de services. Cependant, la lecture non impérative de l'article 22 permettait la Cour d'appeler les articles du traité relatifs à la libre prestation de services à "venir à la rescousse" du règlement. À cet égard, le traité peut être considéré comme complémentaire du règlement.

L'affaire *Vanbraekel* concernait des prestations hospitalières pour lesquelles, même dans le cadre de la procédure fondée sur le traité, l'obtention d'une autorisation préalable est requise. Considérons maintenant un cas hypothétique identique à l'affaire *Vanbraekel* dans les faits, sinon qu'il s'agirait de soins extrahospitaliers transfrontaliers.⁶⁶⁾ Si le régime d'intervention en vigueur dans l'État membre de séjour est plus avantageux pour le patient que celui appliqué dans l'État membre d'affiliation, il peut être soutenu que la valeur ajoutée de la procédure fondée sur le règlement

compense l'exigence d'autorisation préalable associée à cette procédure. Par contre, si le montant de remboursement garanti par le régime de l'État membre de séjour est inférieur au montant qui serait accordé au patient en application de la législation en vigueur dans l'État membre d'affiliation, l'article 22(1)(c) du règlement entre en opposition avec les dispositions du traité relatives aux services. En effet, non seulement le patient bénéficierait d'un niveau de couverture moins avantageux lorsqu'il a reçu des soins ambulatoires à l'étranger que lorsqu'il a subi le même traitement dans l'État membre d'affiliation - ce qui peut le décourager, voire l'empêcher, de s'adresser à des prestataires de services médicaux étrangers⁶⁷⁾⁶⁸⁾ - mais, en outre, il n'aurait pas été tenu de demander une autorisation préalable. Dès lors, dans ce cas d'espèce, le règlement serait incompatible avec la libre prestation de services et cette incompatibilité ne pourrait pas être simplement compensée par l'octroi d'un remboursement complémentaire au sens donné dans l'affaire *Vanbraekel*⁶⁹⁾.

3. Harmonisation des procédures d'autorisation

En vertu du texte actuel de l'article 22(2) du règlement n° 1408/71, les États membres conservent une latitude considérable pour autoriser des soins médicaux à l'étranger. Comme déjà indiqué, l'autorisation ne peut pas être refusée lorsque (i) "les soins en question figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'assuré" et (ii) "si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement en question dans l'État membre de résidence". Le pouvoir discrétionnaire des États membres d'autoriser des soins à l'étranger peut même reposer sur un critère "administratif" plutôt que sur un critère de nécessité médicale.⁷⁰⁾ Cependant, dans son arrêt rendu dans l'affaire *Inizan*, la Cour a réinterprété la seconde condition à la lumière de sa jurisprudence relative à la procédure de mobilité des patients fondée sur le traité, jurisprudence dans laquelle elle avait lié l'appréciation de l'opportunité d'un traitement présentant le même degré d'efficacité à l'état de santé du patient. Donc, "éclairant la portée" de cette condition, la CJCE a estimé notamment "qu'une telle condition n'est pas remplie à chaque fois qu'il apparaît qu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité pour le patient peut être obtenu en temps opportun dans l'État membre de résidence".⁷¹⁾ Pour apprécier cet élément, il y a lieu de prendre en considération "l'ensemble des circonstances caractérisant chaque cas concret" en tenant dûment compte "non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée et, le cas échéant, du degré de la douleur ou de la nature du handicap de ce dernier, qui pourrait, par exemple, rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice d'une activité professionnelle, mais également de ses antécédents".⁷²⁾ Conformément à cette jurisprudence, le critère médical est

également mis en avant dans le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, qui remplacera le règlement n° 1408/71 à partir de la date d'entrée en vigueur d'un nouveau règlement d'application⁷³⁾. L'article 20(2) de ce règlement dispose que "l'autorisation est accordée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et que ces soins ne peuvent lui être dispensés dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie."

Enfin, dans l'affaire *Inizan*, la Cour a précisé que les exigences procédurales imposées aux systèmes nationaux d'autorisation hors du champ d'application de l'article 22 du règlement sont pleinement applicables aux systèmes nationaux d'autorisation préalable constituant la mise en application de cet article. Par conséquent, ces systèmes doivent être aisément accessibles et propres à garantir qu'une demande d'autorisation sera traitée avec objectivité et impartialité, dans un délai raisonnable. Les éventuels refus doivent également pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

4. Perspectives

Par ses arrêts rendus dans les affaires *Vanbraekel* et *Inizan*, la Cour a esquissé le cadre de la relation entre les deux procédures de mobilité des patients. En ce qui concerne les soins *hospitaliers* transfrontaliers, les deux procédures sont réciproquement complémentaires et il y a lieu, autant que possible, de fusionner leur application,⁷⁶⁾ non seulement pour garantir une sécurité et une cohérence juridiques, mais aussi pour renforcer les droits des patients. Si un patient souhaite obtenir des soins hospitaliers dans un autre État membre, il devra, dans tous les cas, introduire une demande d'autorisation. Comme démontré ci-dessus, les conditions⁷⁷⁾ et les modalités procédurales liées à l'octroi d'une autorisation selon les deux procédures ont été harmonisées. Lorsque le patient a obtenu cette autorisation, il a droit à des soins hospitaliers, selon les dispositions de la législation de l'État membre de séjour, à charge financière de l'État membre d'affiliation, étant entendu que ce dernier doit accorder un remboursement complémentaire correspondant à la différence entre le niveau de couverture prévu par la législation de l'État membre de séjour et le montant (supérieur) qui serait accordé au patient en application de la législation de l'État membre d'affiliation si le patient avait subi les soins hospitaliers en question sur le territoire de cet État.⁷⁸⁾ Dans la pratique, cela signifie que ce remboursement complémentaire couvrira les tickets modérateurs éventuellement payés par le patient dans l'État membre de séjour conformément à la législation de cet État. Cependant, le même raisonnement ne peut être maintenu en ce qui concerne les soins *extrahospitaliers* transfrontaliers. Dans son arrêt rendu dans l'affaire *Müller-Fauré* et *Van Riet*, la CJCE a indiqué sans équivoque que les exigences d'autorisation préalable pour des soins ambulatoires

constituent une restriction injustifiée du principe de libre prestation des services. Dès lors, s'agissant des soins extrahospitaliers, l'application de l'article 22(1)(c) du règlement n° 1408/71 devrait être limitée aux cas où elle offre aux bénéficiaires une certaine valeur ajoutée, *sous la forme de droits qui ne peuvent être obtenus en vertu des articles 49 et 50 du traité CE, comme interprété par la Cour dans les affaires susmentionnées* (par exemple, une prestation ne figurant pas dans le panier de l'État membre d'affiliation ou un niveau de couverture plus avantageux⁷⁹).

C. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur et la mobilité des patients

L'article 23 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur [COM(2004) 2] vise à codifier la jurisprudence de la Cour de justice concernant la procédure de mobilité des patients fondée sur le traité. En examinant cette question dans le cadre de la proposition, la Commission poursuit un triple objectif: renforcer les droits des patients, augmenter la sécurité juridique et la transparence et offrir la possibilité au législateur européen de traiter de questions pratiques laissées ouvertes par la jurisprudence⁸⁰. La portée de l'article 23, et plus particulièrement ses rapports avec le règlement n° 1408/71, a été clarifiée par les services de la Commission dans une note explicative.⁸¹ La substance de ces clarifications est reprise dans le document de travail n°1 du 15 novembre 2004 contenant des précisions sur la base des discussions menées au sein du groupe de travail "Compétitivité et croissance". La présidence luxembourgeoise a publié un texte consolidé contenant ces précisions ainsi que les articles et considérants de la proposition de la Commission qui ne figuraient pas dans ce document de travail.⁸² Ce texte consolidé, ci-après désigné "projet de directive sur les services", servira de base pour notre propos. Le cas échéant, il sera fait référence au texte de la proposition initiale de la Commission.

L'article 23, paragraphe 1, premier alinéa, dispose que les États membres ne peuvent pas subordonner à l'octroi d'une autorisation la prise en charge financière des soins non hospitaliers dispensés dans un autre État membre lorsque ces soins, s'ils avaient été dispensés sur leur territoire, auraient été pris en charge par leur système de sécurité sociale. Le deuxième alinéa ajoute que les conditions et formalités auxquelles les États membres soumettent, sur leur territoire, l'octroi des soins non hospitaliers peuvent être opposées au patient ayant reçu des soins non hospitaliers dans un autre État membre. Parmi les exemples cités figurent l'exigence de consultation d'un médecin généraliste avant de consulter un médecin spécialiste ou les modalités de prise en charge de certains soins dentaires. Le premier paragraphe de l'article 23 de la proposition semble être une codification précise de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Müller-Fauré et Van Riet*.

Le paragraphe 2 de l'article 23 traite des soins hospitaliers et dispose que l'autorisation de recevoir ces soins dans un autre État membre est accordée conformément à l'article 22 du règlement n° 1408/71 et, ultérieurement, à l'article 20 du règlement (CE) n° 883/2004. Le projet de directive sur les services préconise donc la pleine application de la procédure fondée sur le règlement pour ce qui concerne les soins hospitaliers⁸³. La jurisprudence développée dans l'affaire *Vanbraekel* est prise en compte dans le troisième paragraphe qui traite du niveau de prise en charge⁸⁴. Le considérant 53 précise que l'article 22 du règlement n°1408/71 continue de s'appliquer pleinement aux soins hospitaliers lorsque, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les États membres peuvent continuer à exiger qu'une autorisation préalable soit demandée aux fins de la prise en charge des soins reçus dans d'autres États membres. Selon ce considérant, la disposition continue également à s'appliquer pleinement aux soins non hospitaliers si les patients demandent une autorisation afin de bénéficier du régime spécial applicable en vertu du règlement n°1408/71. En revanche, cette disposition n'a pas pour objet de réglementer, et dès lors n'empêche nullement, le remboursement aux tarifs en vigueur dans l'État membre d'affiliation des frais engagés à l'occasion de soins non hospitaliers fournis dans un autre État membre en l'absence d'autorisation préalable.

Conformément au paragraphe 3 de l'article 23, les États membres veillent à ce que la prise en charge financière, par leur système de sécurité sociale, des soins de santé dispensés dans un autre État membre ne soit pas inférieure à celle qui est prévue par leur système de sécurité sociale pour des soins de santé similaires dispensés sur leur territoire. Ici également, la jurisprudence de la Cour est intégrée en ce que les patients ont systématiquement droit à un remboursement aux tarifs en vigueur dans l'État membre d'affiliation à condition, lorsqu'il s'agit de soins hospitaliers, qu'ils aient obtenu une autorisation. Pour ce qui concerne les soins hospitaliers, le paragraphe 3 reflète la substance de l'arrêt de la CJCE dans l'affaire *Vanbraekel*. Comme déjà indiqué, s'il s'agit de soins extrahospitaliers, un arrêt du type *Vanbraekel* n'est pas nécessaire étant donné que le règlement, sous peine d'être contraire au traité, ne peut s'appliquer lorsque la prise en charge prévue par la législation de l'État membre de séjour est moins favorable au patient que celle prévue par la législation de l'État membre d'affiliation⁸⁵.

Certains auteurs prétendent que le paragraphe 3 du projet de directive sur les services va plus loin que la jurisprudence de la Cour dans la mesure où il garantit aux patients un niveau de prise en charge équivalent à celui prévu par leur législation nationale. Selon eux, dans l'arrêt *Müller-Fauré* et *Van Riet*⁸⁶, la CJCE permet un remboursement des prestataires de soins dispensés à l'étranger à un taux moindre que les prestataires conventionnés nationaux, pour autant que cela repose sur des critères objectifs, non discriminatoires et transparents⁸⁷. Selon nous, une telle conclusion ne peut être déduite des considérations formulées par la Cour. En effet, la Cour a déclaré, sans

ambiguïté, que "le fait pour un assuré social de bénéficier d'un niveau de couverture moins avantageux lorsqu'il reçoit un traitement hospitalier dispensé dans un autre État membre que lorsqu'il subit le même traitement dans l'État membre d'affiliation est susceptible de décourager, voire d'empêcher, cet assuré de s'adresser aux prestataires de services médicaux établis dans d'autres États membres et constitue, tant pour cet assuré que pour les prestataires, un obstacle à la libre prestation des services." Une telle restriction ne pourrait trouver de justification étant donné que le remboursement à concurrence du niveau prévu par la législation nationale n'implique, par hypothèse, aucune charge financière supplémentaire pour le système d'assurance maladie de cet État et n'est dès lors par de nature à avoir une incidence significative sur le financement du système de sécurité sociale⁸⁸). Au contraire, il semblerait que l'intention de la Cour était de permettre aux États membres n'appliquant pas un système de remboursement – et n'ayant dès lors pas de tarifs de remboursement nationaux précis – de fixer des seuils pour le remboursement des frais médicaux transfrontaliers, c'est-à-dire, de calculer les frais nominaux du traitement qu'ils prendraient normalement en charge pour certaines prestations médicales en nature⁸⁹). Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Le projet de directive sur les services dispose en outre que "la prise en charge financière se limite aux coûts réels des soins de santé reçus". Cette disposition, qui n'apparaît pas dans la proposition initiale de la Commission, n'est absolument pas controversée. En effet, bien qu'elle ne découle pas explicitement des arrêts de la Cour, il semble régner un large consensus sur le fait qu'un patient ne puisse tirer un bénéfice de soins qu'il a reçus à l'étranger⁹⁰).

Contrairement à la proposition initiale de la Commission, le projet de directive sur les services stipule expressément que les États membres ne sont pas tenus de prendre en charge les frais de voyage (considérant 57).

En vertu du paragraphe 4 de l'article 23, les États membres doivent veiller à ce que leurs régimes d'autorisation pour la prise en charge des soins dispensés dans un autre État membre soient conformes aux dispositions générales relatives aux régimes d'autorisation énoncées dans le projet de directive sur les services, et en particulier aux articles 9, 10, 11 et 13. Ces articles visent la fourniture active de services et ne sont pas destinés à régir l'exigence d'autorisation pour la prise en charge de frais médicaux encourus à l'étranger. Il serait dès lors préférable de supprimer ce quatrième paragraphe⁹¹). En effet, les exigences procédurales établies par la Cour apportent suffisamment de garanties aux patients qui demandent une autorisation pour recevoir des soins médicaux transfrontaliers.

1. La distinction entre soins hospitaliers et soins extrahospitaliers

Pour terminer, quelques commentaires sont nécessaires concernant la distinction entre soins hospitaliers et extrahospitaliers, une distinction présente dans toute la jurisprudence de la Cour en rapport avec la mobilité des patients. La Cour elle-même reconnaît que cette distinction peut parfois s'avérer difficile à établir. Elle a cependant indiqué sa volonté de donner une large interprétation au concept de soins extrahospitaliers en déclarant que "certaines prestations dispensées en milieu hospitalier, mais susceptibles d'être effectuées également par un praticien à son cabinet ou dans un centre médical pourraient à ce titre être assimilées à des prestations non hospitalières" (italique ajouté)⁹².

Vu l'impact important de la classification des soins sur l'étendue de la mobilité des patients, une définition communautaire des soins hospitaliers apparaît clairement nécessaire afin d'empêcher les États membres de les qualifier comme tels comme il leur semble⁹³. Cette définition doit tenir compte des caractéristiques intrinsèques des soins hospitaliers qui rendent impossible de les dispenser en dehors d'un cadre hospitalier. De l'avis de la Commission, le critère le plus clair pour une distinction en vertu de ce principe est que les soins concernés nécessitent un hébergement de nuit⁹⁴. En conséquence, l'article 4, point 10, de la proposition initiale définissait les soins hospitaliers comme étant "des soins médicaux qui ne peuvent être délivrés qu'au sein d'une structure médicale et qui nécessitent, en principe, l'hébergement de la personne qui les reçoit au sein de cette structure; l'appellation, l'organisation et le mode de financement de la structure médicale en cause sont indifférents aux fins de la qualification des soins en question." Sous l'impulsion de certains États membres estimant que la nécessité d'un hébergement n'est pas la seule raison pour laquelle certains types de traitements médicaux sont réservés aux hôpitaux⁹⁵, dans la version révisée, la définition a été étendue aux soins médicaux "qui ne peuvent être délivrés que dans une infrastructure hospitalière parce qu'ils sont très spécialisés ou qu'ils présentent un risque manifeste pour le patient".

La proposition initiale ne traitait pas de la question importante de l'aire géographique à prendre en considération pour déterminer ce qui ne peut être délivré en dehors d'un cadre hospitalier. La "règle de la capacité", introduite par la Cour dans l'affaire *Müller-Fauré et Van Riet*, est peu utile à cet égard car sa portée potentielle est virtuellement illimitée⁹⁶. En restreignant le champ du problème, la question essentielle est de déterminer si c'est l'État membre où les soins sont effectivement dispensés qui est déterminant ou si c'est l'endroit où seraient normalement dispensés ces soins dans l'État membre d'affiliation. La deuxième hypothèse paraît peut-être plus logique. En effet, le motif de base pour autoriser des restrictions est la nécessité de préserver l'infrastructure hospitalière nationale, ce qui suggère que les soins dispensés dans cette infrastructure peuvent y être confinés⁹⁷. En conséquence, une

autorisation serait requise pour la prise en charge financière de ce qui est considéré comme soins hospitaliers dans l'*État membre d'affiliation*, même si ces traitements sont qualifiés de soins non hospitaliers dans l'État membre où ils sont reçus. Telle est l'approche recommandée par la Commission⁹⁸⁾ et reprise dans le projet de directive sur les services. La définition, déplacée à l'article 23(1a), précise à présent qu'il faut entendre par "soins hospitaliers", "les soins médicaux qui, dans l'État membre d'affiliation du patient, sont délivrés dans une infrastructure hospitalière, soit parce qu'ils nécessitent l'hébergement du patient, soit parce qu'ils ne peuvent être délivrés que dans une infrastructure hospitalière parce qu'ils sont très spécialisés ou qu'ils présentent un risque manifeste pour le patient.

L'appellation, l'organisation et le mode de financement de cette infrastructure sont sans objet aux fins de la qualification des soins hospitaliers en question" (italique ajouté). Les avis sont cependant toujours partagés sur la question de déterminer quel doit être l'État membre de référence. Certains estiment que l'État membre de référence doit être celui où sont dispensés les soins. Selon lui, le fait même que les soins ont été dispensés ailleurs indique qu'ils pouvaient l'être. Dès lors, la nécessité d'une infrastructure n'est clairement pas aussi grande, voire inexistante⁹⁹⁾.

Aux Pays-Bas, le Conseil des assurances frais de maladie (CVZ) a abouti à une conclusion similaire en ce sens qu'il considère également qu'une autorisation peut être requise si les soins de santé reçus (à recevoir) à l'étranger implique une admission¹⁰⁰⁾.

D. Le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 face à la jurisprudence et à l'article 23 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur

Au cours de la procédure de révision du règlement n° 1408/71, la question a été soulevée quant à l'opportunité d'incorporer les arrêts de la Cour relatifs aux soins de santé dans le nouveau règlement portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Selon nous, cela n'est pas souhaitable. Comme déjà indiqué, les articles des instruments de coordination traitant des soins de santé planifiés à l'étranger confèrent à leurs bénéficiaires, pour autant qu'ils aient obtenu une autorisation, des droits que ne peuvent accorder les dispositions du traité CE relatives aux services. Réduire cette procédure, par exemple en la limitant aux soins dispensés en milieu hospitalier, représenterait un pas en arrière sur le plan de l'acquis. D'autre part, éliminer l'incohérence susmentionnée par rapport aux soins extrahospitaliers exige de limiter l'application de la procédure fondée sur le règlement aux cas où elle offre une certaine valeur ajoutée à ses bénéficiaires. Transposer ceci dans un texte juridique n'est pas une tâche aisée. De plus, outre les questions de nature "politico-institutionnelle" (cette procédure législative requiert l'unanimité du Conseil), d'autres problèmes se posent en raison des différences au niveau des caractéristiques (par ex., champ d'application

personnel), des économies et des bases juridiques des deux procédures de mobilité des patients.

Cependant, cela ne signifie pas que le législateur communautaire devrait écarter une procédure et régler l'autre, comme le démontre de manière satisfaisante l'article 23(2) du projet de directive sur les services. Dans ce contexte, il est regrettable que le législateur communautaire n'ait pas saisi l'occasion de l'adoption de la nouvelle réglementation de coordination pour au moins faire référence implicitement à la procédure de mobilité des patients fondée sur le traité, au lieu de donner l'impression que le règlement (CE) n° 883/2004 est la seule voie offerte aux patients souhaitant recevoir des soins médicaux dans un autre État membre à charge financière de l'institution nationale d'assurance maladie.¹⁰¹⁾

Le Parlement européen a voté un amendement en première lecture incluant dans le premier paragraphe de l'article traitant de l'autorisation de recevoir un traitement en dehors de l'État compétent - devenu ultérieurement l'article 20 - une référence à la jurisprudence de la Cour: "Sauf dispositions contraires prévues par le présent règlement, un assuré qui se rend dans un autre État membre pour y obtenir des prestations durant son séjour doit en faire la demande auprès de l'organisme compétent, *dans la mesure où il s'agit d'un traitement hospitalier*" (italique ajouté).¹⁰²⁾ Cette clause pourrait être comprise comme signifiant que les patients se rendant dans un autre État membre pour y obtenir des prestations en nature impliquant des soins extrahospitaliers ne doivent pas - ou pas nécessairement - demander une autorisation, alors que le deuxième paragraphe dudit article qui traite des droits des assurés autorisés par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre État membre, engloberait apparemment encore les soins hospitaliers et extrahospitaliers. En conséquence, l'amendement démontrerait qu'il existe une alternative, une procédure permettant aux patients d'obtenir des soins non hospitaliers dans un autre État membre, à charge financière de l'institution nationale d'assurance maladie, sans devoir demander une autorisation, même si l'article concerné ne mentionne pas cette procédure. Si, toutefois, l'amendement avait pour effet de limiter la portée du deuxième paragraphe aux soins hospitaliers, il priverait les patients souhaitant obtenir un traitement ambulatoire à l'étranger des avantages évidents de la procédure fondée sur le règlement. En outre, dans la mesure où l'intention du Parlement européen était de prendre en considération la jurisprudence de la Cour, on est en droit de se demander s'il est approprié de qualifier de "prestations en nature" des soins ambulatoires reçus à l'étranger qui, conformément à cette jurisprudence, doivent être prépayés par le patient.

Quoi qu'il en soit, cette partie de l'amendement du Parlement, qui avait été acceptée par la Commission,¹⁰³⁾ n'a pas été retenue par le Conseil. Le Conseil a en effet préféré, au regret de la Commission,¹⁰⁴⁾ maintenir le principe de l'autorisation préalable pour l'obtention de soins extrahospitaliers et a supprimé la clause indiquée en italique. Dans le projet d'exposé des motifs

du Conseil accompagnant l'adoption de la position commune, le Conseil a déclaré ne pas être en mesure de limiter aux soins hospitaliers l'autorisation, octroyée par l'institution compétente, de recevoir un traitement médical approprié en dehors de l'État de résidence. Le Conseil estimait également que les effets d'une telle restriction, en particulier sur les modalités de remboursement entre les États membres, auraient également dû faire l'objet de dispositions spécifiques.¹⁰⁵⁾

2) La fourniture active de services par des prestataires étrangers de services médicaux

Dans ce chapitre, nous tenterons de tracer les grandes lignes de certains éléments du cadre juridique européen relatif à la mobilité des médecins, en particulier lorsqu'ils fournissent temporairement des services dans un autre État membre sans y être établi.¹⁰⁶⁾ Les médecins, comme bon nombre de professionnels de santé, ne peuvent guère être considérés comme des prestataires ordinaires de services. En effet, dans le secteur de la santé, les aspects de sécurité sociale compliquent la prestation des services. Les médecins opèrent dans un cadre triangulaire dont la troisième composante est un service national de santé ou une caisse de maladie qui prend en charge - directement ou indirectement - la majeure partie de leur facture.¹⁰⁷⁾ Divers systèmes de conventionnement, de type inclusif ou exclusif, sont en place dans les États membres. Comment la prestation temporaire et occasionnelle de services par des médecins migrants s'intègre-t-elle dans ces systèmes?

A. La contribution mineure des instruments de reconnaissance

La mobilité des médecins a fait l'objet d'une législation communautaire dérivée. Il s'agit de la directive 93/16/CEE du 5 avril 1993 visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres¹⁰⁸⁾. Cette directive, ci-après dénommée la directive "Médecins", vise principalement à éliminer les obstacles résultant des exigences nationales imposées aux médecins migrants en matière de qualifications. Ces restrictions, traitées dans la directive par le biais des concepts d'harmonisation et de reconnaissance mutuelle, ne concernent pas notre propos.

En outre, la directive "Médecins", en son chapitre VI, introduit une coordination partielle des exigences nationales relatives à l'accès et à l'exercice des activités professionnelles des médecins. Les articles 17 et 18 traitent spécifiquement de la libre prestation de services et imposent un cadre moins strict aux médecins qui ne fournissent que temporairement ou occasionnellement des services médicaux sur le territoire d'un État membre d'accueil, soit comme salariés (article 39 CE), soit de manière indépendante (article 43 CE). La substance de ces dispositions est reprise au titre II de la

position commune adoptée par le Conseil le décembre 2004 en vue de l'adoption d'une directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (ci-après dénommé "la position commune").¹⁰⁹⁾ Selon l'article 5(3) de la position commune, le prestataire "est soumis aux dispositions disciplinaires de caractère professionnel ou administratif en rapport direct avec les qualifications professionnelles telles que la définition de la profession, l'usage des titres et les fautes professionnelles graves qui ont un lien direct et spécifique avec la protection et la sécurité des consommateurs, applicables dans l'État membre d'accueil aux professionnels qui y exercent la même profession". Comme l'indique le considérant 8 de la position commune, ces dispositions disciplinaires incluent "la portée des activités couvertes par une profession ou qui lui sont réservées", reprenant et codifiant ainsi le principe établi dans l'arrêt *Gräbner*.¹¹⁰⁾

Conformément à l'article 6(a) de la position commune, l'État membre d'accueil est tenu de dispenser les prestataires de services établis dans un autre État membre des exigences imposées aux professionnels établis sur son territoire relatives à l'autorisation, l'inscription ou l'affiliation à une organisation professionnelle ou à un organisme professionnel. Cependant, afin de faciliter l'application des dispositions disciplinaires en vigueur dans l'État membre d'accueil, celui-ci peut prévoir soit une inscription temporaire intervenant automatiquement ou une adhésion pro forma à une telle organisation ou à un tel organisme professionnels, à condition qu'elles ne retardent ni ne compliquent en aucune manière la prestation de services et n'entraînent pas de frais supplémentaires pour le prestataire de services.

En outre, les États membres peuvent exiger que lorsque le prestataire fournit pour la première fois des services sur leur territoire, il en informe préalablement l'autorité compétente de l'État membre d'accueil par une déclaration écrite comprenant les informations relatives aux couvertures d'assurance ou autres moyens de protection personnelle ou collective concernant la responsabilité professionnelle. Cette déclaration est renouvelée une fois par an si le prestataire compte fournir des services d'une manière temporaire ou occasionnelle dans cet État membre au cours de l'année concernée. L'État membre d'accueil peut exiger que la déclaration soit accompagnée d'une preuve de la nationalité du prestataire, d'une attestation certifiant que le détenteur est légalement établi dans un État membre pour y exercer les activités en question ainsi que d'une preuve des qualifications professionnelles [article 7(2)]. Une copie de la déclaration et, le cas échéant, de son renouvellement, accompagnés d'une copie des documents visés à l'article 7(2), sont envoyées à l'organisation ou à l'organisme professionnel pertinent par l'autorité compétente et constituent une inscription temporaire intervenant automatiquement ou une adhésion pro forma au sens de l'article 6 [article 6(a)].

Enfin, conformément à l'article 6(b) de la position commune, l'État membre d'accueil est tenu de dispenser le prestataire étranger de l'inscription à un organisme de sécurité sociale de droit public en vue de régler avec un organisme assureur les comptes afférents aux activités exercées au profit des assurés sociaux. Toutefois, le prestataire de services doit informer préalablement ou, en cas d'urgence, ultérieurement, cet organisme de sa prestation de services.

Il serait bien sûr erroné de présumer que les dispositions susmentionnées règlent de manière exhaustive la fourniture transfrontalière de services médicaux. Une part importante de la pléthore de réglementations auxquelles les États membres entendent soumettre les professionnels de santé sur leur territoire n'est visée ni par la directive "Médecins", ni par la position commune relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles.

La portée de l'article 5(3) de la position commune, comme celle du deuxième alinéa de l'article 17(1) de la directive "Médecins" avec laquelle on observe une ressemblance,¹¹¹⁾ est loin d'être claire. Il est regrettable que le Conseil ait retenu la référence à la notion de "dispositions disciplinaires de caractère professionnel ou administratif", une notion extrêmement vague qui se prête à des interprétations nationales divergentes. Une définition plus claire des réglementations de l'État membre d'accueil auxquelles doit impérativement se conformer le prestataire serait certainement bienvenue, notamment à la lumière du projet de directive sur les services. En effet, dans l'hypothèse d'une adoption de ces deux instruments dans leur version actuelle, ladite notion, qui date de 1975, délimiterait la portée du principe du pays d'origine en ce qui concerne l'exercice temporaire transfrontalier de nombreuses activités professionnelles, dont celles des médecins. Bien que cohérente avec la portée de la position commune, l'exigence supplémentaire que les dispositions disciplinaires aient un lien direct et spécifique avec les qualifications professionnelles clarifie peu les choses. Si "les fautes professionnelles graves" satisfont cette exigence, pourquoi alors ne pas y inclure les réglementations concernant les activités publicitaires et multidisciplinaires? Quoi qu'il en soit, le critère du rapport direct et spécifique avec les qualifications professionnelles montre la volonté du Conseil de réduire le volume des dispositions disciplinaires de l'État membre d'accueil auxquelles doit se conformer le prestataire. Dans son exposé des motifs accompagnant la position commune, le Conseil a indiqué que "pour des raisons de proportionnalité, l'article 5(3) [et le considérant 8] de la position commune limitent les dispositions disciplinaires applicables à celles qui sont strictement pertinentes".¹¹²⁾ Les dispositions non disciplinaires, ainsi que les dispositions disciplinaires sans rapport direct et spécifique avec les qualifications professionnelles, de l'État membre d'accueil semblent couvertes par la règle énoncée au troisième considérant,¹¹³⁾ et doivent dès lors être observées par le prestataire pour autant cependant qu'elles soient objectivement justifiées et proportionnées. Dans le contexte de la libre

prestation des services, cela signifie en théorie, comme nous allons le voir ci-dessous, que ces réglementations de l'État membre d'accueil ne s'appliqueront qu'exceptionnellement.

S'agissant des conséquences de l'incidence des éléments de sécurité sociale, les instruments de reconnaissance ne sont pas non plus d'une grande contribution. S'appuyant sur l'obligation d'exempter les prestataires étrangers de l'inscription à un organisme de sécurité sociale de droit public [article 6 (b) de la position commune], actuellement inscrite à l'article 18 de la directive "Médecins", la Cour a estimé que "ni [cet article], ni aucune autre disposition de [la directive "Médecins"] ne visent à éliminer la totalité des obstacles qui pourraient exister dans les États membres en ce qui concerne le remboursement de prestations médicales par un organisme assureur auquel le médecin établi dans un autre État membre n'appartient pas"¹¹⁴).

Par conséquent, les États membres restent en principe compétents pour réglementer l'accès et l'exercice des activités professionnelles des médecins. Ce faisant, ils sont cependant tenus de respecter le principe fondamental de la libre prestation des services. Cela signifie, ainsi que l'a interprété la Cour de justice, que l'imposition de réglementations nationales aux prestataires étrangers devra être conforme aux articles 49 et 50 du traité¹¹⁵).

B. La jurisprudence générale relative aux articles 49 et 50 du traité CE

Le dernier paragraphe de l'article 50 du traité CE octroie au prestataire de services le droit d'exercer temporairement son activité dans le pays où la prestation est fournie, "dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants". Cependant, la Cour de justice a très vite indiqué que le simple droit au traitement national pourrait ne pas suffire pour permettre au bénéficiaire d'exercer effectivement la liberté énoncée à l'article 49 CE. En effet, le cas échéant, le prestataire de services se déplace sur le territoire de l'État membre d'accueil uniquement à titre temporaire et est déjà établi dans un autre État membre à la législation duquel il reste soumis. Dans ces circonstances, l'imposition de réglementations de l'État membre d'accueil pourrait placer le prestataire face à une double contrainte réglementaire dans la mesure où il doit respecter à la fois les règles imposées par l'État membre d'établissement et celles de l'État membre de destination.¹¹⁶¹¹⁷ La nature particulière de la fourniture des services a été explicitement reconnue par la Cour dans l'affaire Webb, où il est indiqué que le principe de non-discrimination "n'implique [...] pas que toute législation nationale applicable aux ressortissants de [l'État membre d'accueil] et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci puisse être appliquée intégralement de la même manière à des activités, de caractère temporaire, exercées par des entreprises établies dans d'autres États membres".¹¹⁸ Il n'y a que dans l'affaire *Säger*¹¹⁹ que le principe de non-discrimination a été complètement "abandonné" par rapport aux services, au

profit d'une large application du principe du pays d'origine.¹²⁰⁾ Dans cette affaire, la Cour de justice a confirmé qu'un État membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver "de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services".¹²¹⁾ La Cour a ensuite examiné si les articles 49 et suivants du traité CE peuvent également être enfreints par des mesures applicables indistinctement. Répondant par l'affirmative, la Cour a déclaré que "[l'article 49 du traité] exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres [...]". Les mesures nationales soumises au respect des articles 49 et suivants du traité CE sont définies positivement comme étant celles qui sont "[...] de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues".¹²²⁾ Cette clause est la clé du raisonnement de la Cour. Dans le cas d'espèce, le prestataire était établi dans un État membre et satisfaisait à toutes les conditions fixées par la législation de cet État pour accéder et exercer ses activités professionnelles.¹²³⁾ Parce qu'il exerçait légalement des activités analogues dans l'État membre d'établissement, il acquerrait automatiquement le droit de fournir ses services sur le territoire des autres États membres. Ceci implique la reconnaissance par l'État membre d'accueil que l'État membre où est établi le prestataire réglemente l'activité concernée de manière appropriée et dans une mesure adéquate. L'exercice légal d'activités analogues dans l'État membre d'établissement constitue une preuve minimale, mais suffisante, de l'aptitude du prestataire et de la qualité de ses services.¹²⁴⁾ Les États membres dans lesquels les prestations sont occasionnellement et temporairement fournies ne devraient être autorisés à imposer leurs propres réglementations aux prestataires non établis sur leur territoire qu'à titre exceptionnel et sous certaines conditions.¹²⁵⁾ Ce sera le cas si ces réglementations sont non discriminatoires, objectivement nécessaires et appropriées pour atteindre un objectif légitime – soit une dérogation expresse définie à l'article 46 CE ou une raison impérieuse d'intérêt général – qui n'est pas suffisamment protégé par la législation à laquelle est soumise le prestataire dans l'État membre d'établissement. En conséquence, la légitimité de l'action de l'État membre d'accueil doit être justifiée au cas par cas, selon les intérêts en jeu et en tenant compte de la législation des autres États membres.¹²⁶⁾¹²⁷⁾

C. "L'activation" de la jurisprudence relative aux soins de santé

La jurisprudence relative aux soins de santé abordée au chapitre précédent peut servir utilement notre objectif de décrire la relation entre les régimes nationaux d'assurance maladie et la fourniture temporaire de services par des

médecins établis dans un autre État membre. Les affaires en question concernaient la fourniture "passive" de services en ce sens que les requérants, en qualité de bénéficiaires de prestations médicales, faisaient valoir des droits qui leur étaient conférés par l'article 49 CE. Néanmoins, la Cour a également fait référence à la situation des prestataires des services en cause, c'est-à-dire, aux prestataires étrangers de soins de santé. De manière constante, la Cour affirme que l'exigence d'une autorisation préalable pour la prise en charge financière de soins de santé reçus à l'étranger constitue un obstacle à la libre prestation des services, non seulement pour les assurés, mais aussi pour les prestataires.

En se basant sur la jurisprudence relative aux soins de santé, nous proposons d'abord de souligner certains éléments cruciaux de cette jurisprudence pour tenter ensuite de définir plus précisément le cadre juridique européen dans lequel opèrent les professionnels de la santé étrangers qui fournissent des services dans un État membre d'accueil.

1. La jurisprudence de la Cour

Le premier élément, dont l'importance ne doit pas être sous-estimée, a trait à la facilité avec laquelle la Cour a qualifié les soins médicaux reçus à l'étranger comme étant un service au sens de l'article 50 du traité CE. Indiscutablement, depuis les arrêts *Luisi* et *Carbone*¹²⁸⁾ ainsi que *Grogan*¹²⁹⁾, les prestations médicales (privées) sont réputées relever de la libre prestation des services. Cependant, dans les affaires relatives aux soins de santé, la Cour a appliqué les articles du traité CE relatifs aux services à la fourniture de soins de santé organisée par l'État, c'est-à-dire, aux soins de santé financés (et souvent dispensés) par l'État social. À cet effet, la Cour a dû établir l'existence d'un échange de services moyennant contrepartie. Dans ce contexte, la CJCE a estimé que la relation entre le patient et l'institution nationale de sécurité sociale (le "payeur") n'était pas pertinente pour son appréciation.¹³⁰⁾ Dans l'affaire *Geraets-Smits* et *Peerbooms*, en réponse aux arguments soulevés par les gouvernements intervenants et l'avocat général, la Cour a examiné la relation entre le payeur et le fournisseur national (hypothétique) pour arriver à la seule conclusion que "les paiements effectués par les caisses de maladie dans le cadre du système de conventionnement organisé par la ZFW, fussent-ils forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent indubitablement un caractère rémunérateur dans le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique".¹³¹⁾ Toutefois, tant dans l'affaire *Geraets-Smits* et *Peerbooms* que dans l'affaire *Müller-Fauré* et *Van Riet*, la Cour a clairement indiqué que le contexte intra-étatique - en l'occurrence le contexte néerlandais - était sans incidence. Que des soins de santé dispensés par des prestataires néerlandais et payés par des caisses de maladie constituent ou non un service au sens du traité, les traitements médicaux obtenus en dehors du territoire national peuvent être

considérés comme tel étant donné que le patient a rétribué directement le prestataire.¹³²⁾ C'est donc la relation interétatique entre l'assuré et le prestataire étranger de soins de santé, ce dernier étant rétribué par le premier pour les prestations effectuées, qui est déterminante. L'importance de cette approche pragmatique ne doit pas être sous-estimée. Elle démontre clairement que, du moins à ce stade, la Cour ne traite pas différemment la fourniture de soins de santé par l'État, avec sa structure triangulaire et l'implication d'un tiers-payant, que les autres secteurs de services. Plus encore, aux fins de qualification d'un service au sens du traité CE, l'approche adoptée par la Cour ne confère aucune pertinence à la nature du système national de soins de santé. Le tiers-payant national est mis en avant uniquement dans le cadre de l'examen de l'effet restrictif des mesures nationales en cause. En soumettant la prise en charge financière de soins de santé reçus à l'étranger à des conditions restrictives telles qu'une exigence d'autorisation préalable ou en octroyant un remboursement inférieur à celui que l'assuré aurait obtenu s'il avait subi le même traitement aux mêmes conditions dans l'État membre d'affiliation, les États membres créent un obstacle à la libre prestation des services, tant pour le patient que pour le prestataire étranger. De manière générale, les États membres seront susceptibles de restreindre le principe de libre prestation des services chaque fois qu'ils découragent les patients d'obtenir un traitement médical auprès d'un prestataire établi dans un autre État membre. Ce sera le cas lorsque les patients seront désavantagés au seul motif qu'ils se sont adressés à un prestataire de soins établi dans un autre État membre. En conséquence, un assuré ayant reçu (et payé) des soins médicaux dispensés à l'étranger qui, s'ils avaient été dispensés sur le territoire national dans les conditions habituelles de fourniture, auraient donné lieu à une intervention financière du tiers-payant d'un montant déterminé, doit bénéficier d'un remboursement équivalant à ce montant sans devoir demander une autorisation. À défaut, les mesures nationales constitueront une restriction à la libre prestation des services. S'agissant de la fourniture entre États de soins extrahospitaliers, ces restrictions ne peuvent en principe se justifier.¹³³⁾

À la lumière de ces propos, les implications de l'affirmation itérative de la Cour que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres d'aménager leurs systèmes de sécurité sociale et, en particulier, de sa déclaration encore plus récurrente que les États membres sont toujours tenus de respecter le droit communautaire dans l'exercice de leurs compétences, deviennent claires. Alors que l'application de l'article 49 CE, compatible avec les déclarations qui précèdent et avec l'article 152(5) du traité CE, semble laisser intacte la compétence nationale de déterminer les bénéficiaires d'un régime de sécurité sociale (champ d'application personnel), les conditions à remplir pour bénéficier de prestations de sécurité sociale ainsi que l'étendue de ces prestations (champ d'application matériel),¹³⁴⁾ l'observance du droit communautaire semble entraîner pour les

États membres une perte de contrôle géographique sur la consommation médicale de leurs citoyens¹³⁵⁾ ainsi qu'une européanisation du choix de prestataires auxquels le patient a le droit de s'adresser.

2. Européanisation de l'offre de prestataires: prestataires conventionnés/non conventionnés et remboursement de leurs prestations

Selon nous, cette européanisation ne doit pas être interprétée par référence à la nature du système national de santé, comme l'ont soutenu certains auteurs à la suite des arrêts *Kohll* et *Geraets-Smits* ainsi que *Peerbooms*. Selon ces auteurs, les États membres comme le Luxembourg et la Belgique, qui appliquent un système où les soins médicaux dispensés par n'importe quel médecin établi sur leur territoire sont remboursés, devraient dorénavant couvrir les services médicaux fournis par n'importe quel médecin établi dans l'Union européenne. Pour les États membres, comme les Pays-Bas, qui appliquent un système de prestations en nature où les caisses de maladie concluent des conventions avec des prestataires de soins qui dispensent gratuitement les soins médicaux à leurs affiliés, les répercussions de "l'eurospeak" seraient moindres. Tout simplement, les caisses de maladie ne pourraient pas faire de discrimination entre les prestataires nationaux et les prestataires établis dans un autre État membre. Il devrait en particulier être aussi aisé pour les prestataires étrangers que pour les prestataires nationaux de devenir conventionnés. En outre, si la caisse de maladie était amenée à recourir aux prestations d'institutions non conventionnées, il serait tout aussi aisé d'obtenir un traitement d'un prestataire non conventionné établi dans un autre État membre que d'un prestataire non conventionné dans l'État membre d'affiliation. Les États membres ayant un service national de santé (par exemple, les pays scandinaves) ne seraient affectés que dans l'hypothèse d'une reconnaissance du droit du patient à bénéficier, à ses frais, des soins médicaux d'un prestataire privé. Dans ce cas, ces États membres ne peuvent opérer de discrimination à l'encontre des prestataires étrangers de soins de santé.¹³⁶⁾

Nous ne pensons pas que l'argument de "l'eurospeak" soit fondé. En ce qui concerne les États membres dont les systèmes de santé ne fournissent pas de prestations en espèces - la majorité des 25 États membres de l'Union européenne -, l'impact des articles 49 et 50 CE, tels qu'interprétés par la Cour, va bien au-delà d'une simple application de la règle du traitement national au conventionnement des prestataires. Très clairement, les États membres ne peuvent écarter les demandes émanant de prestataires de soins de santé établis dans d'autres États membres. Il va de soi que les critères d'évaluation de ces demandes doivent être objectifs, transparents et non discriminatoires. D'autre part, il est matériellement impossible pour les institutions nationales d'assurance maladie de conclure des conventions avec tous les prestataires européens de soins de santé. En outre, il semblerait déraisonnable de contraindre les institutions de santé à contracter avec des

prestataires étrangers si leurs prestations ne répondent pas une demande des assurés.

L'arrêt *Geraets-Smits et Peerbooms*, même s'il n'a pas clarifié si la justification de l'exigence d'autorisation préalable était fondée sur l'argument de la planification des services hospitaliers ou plutôt sur la nature spécifique du système néerlandais de prestations en nature,¹³⁷⁾ a démontré que les États membres, quels que soient la nature de leur système de conventionnement et le type de soins (hospitaliers ou extrahospitaliers), doivent rembourser les frais de soins de santé encourus à l'étranger, sous peine de restreindre la libre prestation des services.

Les États membres dont les systèmes de conventionnement sont de type exclusif ne peuvent masquer l'effet restrictif de l'exigence d'autorisation préalable en invoquant que cette exigence s'applique aux prestataires (nationaux et étrangers) non conventionnés et n'a dès lors pas de visée nationaliste ou territoriale.¹³⁸⁾ Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire *Geraets-Smits et Peerbooms* en réponse à l'argument du gouvernement néerlandais et de la Commission selon lequel il était loisible aux caisses de maladie de conclure des conventions avec des prestataires situés en dehors des Pays-Bas, "seront pour l'essentiel conventionnés des établissements hospitaliers établis aux Pays-Bas". La Cour ajoutait également "[qu'il] paraît illusoire d'imaginer qu'un nombre important d'établissements hospitaliers situés dans les autres États membres soient jamais amenés à conclure des conventions avec les caisses de maladie néerlandaises, lors même que leurs perspectives d'accueillir des patients affiliés à ces caisses demeurent aléatoires et restreintes".¹³⁹⁾ Pour statuer que la réglementation néerlandaise constituait un obstacle à la libre prestation des services, la Cour a reconnu que "dans la plupart des cas, la prise en charge, au titre de [la législation néerlandaise] de soins hospitaliers fournis par des établissements situés dans des États membres autres que l'État membre d'affiliation devra être soumise à une autorisation préalable".¹⁴⁰⁾ En d'autres termes, même si les prestataires de santé ont une même opportunité de conclure des conventions avec l'institution nationale d'assurance maladie, l'exigence d'une autorisation préalable pour l'obtention de soins non conventionnés sera toujours préjudiciable aux prestataires étrangers et les affecte de façon disparate.¹⁴¹⁾ Le système de conventionnement de type inclusif appliqué au Luxembourg, en vertu duquel l'autorisation d'exercer l'activité de médecin est indissociable de l'adhésion à la convention collective passée avec l'Union des Caisses de Maladie (UCM), montre naturellement de manière particulièrement évidente le caractère disparate de cet impact. En effet, dans ce cas de figure, l'exigence d'autorisation n'affectera donc en principe que les professionnels de la santé étrangers.

Nous estimons que la même ligne de raisonnement doit être suivie en ce qui concerne le niveau de prise en charge des services médicaux fournis par des prestataires étrangers. Les États membres ne peuvent esquiver l'interdiction

contenue à l'article 49 CE en remboursant les frais engagés à l'étranger à un niveau (moins avantageux) de couverture que celui appliqué pour les soins dispensés par des prestataires nationaux non conventionnés (cf. également supra). On ne peut tout simplement pas attendre des prestataires étrangers, en tant que bénéficiaires du principe de la libre prestation des services, qu'ils aient conclu des conventions avec chaque institution d'assurance maladie où sont éventuellement assurés leurs patients potentiels afin d'être sur un pied d'égalité avec les prestataires établis dans l'État membre d'affiliation du patient, en majorité conventionnés et pour lesquels il est beaucoup plus facile de satisfaire à cette condition.¹⁴²⁾

Par conséquent, nous estimons qu'il peut être déduit de l'arrêt *Geraets-Smits et Peerbooms*, comme cela a été confirmé et clarifié dans l'arrêt *Müller-Fauré et Van Riet*, que les États membres, même s'ils appliquent sur leur territoire un système de conventionnement sélectif en vertu duquel le recours aux services de prestataires nationaux non conventionnés est soumis à une autorisation préalable ou entraîne pour le patient un niveau de couverture moins avantageux, sont susceptibles de restreindre la liberté de prestation des services s'ils n'assimilent pas les droits des assurés qui se sont adressés à un prestataire étranger aux droits de ceux qui se sont adressés à un prestataire national conventionné.

Les arrêts *Geraets-Smits et Peerbooms* ainsi que *Müller-Fauré et Van Riet*, en particulier lorsqu'ils sont interprétés de la manière que nous préconisons, ne sont pas bien vus des systèmes nationaux de conventionnement en ce qui concerne les prestations extrahospitalières. En effet, si les États membres doivent accorder aux patients qui se sont adressés à un prestataire étranger le même traitement qu'à ceux ayant reçu des soins médicaux dispensés par un prestataire national conventionné, il ne sera pas étonnant que les prestataires nationaux, conventionnés et non conventionnés, se sentent abusés, les premiers parce que leurs concurrents étrangers n'ont apparemment pas les mains liées par toutes sortes de réglementations, et les seconds parce que les prestations qu'ils fournissent ne donnent pas lieu aux mêmes avantages que celles des prestataires étrangers qui ne sont pas plus liés qu'eux par des conventions avec l'institution nationale d'assurance maladie. Le mécontentement des prestataires nationaux conventionnés vaut également pour les États membres, comme le Luxembourg, qui appliquent un système de conventionnement de type inclusif incluant automatiquement les prestataires.¹⁴³⁾ Dans ce pays, à la suite de l'arrêt *Kohll*, la profession médicale a d'ailleurs remis en cause ce système de conventionnement obligatoire. À l'issue de discussions, il a été décidé de maintenir ce système, mais de satisfaire certaines exigences subsidiaires des médecins et dentistes luxembourgeois.¹⁴⁴⁾

Pour l'instant, la Cour ne semble pas ouverte aux objections soulevées par les États membres qui craignent une diminution de l'intérêt de la profession médicale à coopérer dans un système de conventionnement.¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾ Comme

susmentionné, la Cour a rejeté les motifs invoqués pour justifier l'exigence d'une autorisation préalable pour la prise en charge financière des soins extrahospitaliers transfrontaliers¹⁴⁷.

D. La fourniture temporaire de soins extrahospitaliers par des médecins dans l'État membre d'accueil

Selon nous, il n'y a aucune raison valable de rejeter fondamentalement le régime décrit ci-dessus au seul motif que, au lieu d'avoir un déplacement du patient vers le prestataire étranger, c'est celui-ci qui se déplace temporairement dans l'État membre d'affiliation du patient pour y fournir des services médicaux.

En conséquence, un prestataire de soins de santé établi dans un État membre où il fournit légalement des services médicaux a le droit de fournir ces services, à titre temporaire et occasionnel, dans l'État membre d'accueil. Dans la mesure où, s'ils avaient été fournis par un prestataire conventionné établi dans l'État membre d'accueil, ces services auraient été pris en charge par l'institution nationale d'assurance maladie, le patient bénéficiaire des soins médicaux dispensés par le médecin étranger, a droit à un remboursement dont le montant ne peut être inférieur au niveau de prise en charge de ces soins lorsqu'ils sont dispensés par un prestataire national conventionné. Le patient qui s'adresse à un médecin étranger fournissant des services sur le territoire de l'État membre d'affiliation n'a pas besoin de demander une autorisation préalable, sauf s'il s'agit d'une condition pour l'octroi des prestations de sécurité sociale concernées dans cet État membre et que, partant, cette autorisation serait également requise si le patient avait obtenu les soins en question auprès d'un prestataire national conventionné.

Le médecin étranger doit bénéficier de la même possibilité de participer au système de conventionnement en vigueur dans l'État membre d'accueil et sa demande doit être évaluée sur la base de critères objectifs, transparents et non discriminatoires. Cependant, il semble peu probable qu'un nombre important de médecins étrangers engagés dans la fourniture temporaire et occasionnelle de services médicaux dans l'État membre d'accueil souhaitera adhérer au régime de conventionnement de cet État. Selon nous, on ne peut imposer au médecin étranger de participer au système de conventionnement de l'État membre d'accueil afin que le coût de ses prestations soit remboursé, même si l'adhésion à ce système est obligatoire pour les médecins nationaux, comme c'est le cas au Luxembourg. *Si "condamner" un médecin étranger à exercer en cabinet privé affecterait directement son accès au marché dans l'État membre d'accueil,¹⁴⁸⁾¹⁴⁹⁾ exiger de lui qu'il conclue des conventions avec une institution nationale d'assurance maladie apparaîtrait une procédure trop lourde proportionnellement à la nature temporaire de la fourniture de services, la privant ainsi de tout effet utile.* Cette conclusion découle non seulement de la jurisprudence Siger, mais peut également être déduite de la jurisprudence "activée" relative aux soins de santé.¹⁵⁰⁾

Les patients s'adressant à un médecin étranger non lié par une convention avec l'institution d'assurance maladie dans l'État membre d'accueil doivent régler d'avance la facture des soins, puis introduire une demande de remboursement.

Corollaire inhérent à la qualification des professionnels de santé en tant que prestataires de services, les articles 49 et 50 CE, tels qu'interprétés dans les affaires relatives aux soins de santé, ont réduit la compétence des États membres de définir, en présence d'une situation intracommunautaire,¹⁵¹⁾ le choix de prestataires habilités à fournir des services médicaux pris en charge par les régimes nationaux d'assurance maladie. Les prestations de professionnels de santé étrangers qui fournissent légalement des services médicaux dans leur État membre d'établissement peuvent bénéficier de la couverture prévue par le régime national d'assurance maladie de l'État membre d'affiliation du patient, que l'assuré se rende dans l'État membre d'établissement du professionnel pour recevoir ces prestations ou que ce dernier fournisse ces prestations à titre temporaire sur le territoire de l'État membre d'accueil où le patient est assuré. Par contre, ces dispositions semblent avoir laissé intacte la compétence des États membres de définir le champ d'application personnel de ces régimes, leur pouvoir de déterminer les soins médicaux couverts et l'étendue de cette couverture ainsi que leur pouvoir de fixer les conditions d'octroi des prestations de sécurité sociale.¹⁵²⁾ Les États membres conservent la pleine compétence de réglementer ces questions comme ils l'entendent, pour autant qu'il n'y ait pas de discrimination à l'encontre des ressortissants ou des produits des autres États membres.¹⁵³⁾ Ces réglementations peuvent très bien avoir pour effet de gêner ou de rendre moins attractive la fourniture de services médicaux par des médecins étrangers. En soi, ces réglementations risquent d'être couvertes par la large règle *Säger*. Quand bien même, et laissant de côté le cas de discrimination, nous pensons que le prestataire étranger de services médicaux ne doit pas pouvoir mettre en cause la législation de l'État membre d'accueil établissant ces paramètres de l'assurance maladie légale. Cette législation ne peut être qualifiée de restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE. Adopter une position différente reviendrait à permettre à la Communauté d'aller au-delà de sa compétence et rendrait totalement inopérantes les déclarations soutenues de la Cour concernant les compétences des États membres dans ces domaines. S'agissant desdits paramètres, le prestataire étranger de services médicaux doit en fait prendre tel quel le système légal d'assurance maladie de l'État membre d'accueil. En conséquence, et bien que ce soit de nature à gêner la fourniture transfrontalière de ses services, un médecin spécialiste établi au Luxembourg et exerçant temporairement aux Pays-Bas ne peut mettre en cause le système néerlandais d'aiguillage des patients. De même, un dentiste ayant un cabinet lucratif dans l'État membre d'établissement où le système légal d'assurance maladie rembourse généreusement les frais de soins dentaires,

ne peut mettre en cause la décision de l'État membre d'accueil de réduire les dépenses liées aux soins dentaires et, à cet effet, de ne pas prendre financièrement en charge certains types de traitement ou uniquement s'ils sont dispensés à des enfants.

Par contraste, l'imposition au prestataire étranger de réglementations de l'État membre d'accueil qui ne visent pas à définir les limites de la couverture des soins de santé, doit être appréciée à la lumière de la jurisprudence *Säger*. Exiger du prestataire étranger de services médicaux qu'il se conforme à des réglementations qui ne sont pas en rapport étroit avec le droit des patients aux prestations de santé, même si ces réglementations s'appliquent indistinctement, équivaut à une restriction de la libre prestation des services. Les réglementations concernées, qui incluraient, dans le contexte du Luxembourg, les règles découlant de l'adhésion au système de conventionnement obligatoire pour les médecins nationaux, traitent un vaste éventail de questions et englobent, outre des règles de nature purement professionnelle¹⁵⁴⁾ telles que celles régissant les activités multidisciplinaires et les communications commerciales, les règles relatives à l'organisation de la profession¹⁵⁵⁾, aux bonnes pratiques médicales, aux tarifs,¹⁵⁶⁾ à l'endiguement des coûts, etc.

Indiscutablement, toutes ces restrictions peuvent être accueillies comme justification au titre de l'article 46 du traité CE (protection de la santé publique) ou au titre des dérogations créées par voie judiciaire en matière de libre prestation des services. La Cour a donné une interprétation large de la portée de la dérogation expresse liée à des raisons de santé publique, de sorte qu'elle englobe l'objectif de maintenir un service médical de qualité et équilibré, accessible à tous, ainsi que l'objectif de maintenir une capacité de soins ou une compétence médicale sur le territoire national¹⁵⁷⁾. Le risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale constitue, malgré sa connotation économique, une raison impérieuse d'intérêt général.¹⁵⁸⁾ La même chose semble vraie pour les caractéristiques essentielles du régime national d'assurance maladie.¹⁵⁹⁾

Les mesures nationales restrictives doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi et doivent, en particulier, être propres à garantir la réalisation de l'exigence impérieuse d'intérêt général qu'elles poursuivent et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour que celle-ci soit atteinte. Dans ce contexte, et même en l'absence d'harmonisation par le législateur communautaire, il y a lieu de tenir compte de la législation à laquelle est soumis le prestataire étranger dans l'État membre d'établissement où il fournit légalement des services similaires.¹⁶⁰⁾ Pour pouvoir imposer ses propres réglementations indistinctement applicables, dans le respect du principe de proportionnalité, l'État membre d'accueil doit démontrer l'incapacité de la législation de l'État membre d'établissement à préserver l'intérêt général, par exemple, la protection de la santé publique. Cela suppose, théoriquement, une évaluation à la fois de la proportionnalité

objective et abstraite de la mesure envisagée par rapport au but poursuivi ainsi que de la proportionnalité subjective et concrète en relation avec la protection de ce but par la législation pertinente de l'État membre d'établissement.¹⁶¹⁾

Cependant, face à des mesures nationales poursuivant des objectifs de santé publique ou de politique sociale, la Cour a tendance à procéder à un examen de la proportionnalité moins strict et à accorder à l'État membre une marge d'appréciation plus grande.¹⁶²⁾ Dans l'affaire *Gräbner*,¹⁶³⁾ la Cour a reconnu que l'article 49 CE n'empêchait pas une réglementation nationale de réserver l'exercice de certaines activités aux médecins, confirmant ainsi la jurisprudence antérieure relative à l'article 43 CE.¹⁶⁴⁾ La Cour a estimé en particulier que le choix d'un État membre de réserver à une catégorie de professionnels disposant de qualifications spécifiques, tels que les titulaires d'un diplôme de médecin, le droit d'effectuer des diagnostics médicaux et de prescrire des traitements destinés à soigner des maladies ou à remédier à des troubles physiques ou psychiques peut être considéré comme un moyen propre à atteindre l'objectif de protection de la santé publique.¹⁶⁵⁾ Après avoir invoqué sa jurisprudence constante et rappelé que la seule circonstance qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État membre ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des dispositions prises en la matière, la Cour a conclu que la mesure en cause n'allait pas au-delà de ce qui est *nécessaire* pour atteindre l'objectif de protection de la santé publique, précisant à cet égard que chaque État membre peut décider, conformément à sa conception de la protection de la santé publique, de ne pas autoriser ou d'autoriser des praticiens ne disposant pas d'un tel diplôme à exercer des activités de nature médicale, en fixant le cas échéant les conditions d'expérience ou de qualification auxquelles ceux-ci doivent satisfaire.¹⁶⁶⁾

Quand bien même, tandis que les réglementations de l'État membre d'établissement relatives aux tarifs des soins de santé et, éventuellement, à l'organisation de la profession médicale ne peuvent être considérées hors du contexte social et juridique de cet État membre et sont éventuellement peu pertinentes sur le territoire de l'État membre d'accueil, il n'en est pas de même pour ce qui concerne les exigences en matière d'assurance qualité et de maîtrise des coûts. Ainsi, l'État membre d'accueil ne peut ignorer les directives ou exigences de qualité liées au développement professionnel continu auxquelles est soumis le prestataire étranger de services médicaux dans l'État membre d'établissement. De même, dans le contexte commun à tous les États membres de difficultés financières à répondre aux besoins croissants en matière de soins de santé, il est très probable que l'État membre d'établissement aura adopté une législation visant à assurer une utilisation efficiente de l'argent public. Même si de telles réglementations sont destinées à protéger d'autres finances publiques, elles produiront un effet

favorable sur celles de l'État membre dans lequel se déplace le prestataire étranger et devront être prises en compte par cet État membre.¹⁶⁷⁾

E. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur¹⁶⁸⁾

Nous avons déjà mentionné que si le projet de directive sur les services devait être adopté, celle-ci deviendrait le cadre de référence pour la libre prestation des services médicaux. L'élément principal du chapitre consacré à la libre circulation des services est le principe du pays d'origine, en vertu duquel les États membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur État membre d'origine relevant du domaine coordonné.¹⁶⁹⁾ La notion de domaine coordonné recouvre "toute exigence applicable à l'accès aux activités de services ou à leur exercice", qu'elle relève ou non d'un domaine harmonisé au niveau communautaire et quel que soit le domaine juridique auquel elle appartient selon le droit national.¹⁷⁰⁾ L'État membre d'origine est chargé du contrôle du prestataire et des services qu'il fournit.¹⁷¹⁾ Conformément au paragraphe 3 de l'article 16, les États membres ne peuvent pas, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services fournis par un prestataire ayant son établissement dans un autre État membre. La proposition interdit notamment d'imposer diverses exigences telles que (e) l'obligation pour le prestataire de respecter les exigences relatives à l'exercice d'une activité applicables sur leur territoire et (i) les restrictions à la libre circulation des services visées à l'article 23, paragraphe 1, premier alinéa (autorisation préalable pour la prise en charge financière des soins non hospitaliers).¹⁷²⁾

Plusieurs dérogations générales au principe du pays d'origine ont trait aux services ayant des répercussions sur la santé ou les soins de santé. Afin de garantir la cohérence avec la future directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, l'article 17(8) instaure une dérogation générale aux dispositions du titre II de cette directive (cf. supra). Conformément à l'article 17(16) du projet de directive sur les services, le principe du pays d'origine ne s'applique pas aux services faisant l'objet, dans l'État membre dans lequel le prestataire se déplace pour fournir ses services, d'un régime d'interdiction totale justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. Le considérant 42 y ajoute des raisons liées à la protection de la dignité humaine et précise que cette dérogation couvre également les cas où des services sont soumis au régime d'interdiction mais néanmoins autorisés dans certaines circonstances spécifiques.¹⁷³⁾ Cette dérogation permet de maintenir les interdictions nationales concernant l'euthanasie, l'avortement ou les techniques de procréation médicalement assistée. L'article 17(17) prévoit également une dérogation pour ce qui concerne "les exigences spécifiques de l'État membre dans lequel le prestataire se déplace qui sont directement liées aux caractéristiques particulières du lieu où le service est fourni et dont le respect

est indispensable pour assurer le maintien de l'ordre public ou de la sécurité publique ou la protection de la santé publique ou de l'environnement". Plusieurs exemples de ces "exigences spécifiques" sont cités au considérant 43, notamment les "exigences relatives à l'organisation d'événements publics ou les exigences relatives à la sécurité des chantiers". La portée de cette dérogation par rapport à notre propos reste totalement floue. En particulier, la question se pose de savoir si cette disposition vise les paramètres définissant les limites de la couverture des soins de santé, comme exposé plus haut. Peut-on également imaginer que la portée de cette disposition s'étende aux règles fixant les tarifs de soins de santé? Le fait est que le considérant 47a fait référence à la dérogation contenue à l'article 17(17) en la qualifiant d'importante dérogation générale au principe du pays d'origine pour ce qui concerne les services transfrontaliers et en y incluant "des normes en matière d'hygiène" (sic).¹⁷⁴⁾ Enfin, l'article 17(18) libère de l'application du principe du pays d'origine le régime d'autorisation relatif aux remboursements des soins hospitaliers.

Hormis ces dérogations générales, l'article 19 du projet de directive sur les services autorise les États membres à intervenir, à titre exceptionnel, pour prendre des mesures relatives a) à la sécurité des services, en ce compris les aspects liés à la santé publique, b) à l'exercice d'une profession de la santé et c) à la protection de l'ordre public. Cette liste sommaire, qui passe complètement sous silence toutes les raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la CJCE,¹⁷⁵⁾ contient deux motifs que l'État membre d'accueil peut invoquer pour imposer ses réglementations au prestataire étranger de soins médicaux. Cependant, avant d'en arriver là, l'État membre d'accueil doit suivre une procédure longue et laborieuse d'assistance mutuelle décrite à l'article 37. Cette procédure implique une notification à l'État membre d'origine (qui peut prendre des mesures correctives) et à la Commission (qui peut adopter une décision pour demander à l'État membre concerné de s'abstenir de prendre les mesures envisagées ou de mettre fin d'urgence aux mesures en question). Les conditions visées à l'article 19(2) doivent en outre être réunies.¹⁷⁶⁾

Dans une large mesure, le projet de directive sur les services tire les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, l'application du principe du pays d'origine dans le domaine des services, principe clé du projet de directive sur les services, n'a rien de soudain et est au contraire, fermement établie dans la jurisprudence relative à l'article 49 CE.¹⁷⁷⁾ Dès lors, le seul fait d'exclure la fourniture des services liés aux soins de santé de la portée du projet de directive, comme le préconise une liste toujours plus longue de groupes d'intérêt et organes consultatifs, ne placerait pas la fourniture de services de santé hors du cadre du marché intérieur, sauf modification du traité. Cependant, dans le projet de directive sur les services, l'action du principe du pays d'origine va nettement au-delà de celle observée dans le traité puisque ce principe s'applique à la réglementation des services

tout entière, laquelle est seulement déclarée coordonnée, sans harmonisation préalable de l'intérêt général.¹⁷⁸⁾ Alors qu'en vertu des dispositions du traité, l'État membre d'accueil peut imposer sa législation si et dans la mesure où l'intérêt général n'est pas suffisamment protégé par les réglementations auxquelles est soumis le prestataire étranger dans l'État membre d'établissement et qu'une large marge d'appréciation est laissée aux États pour ce qui concerne les questions sensibles et/ou diverses normes, le projet de directive sur les services, sans pour autant l'instituer, présume quasi irréfutablement une équivalence européenne en matière de protection de l'intérêt général.

Combiner l'accès au marché avec un contrôle réglementaire durable¹⁷⁹⁾ dans un domaine aussi délicat et réglementé que celui de la fourniture des services de santé - un domaine qui présente en outre des liens étroits avec la sécurité sociale basée sur la solidarité - est une mission difficile. Tandis que la situation actuelle, c'est-à-dire, le modèle de l'État d'établissement "qualifié" combiné à des instruments prescrivant l'application d'éléments de la législation de l'État d'accueil, a un effet neutre en termes de sécurité juridique, l'application pratiquement absolue et inconditionnelle du modèle de l'État d'établissement dans le projet de directive sur les services désavoue l'intérêt légitime des États membres d'imposer leur propre législation aux prestataires étrangers de services médicaux. Les dérogations sont assez vagues ou leur usage strictement encadré. Il n'existe cependant pas beaucoup d'autres modèles alternatifs d'intégration du marché. La création, au niveau communautaire, d'un paquet unique d'exigences réglementaires harmonisées soulève des questions épineuses de légitimation démocratique, d'attribution des compétences et de subsidiarité.¹⁸⁰⁾ Si une harmonisation détaillée ne semble pas concevable, une harmonisation minimale de certaines exigences relatives à l'accès et à l'exercice d'une profession médicale, telle que prévue par les articles 47, paragraphes 2 et 3, en conjonction avec l'article 55 CE, pourrait fournir la base d'une application systématique du principe du pays d'origine. D'autre part, un pur modèle de contrôle de l'État d'accueil, comme le suggère le texte de l'article 49 CE, apporterait sans aucun doute une plus grande sécurité juridique, mais fermerait la porte au développement de la fourniture temporaire de services médicaux transfrontaliers.¹⁸¹⁾

D'une manière ou d'une autre, il va falloir établir des priorités.

3) La libre prestation de services non médicaux ambulatoires dans le cadre de l'assurance maladie luxembourgeoise

A. Conformité avec le droit communautaire

Pour la fourniture de services d'aide à domicile (soins non médicaux) aux personnes dépendantes telles que les personnes âgées ou handicapées, le système luxembourgeois d'assurance maladie recourt à des professionnels

de santé employés par des réseaux d'aides et de soins (ci-après, "le réseau"). Un réseau se définit comme "un ensemble organisé d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales, dispersé dans une zone territorialement donnée, de compétences différentes et complémentaires pour assurer et coordonner la prise en charge de la personne dépendante".¹⁸²⁾ Pour pouvoir exercer les activités en question,¹⁸³⁾ le réseau doit obtenir un agrément double (*agrément aide à domicile et soins à domicile*).¹⁸⁴⁾ Les conditions d'octroi de ces agréments sont fixées par des règlements grand-ducaux¹⁸⁵⁾ et comportent des exigences en termes de personnes (en l'occurrence trois postes à plein temps) ainsi que des exigences visant à assurer la continuité des aides et des soins (en l'occurrence, la prestation de services tous les jours de l'an au moins 14 heures par jour). En plus d'être agréé, le réseau est tenu de conclure des contrats avec l'UCM (*contrat d'aides et de soins*).¹⁸⁶⁾ Ce contrat contient les engagements de la part des prestataires concernant la qualité, la facturation, la comptabilité, la définition du cercle des personnes prises en charge,¹⁸⁷⁾ l'étendue des prestations délivrées, la continuité de la prise en charge, etc.

Une entreprise légalement établie dans un autre État membre où elle fournit des services analogues peut-elle invoquer l'article 49 en conjonction avec les articles 48 et 55 CE pour obtenir l'accès à l'activité de prestataire de services non médicaux à domicile et exercer cette activité sur le territoire du Luxembourg? Dans l'affirmative, quelles sont les exigences auxquelles elle doit se conformer?

Indubitablement, les services d'aide à domicile constituent des services au sens du traité. Dans l'affaire *Sodemare*, la Cour a considéré une entreprise privée gérant une résidence pour personnes âgées comme étant engagée dans une activité économique au sens de l'article 2 du traité CE.¹⁸⁸⁾

Plus difficile est la question de savoir si la fourniture de services d'aide à domicile sur le territoire luxembourgeois par une entreprise établie à l'étranger relève du champ d'application des dispositions du traité relatives aux services ou si elle est soumise aux dispositions de l'article 43 CE. Le critère décisif aux fins de l'application du chapitre du traité relatif aux services à une activité économique est l'absence de caractère stable et continu de la participation de l'intéressé à la vie économique de l'État membre d'accueil.¹⁸⁹⁾ Un ressortissant communautaire qui exerce une activité, de façon stable et continue, dans un autre État membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet État, doit être considéré comme exerçant son droit d'établissement. D'autre part, la fourniture de services au sens du traité est ici caractérisée par sa nature temporaire, laquelle, selon une jurisprudence bien établie, doit être appréciée non seulement en fonction de la durée de la prestation, mais également en fonction de sa fréquence, périodicité ou continuité.¹⁹⁰⁾ La Cour a donné une interprétation relativement large de ces critères et a qualifié de prestataire de services un opérateur économique établi dans un État membre, qui fournit de

manière plus ou moins fréquente ou régulière, même sur une période prolongée, des services à des personnes établies dans un ou plusieurs États membres. La Cour a également observé qu'aucune disposition du traité ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service dans un autre État membre ne peut plus être considérée comme une prestation de services au sens du traité.¹⁹¹⁾

Bien que, contrairement à l'exploitation d'un établissement hébergeant des personnes dépendantes, la fourniture de services d'aide à domicile ne nécessite pas une infrastructure au Luxembourg, les services en question, par leur nature même, impliquent un certain degré de continuité et de régularité qui semble dépasser de simples considérations de souhaitabilité.¹⁹²⁾ Dès lors, nous pensons que les autorités luxembourgeoises devraient apprécier la demande d'un prestataire étranger de services d'aide à domicile visant à délivrer des services analogues de manière régulière à une population importante de personnes dépendantes non spécifiées (par exemple, une municipalité) dans le cadre de l'article 43 CE, même si le prestataire en question n'est pas établi au Luxembourg.

Quoiqu'il en soit, ce prestataire ne devrait pas bénéficier des faibles critères de violation de l'article 49 CE. Ce sera également le cas lorsque le prestataire étranger axe ses activités entièrement ou principalement sur le territoire du Luxembourg dans l'intention d'échapper aux obligations imposées par la législation luxembourgeoise.¹⁹³⁾ Par contre, lorsque ce prestataire cherche à fournir ces services temporairement à des personnes dépendantes déterminées au départ du lieu d'établissement,¹⁹³⁾ ou lorsqu'il fournit ses services pour couvrir des pénuries temporaires de personnel,¹⁹⁵⁾ les dispositions du traité relatives aux services s'appliquent.

La question est de savoir si les autorités luxembourgeoises peuvent imposer à un prestataire étranger de services d'aide à domicile cherchant à fournir ces services temporairement et occasionnellement sur le territoire du Luxembourg de se conformer aux législations auxquelles sont soumises les prestataires établis au Luxembourg. En d'autres termes, l'accès au marché luxembourgeois d'un prestataire étranger aux fins de fourniture de soins non médicaux à domicile¹⁹⁶⁾ peut-il être subordonné aux conditions de constitution d'un réseau, d'obtention des agréments requis et de conclusion d'accords avec l'UCM? Indubitablement, le fait d'imposer ces réglementations est de nature à gêner ou à rendre moins attractive la libre prestation de services et constitue dès lors une restriction au sens de l'article 49 CE. Cependant, dans l'affaire *Sodemare* qui, en raison de ses parallèles avec la question examinée, ne peut être laissée de côté dans ce contexte, la Cour a adopté une approche particulièrement réservée. Dans cette affaire, la Cour était appelée à apprécier la compatibilité avec, entre autres, les articles 43 et 48 CE d'une réglementation italienne autorisant à des opérateurs privés ne poursuivant pas de but lucratif de concourir à la réalisation du système d'assistance sociale par la conclusion de conventions leur donnant droit au

remboursement par les autorités publiques des coûts de services d'assistance sociale à caractère sanitaire. La Cour, après avoir constaté que la condition d'absence de but lucratif s'inscrit dans le cadre du système d'assistance sociale fondé sur le principe de la solidarité, a déclaré que "en l'état actuel du droit communautaire, un État membre peut, dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale tel que celui en cause [...], implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, que l'admission d'opérateurs privés à ce système en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif".¹⁹⁷⁾ Sur cette base, et ayant souligné que la condition n'était pas discriminatoire, la CJCE a jugé que la condition d'absence de but lucratif ne peut être considérée comme étant contraire aux articles 43 et 48 CE.¹⁹⁸⁾ L'arrêt *Sodemare* est un arrêt remarquable. Alors que dans la majorité des affaires relatives au marché intérieur, la Cour détermine immédiatement les restrictions puis cherche seulement d'éventuelles justifications, dans cette affaire, elle a interrompu son raisonnement beaucoup plus tôt et s'est abstenue d'examiner si la mesure attaquée était restrictive, ce qu'elle était clairement.¹⁹⁹⁾ Cependant, il n'est pas certain que la Cour réitérerait cette approche clémente si elle était amenée à apprécier l'imposition de mesures nationales, telles que les réglementations luxembourgeoises en question, aux entreprises étrangères fournissant temporairement et occasionnellement des services d'aide à domicile sur le territoire luxembourgeois. L'affaire *Sodemare* portait sur la liberté d'établissement, à l'exclusion (explicite) de l'article 49 CE, et la CJCE aurait pu estimer qu'un opérateur économique doit se soumettre aux règles non discriminatoires édictées par son seul codificateur.²⁰⁰⁾ De plus, dans les affaires ultérieures relatives aux soins de santé, la Cour a interprété l'article 49 CE comme entraînant une européenisation de l'offre des prestataires de soins de santé dans des situations comportant une spécificité intracommunautaire. Tout porte raisonnablement à croire que cette tendance devrait aussi se vérifier dans le domaine de l'assistance sociale. Les mesures nationales qui empêchent l'europeanisation de l'offre de prestataires de services sociaux constituent des obstacles à la libre prestation des services et exigent dès lors une justification.²⁰¹⁾

Pour les motifs susmentionnés, le prestataire étranger ne devrait pas pouvoir mettre en cause les réglementations luxembourgeoises déterminant la définition de la dépendance, le cercle des bénéficiaires ainsi que les prestations octroyées et leurs conditions d'octroi.

Le cadre réglementaire imposé par les autorités luxembourgeoises vise la réalisation d'objectifs de santé publique et de politique sociale. Premièrement, la structure en réseau permet à la personne dépendante de s'adresser à un interlocuteur unique et assure une continuité dans les soins.
²⁰²⁾ Tant les conditions d'octroi des agréments que les obligations stipulées

dans le contrat d'adhésion avec l'UCM poursuivent des objectifs de qualité des aides et des soins en termes d'exigences structurelles ou processuelles,²⁰³⁾ d'accessibilité de ces services sociaux et, plus généralement, de bon fonctionnement du régime d'assurance maladie. Néanmoins, l'application de ces règles nationales aux prestataires de services établis dans d'autres États membres doit être propre à garantir la réalisation de ces objectifs et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour que ceux-ci soit atteints. À cet égard, il y a lieu de tenir dûment compte de la législation à laquelle est soumise le prestataire dans l'État membre d'établissement en ce sens que les objectifs poursuivis ne peuvent être déjà sauvegardés par cette législation.²⁰⁴⁾ Pour formuler la question autrement, le moule national que le Luxembourg veut imposer au prestataire étranger souhaitant fournir de manière temporaire et occasionnelle des services d'aide à domicile est-il propre à la réalisation des objectifs légitimes d'intérêt général qu'il déclare poursuivre? Ces objectifs ne peuvent-ils être atteints par des moyens moins restrictifs? La législation de l'État membre d'établissement, même si son contenu précis diffère inévitablement, ne présente-t-elle pas une équivalence sur le plan de la protection de l'intérêt général?²⁰⁵⁾ Vu le contexte des restrictions en cause et la nature des justifications invoquées, il est cependant vraisemblable que la Cour adoptera une attitude plus réservée. Toutefois, même s'il se peut que la Cour n'impose pas une application du principe de reconnaissance mutuelle aussi ample que dans des domaines moins "sensibles", il est clair que les autorités luxembourgeoises ne peuvent attendre du prestataire étranger qu'il se conforme à toutes les réglementations détaillées qu'elles imposent aux prestataires nationaux. La législation luxembourgeoise peut très bien exiger de ces derniers qu'ils emploient trois salariés à plein temps. Mais si, par exemple, les autorités de la Communauté française de Belgique jugent la continuité des soins sauvegardée lorsque les prestataires wallons de services d'aide à domicile emploient 2,5 équivalents temps plein et que cette règle leur permet d'assurer une continuité de soins aux Luxembourgeois dépendants, les autorités luxembourgeoises doivent le tolérer. De même, si les règles comptables françaises permettent une saine administration et sont aisément compréhensibles par l'UCM, le Luxembourg n'aura d'argument pour imposer les siennes.

L'obtention de l'agrément est une exigence qui passerait probablement l'examen de proportionnalité. En effet, dans l'affaire *Commission des Communautés européennes/République française*, la Cour a déclaré que la partie défenderesse était en droit d'exiger que pour effectuer, s'ils le souhaitent, des prestations de service au profit de personnes résidant en France, les laboratoires d'analyses de biologie médicale ayant leur siège d'exploitation dans un autre État membre se soumettent, conformément à la législation française, à une autorisation.²⁰⁶⁾ La Cour soulignait toutefois que les autorités compétentes devaient veiller à ce que les conditions à respecter pour obtenir une telle autorisation ne fassent pas double emploi avec les

conditions légales équivalentes déjà remplies dans l'État d'établissement.²⁰⁷⁾ De même, on ne peut exclure que la Cour n'estimerait pas disproportionné le fait d'obliger le prestataire étranger à conclure certains accords avec l'UCM concernant la nature des services fournis, les bénéficiaires de ces services et leur gestion administrative.

L'obligation d'avoir un établissement au Luxembourg,²⁰⁸⁾ qui pourrait être dictée par la nécessité d'assurer la continuité des soins, serait très probablement rejetée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Il est en effet de jurisprudence constante de la Cour que "[...] l'exigence d'un établissement stable est en fait la négation de [la libre prestation des services]" et que "elle a pour conséquence d'enlever tout effet utile à l'article [49] du traité, dont l'objet est précisément d'éliminer les restrictions à la libre prestation des services de la part des personnes non établies dans l'État sur le territoire duquel la prestation doit être fournie".²⁰⁹⁾ Même si, indubitablement, la nature des services concernés demande une certaine proximité entre le prestataire et la personne dépendante, cet objectif légitime, compte tenu également de la taille réduite du territoire luxembourgeois, pourrait être réalisé par des moyens moins restrictifs tels que l'obligation de pouvoir se rendre chez la personne dépendante à tout moment, dans un délai fixé.^{210) 211)}

Lors de l'appréciation de la proportionnalité des mesures restrictives luxembourgeoises, il y a lieu de tenir compte du fait que le régime d'assurance maladie comporte un degré de choix. Il prévoit par exemple le remplacement partiel des services d'aides et de soins par des prestations en espèces qui permettent à la personne dépendante de rémunérer un aidant informel.²¹²⁾ Il va de soi que les aidants informels n'ont besoin ni d'être agréés, ni de conclure un contrat d'aides et de soins avec l'UCM.²¹³⁾ En outre, conformément au dernier paragraphe de l'article 393 du Code des Assurances Sociales, le réseau est tenu de s'assurer le concours d'autres prestataires s'il n'est pas en mesure de délivrer les aides et soins par ses propres ressources. L'activité du sous-traitant est alors exercée sous la responsabilité du réseau qui reste le seul interlocuteur de l'UCM.

B. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur

Dans son considérant 14 exemplifiant la notion de service, le projet de directive fait explicitement référence aux "services à domicile, comme le soutien aux personnes âgées". En conséquence, lorsque ces services sont fournis par un prestataire établi dans un autre État membre, le principe du pays d'origine s'applique. L'exigence d'obtention d'une autorisation est expressément interdite. En ce qui concerne les dérogations à ce principe en rapport avec la fourniture de services d'aides et de soins à domicile, seules les exceptions prévues à l'article 17(8) et (17), et à l'article 19 (1) (a) et (b), semblent utilisables.

4) Conclusions

Le considérant 7a du projet de directive sur les services indique que "[la directive] ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les États membres de définir, conformément au droit communautaire, ce qu'ils entendent par services d'intérêt économique général, la manière dont ces services devraient être organisés et financés et les obligations spécifiques auxquels ils devraient être soumis".

En outre, le considérant 7c dispose que "la présente directive ne porte pas sur le financement des services d'intérêt économique général et ne s'applique pas aux aides octroyées par les États membres, en particulier dans les domaines social et de la santé [...]"

Ces considérants, qui ne figurent pas dans la proposition initiale de la Commission, pourraient être compris comme invalidant dans une large mesure les effets de déréglementation de la directive dans les domaines sanitaire et social. Cependant, l'apparition tardive - dans le préambule - de ces considérants au sujet d'un élément aussi essentiel ainsi que la structure globale de la proposition - qui est préservée dans le projet - mènent à croire qu'une telle lecture pourrait ne pas correspondre à l'intention de la Commission. La relation du projet de directive sur les services avec les services d'intérêt économique général devrait être davantage clarifiée, de préférence dans un article. Cette question sera examinée plus en détail dans le troisième chapitre du présent rapport.

III. L'assurance maladie et le marché intérieur

1) La concurrence dans les systèmes de santé

Les systèmes de santé atteignent de plus en plus leurs limites de capacité financière et des réformes sont donc envisagées dans tous les États membres. S'il est vrai que dans tous les États membres de l'UE, les systèmes de protection sociale sont le résultat d'une évolution historique et sont enracinés dans un contexte économique, social ou juridique spécifique à chacun, certaines tendances et problèmes sont communs à tous et résultent de problèmes généraux rencontrés partout en Europe: l'évolution démographique de la société caractérisée par un vieillissement de la population provoquant une augmentation des dépenses de santé, les problèmes financiers rencontrés par les systèmes de sécurité sociale et la hausse constante des coûts des soins de santé résultant des innovations dans le domaine de la médecine. Le besoin de protection sociale augmente, tandis que le cadre financier, lui, se détériore²¹⁴.

L'étude de l'évolution des États sociaux européens amène parfois à distinguer, selon l'approche adoptée, des changements de premier, de deuxième et de troisième ordre²¹⁵.

Les changements de premier ordre font référence aux changements progressifs et quantitatifs tels que la légère baisse de l'augmentation des niveaux de prestations, des périodes de prestations, etc. Les changements de deuxième ordre correspondent aux changements institutionnels, aux changements qualitatifs, par exemple, le passage du financement d'un régime par l'État à un financement par les contributions des partenaires sociaux et vice versa. Quant aux changements de troisième ordre, ils font référence aux changements au niveau des objectifs politiques. Dans le contexte de la santé, les changements de deuxième ordre sont prédominants. Nous observons une plus grande individualisation et une plus forte influence du marché libre. Le développement rapide de nouveaux types de thérapeutiques - source d'augmentation des coûts - et l'augmentation du nombre de personnes âgées et de personnes nécessitant des soins de santé placent les systèmes face à d'importants défis. En conséquence, de nombreux pays mènent actuellement un débat sur l'individualisation des soins de santé. Nous observons l'établissement de responsabilités individuelles et d'une concurrence entre sociétés privées d'assurances et institutions publiques autorisant des choix individuels en termes de couverture ou d'étendue de la couverture des soins de santé. Cette tendance pourrait s'avérer très piégeante. La discrimination entre risques "bons", "faibles" ou "mauvais" pourrait même conduire à une "protection des soins de santé à deux vitesses".

Nonobstant la diversité des structures et des modes de financement des systèmes de santé, la plupart des réformes structurelles ont cherché à introduire des mécanismes de marché dans leur système. Ces réformes visent principalement à inciter les acteurs du secteur de la santé à poursuivre les objectifs définis et poursuivis par les politiques en matière de santé.²¹⁶⁾

La principale difficulté consiste à déterminer quel est le mieux équipé pour assumer la gouvernance du système de santé compte tenu du défi majeur que représente l'impératif de contrôle des dépenses. Divers projets de réforme ont été introduits pour accroître la rationalité et l'efficacité des systèmes de santé en instaurant une concurrence entre ses acteurs. Tous les systèmes ont intégré des mécanismes de marché, ce qui suppose un changement au niveau du rôle de l'État. Si ce dernier conserve la gouvernance du système de santé en fixant des objectifs et en définissant les règles et limites de la concurrence entre les différents acteurs, son retrait de la gestion pratique du système est par contre perceptible²¹⁷⁾.

L'introduction de règles de marché dans les services nationaux de santé entraîne une dissociation entre la production des services et le financement des soins ("séparation acheteur-fournisseur"). Ainsi, la réforme du National Health Service au Royaume-Uni et d'autres réformes menées en Italie et en Grèce ont donné naissance à une structure bipolaire avec, d'un côté, les prestataires et institutions de santé et, de l'autre, l'autorité chargée de la gestion des budgets. Ces réformes ont également débouché sur une plus grande autonomie de gestion. La création d'un marché intérieur, où les prestataires doivent négocier une convention avec une autorité sanitaire sur la base de la qualité, de l'efficacité et du tarif des soins proposés, vise à instaurer une concurrence entre les prestataires de soins. En Espagne, l'achat de prestations auprès des institutions de santé est effectué soit par les communautés autonomes, soit par un organisme public dénommé INSALUD. Certaines communautés autonomes ont adopté un système de contrat contenant des accords sur les niveaux cibles de production et le cadre budgétaire. On constate une division similaire au Royaume-Uni où les autorités sanitaires de district ont la responsabilité de garantir des niveaux adéquats de soins de santé dans leurs régions. Afin de couvrir leurs besoins régionaux en matière de soins de santé, elles passent donc des contrats avec des hôpitaux publics autonomes (*NHS trusts*), des hôpitaux privés à but lucratif et des hôpitaux à but non lucratif. Cela crée une sorte de marché intérieur où les institutions se font concurrence pour décrocher des contrats avec l'autorité compétente. Par ailleurs, le Royaume-Uni a mis en place un système de cabinets de médecins généralistes gestionnaires de fonds (*general practitioner fundholder*). Ces cabinets regroupent des médecins de soins primaires autorisés à gérer un budget pour la fourniture de prestations spécialisées à leurs patients. Tandis que les médecins généralistes ordinaires doivent adresser leurs patients à des spécialistes et institutions avec lesquels l'autorité sanitaire a conclu une convention, les médecins généralistes

gestionnaires d'un fonds peuvent conclure eux-mêmes des accords avec les hôpitaux et spécialistes. En Slovénie, l'Institut d'assurance maladie a lancé des appels d'offres aux prestataires privés et publics afin d'attribuer des contrats de service public pour l'exécution des programmes et services de santé.

Dans les systèmes d'assurance sociale obligatoire, les mesures réglementaires inspirées des règles de marché se sont essentiellement concentrées sur les organismes d'assurance maladie. La responsabilisation financière des caisses de maladie vis-à-vis des coûts des soins de santé de leurs assurés a pour but d'encourager ces caisses à négocier avec les prestataires des contrats garantissant une fourniture rationnelle de soins de qualité. De plus en plus, les décideurs politiques ont été convaincus de la nécessité d'introduire de puissantes incitations pour atteindre les objectifs d'efficacité et de contrôle plus efficace des coûts. Cela s'est notamment traduit par une plus grande responsabilisation des consommateurs et des caisses de maladie. En Belgique, par exemple, la responsabilisation financière des mutuelles a été stimulée par le remplacement progressif du système traditionnel de remboursement rétrospectif des prestations par un nouveau système combinant remboursement rétrospectif et prospectif. La possibilité d'un remboursement prospectif a ainsi donné la possibilité aux mutuelles de réaliser un bénéfice, mais aussi d'enregistrer une perte couverte par une prime forfaitaire réclamée aux assurés.²¹⁸⁾

En Allemagne, l'un des objectifs prioritaires de la réforme de l'assurance maladie entamée dans les années 1990 fut également de favoriser la concurrence entre les caisses de maladie afin de parvenir à un contrôle des coûts plus efficace et de donner une plus grande liberté de choix à la population. La segmentation de l'assurance sociale constituait un obstacle efficace à la concurrence et les réformes ont permis d'ouvrir à tous l'accès aux caisses subsidiaires (*Erstazkasse*). Par ailleurs, les assurés ont obtenu le droit de changer aisément de caisse de maladie. La concurrence, le libre choix ou l'absence de restrictions d'adhésion ont eu des répercussions énormes sur le partage du marché de l'assurance maladie: entre 1996 et 2001, les AOK ont perdu 12,8% de part de marché, tandis que les BBK en ont gagné 65,4%²¹⁹⁾.

Un mécanisme de mise en commun du risque, avec transferts financiers entre les caisses, a été introduit pour faciliter la concurrence sur le marché. Compte tenu des différences préexistantes entre les caisses en termes de profil de risque, la mise en commun du risque a en effet été jugée une mesure indispensable aux fins d'établissement d'une concurrence loyale. À dater de 2007, la solidarité face au risque sera uniquement basée sur des critères de mobilité et de pathologie et non plus sur des facteurs de risque. Ces programmes de réforme ont également affecté l'étendue de la solidarité en matière d'assurance sociale. C'est ainsi que certaines prestations médicales

dans les domaines des soins dentaires, des médicaments homéopathiques ou du thermalisme ont été retirées du panier des prestations couvertes.

Au 1er janvier 2006, les systèmes d'assurance maladie néerlandais, fortement influencés par l'assurance privée, introduiront un nouveau régime d'assurance maladie. Celui-ci sera géré par des sociétés privées d'assurances qui seront autorisées à réaliser des bénéfices et à verser des dividendes à leurs actionnaires. Les assurés feront leur choix en fonction de la prime d'assurance nominale, de la performance de la société et du niveau d'accès individuel. Les sociétés d'assurances sont tenues d'accepter toute personne résidant dans leur zone d'activité et un système de péréquation des risques a été introduit afin de rendre possible l'obligation d'admission et d'empêcher une sélection, directe ou indirecte, des risques. Les organismes assureurs ont le devoir de fournir des soins de santé, mais les assurés peuvent choisir parmi les prestataires avec lesquels les organismes assureurs ont conclu des conventions ou opter pour un remboursement des frais encourus auprès de prestataires de soins de leur choix. Certains contrats peuvent également prévoir une combinaison de ces deux approches.

Parallèlement à l'introduction d'une concurrence sur le marché, on observe également une tendance croissante à impliquer le secteur privé à but lucratif dans l'exécution des soins de santé, y compris dans les systèmes publics. On assiste aussi à une augmentation de la concurrence ouverte basée sur le financement public. Au Royaume-Uni, le NHS a signé un concordat avec le secteur privé pour soigner les patients dans des hôpitaux privés aux frais du NHS. En France également, le secteur hospitalier privé assume un rôle de plus en plus important dans le système de santé²²⁰.

Subsistent toutefois les questions suivantes: dans quelle mesure une concurrence à armes égales est-elle possible entre hôpitaux publics et privés et cette concurrence n'est-elle pas déloyale dans la mesure où les hôpitaux publics bénéficient d'un financement plus généreux?

Malgré l'apparition de systèmes de santé davantage guidés par les forces du marché, le sentiment reste que les éléments de solidarité doivent jouer un rôle capital dans les processus de réforme. La santé n'est pas un produit économique ordinaire et l'accès aux soins nécessaires est un droit fondamental pour tous, indépendamment de l'état de santé ou de la situation financière des individus²²¹.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle tous les systèmes de santé appliquent une certaine forme d'intervention de l'État.

Nombreux sont dès lors les États membres qui fondent leurs systèmes de santé sur le principe de l'affiliation obligatoire à des régimes publics. L'obligation d'affiliation est l'élément clé d'un État social et le principe majeur d'une souveraineté sociale nationale²²².

Cependant, ce monopole d'État coercitif est peu à peu menacé par les règles du droit communautaire de la concurrence.

Le problème principal est de pouvoir concilier droit de la concurrence, d'une part, et droit social, de l'autre. Toute la problématique de l'application du droit de la concurrence aux régimes de sécurité sociale tourne autour d'une question fondamentale: "l'État ou d'autres organisations sont-ils habilités à créer une quelconque forme de solidarité entre les membres d'une certaine collectivité confrontés à certains risques? Dans l'affirmative, la solidarité est inévitable et exclut toute forme de concurrence. Dans la négative, tous les systèmes légaux et conventionnels doivent être abolis²²³⁾".

Le droit communautaire ne force bien sûr pas les États membres à introduire des règles de concurrence dans leurs systèmes de santé, mais il est certain que plus ceux-ci introduisent des formes de régulation du marché dans leurs systèmes, plus la possibilité d'une applicabilité des règles communautaires de concurrence devient grande. Chaque fois que des États membres introduisent des éléments de concurrence dans un but d'efficacité accrue et de réduction des coûts, ils s'exposent à l'application des règles de concurrence.

2) Droit de la concurrence

A. Les institutions de sécurité sociale sont-elles des entreprises?

Dans l'UE, le droit antitrust comprend toute une série d'instruments juridiques destinés à empêcher les distorsions de concurrence, que celles-ci soient provoquées par des entreprises privées, des entreprises publiques²²⁴⁾ ou par les États membres eux-mêmes. Les destinataires des règles de concurrence sont donc les entreprises, en ce compris les entreprises publiques. Le fait que ces entreprises aient leur propre statut juridique ou fassent partie intégrante d'une administration d'un État membre est sans incidence, de même que leur mode de financement.²²⁵⁾

Dès lors, la première question est de savoir si les institutions de sécurité sociale, et notamment les institutions de santé, peuvent être qualifiées d'entreprises?

Le terme "entreprise" lui-même n'est pas défini dans le traité. Le Tribunal de première instance adopte une définition relativement large en estimant que l'article 81 s'adresse à des entités économiques consistant chacune en une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant de façon durable un but économique déterminé.²²⁶⁾ La notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.²²⁷⁾ Il s'agit donc d'une approche axée sur le fond, où la "substance" l'emporte sur la forme. La caractéristique principale d'une entreprise bascule donc de critères liés à l'autonomie ou au statut juridique à

des considérations liées à l'activité économique. En conséquence, la Cour se penche sur des critères fonctionnels en ce sens qu'elle se concentre sur le type d'activité plutôt que sur les caractéristiques des acteurs de l'entreprise ou des objectifs sociaux y associés. Autrement dit, il est sans importance que les institutions concernées soient qualifiées d'organismes soumis au droit public ou d'éléments de l'administration de l'État.

Ce qui importe, ce sont les activités économiques qui y sont exercées. Les activités économiques sont des activités commerciales. Le critère essentiel semble consister dans la question de savoir si l'activité pourrait, à tout le moins en principe, être exercée par une entreprise privée en vue de réaliser un but lucratif et si cette activité est confrontée à la concurrence effective ou potentielle d'une entreprise privée.²²⁸⁾ En effet, en l'absence de la possibilité pour une entreprise privée d'exercer une activité déterminée, il ne servirait à rien d'y appliquer les règles de concurrence.²²⁹⁾

Toute activité consistant à offrir des biens et des services dans un marché donné est une activité économique et vu que les prestataires de santé exercent une activité économique puisqu'ils offrent des services et des produits médicaux, il y a incontestablement lieu de les qualifier d'entreprises. Des personnes physiques qui exercent des activités économiques peuvent dès lors également être qualifiées d'entreprises. Les spécialistes de la médecine qui agissent en tant qu'opérateurs économiques indépendants agissent donc en tant qu'entreprises. De même, leur association nationale est une association d'entreprises.²³⁰⁾ Pharmaciens, kinésithérapeutes, médecins, fournisseurs de dispositifs médicaux, tous peuvent être qualifiés d'entreprises. Il n'est pas nécessaire à cet égard que les activités soient exécutées dans un but lucratif.²³¹⁾

Dans la mesure où, de nos jours, toutes les activités peuvent être exercées par des entreprises privées, la Cour de justice a défini une série d'exclusions afin de limiter le champ d'application du droit de la concurrence. Sont notamment exclues de ce champ d'application, les activités résultant de l'exercice de droits régaliens et les activités sociales.

B. Exemptions

1. Exercice d'imperium

Les activités résultant de l'exercice de droits régaliens ne sont pas des activités économiques puisqu'elles ne sont confrontées à aucune concurrence effective ou potentielle d'entreprises privées. Par définition, l'exercice d'*imperium* ne peut jamais être une activité économique.²³²⁾ L'*imperium* implique pour celui qui l'exerce la faculté d'user de prérogatives exorbitantes du droit commun, de privilèges de puissance publique et de pouvoirs de coercition qui s'imposent aux citoyens.²³³⁾ Les institutions de santé qui exercent une activité de type régalien seraient dès lors susceptibles

d'échapper à l'application des règles de concurrence. Peut-on dès lors dire des institutions de santé allemandes qu'elles ne sont pas soumises aux règles de concurrence compte tenu de leur obligation légale de fournir des prestations en nature?

Une simple déclaration de l'État n'est toutefois pas suffisante à cet égard puisque c'est la nature de l'activité qui est déterminante.²³⁴⁾ L'approche fonctionnelle a nécessairement pour corollaire qu'une activité ne perd pas sa nature économique par le simple fait qu'elle est exercée par l'État ou par un organisme public et ne devient pas économique en vertu du fait qu'elle est exercée par une entreprise privée.²³⁵⁾ L'État jouit donc d'une double capacité puisqu'il peut agir soit par l'exercice de l'autorité publique, soit par l'exercice d'activités économiques. Pour établir la distinction, il est dès lors nécessaire d'examiner les activités exercées par l'État et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent.²³⁶⁾ Les entités auxquelles un État membre a imparti une mission d'intérêt général faisant partie des fonctions essentielles de cet État ne sont donc pas soumises aux règles de la concurrence visées aux articles 81 et 82 du traité, tandis que les activités de ces entités qui se distinguent de ce critère sont soumises aux dispositions des articles 81 et 82 du traité.²³⁷⁾ Toutefois, il n'y a pas d'exemption fondée sur l'exercice *d'imperium* - même lorsqu'un organisme exerce un pouvoir public - si cet organisme commercialise des biens ou des services aux côtés d'entreprises privées ayant un but lucratif.²³⁸⁾ Autrement dit, le fait que certaines institutions de santé - comme en Allemagne - agissent dans un cadre de droit public et fassent partie de l'administration ne les libèrent pas de l'application des règles de concurrence.

Étant donné qu'en matière de soins de santé, beaucoup de choses peuvent être fournies par le secteur privé, il serait difficile de faire valoir que les institutions ou les prestataires de santé exercent des tâches typiquement réservées à l'autorité publique.

Dans de nombreux systèmes de santé, les associations de prestataires de soins médicaux jouent un rôle important et des compétences spécifiques leur ont été accordées. Dans plusieurs États membres, les associations professionnelles sont souvent la principale et unique organisation chargée d'agréeer et d'inscrire les praticiens. Ce sont ces associations qui déterminent qui peut ou ne peut pas exercer. De même, les rémunérations/honoraires des prestataires de santé sont souvent négociées entre leurs associations professionnelles et l'État. Parfois, ces associations se bornent à formuler une recommandation, mais dans d'autres cas, il y a une véritable négociation collective. Il arrive que leurs décisions soient transposées dans le droit ou rendue obligatoire pour l'ensemble de la profession.

Il ne peut donc être exclu que ces décisions tombent sous l'application des règles de concurrence.

À cet égard, la question se pose de savoir si un degré élevé d'intervention de l'État mène à conclure que ces associations n'ont pas l'autonomie nécessaire pour exercer des activités économiques ou qu'elles exercent leur mission en qualité d'exécutant de l'État. Les réglementations nationales définissent souvent qui peut être accepté comme fournisseur de prestations, établissant ainsi les critères d'admission de manière irrévocable et concluante. Ces institutions agissent-elles ou non de leur propre initiative? Dans de nombreux cas, il peut s'avérer difficile de déterminer le responsable du comportement anticoncurrentiel: l'État qui exige ce comportement ou l'influence de manière décisive, l'entreprise qui exerce de sa propre initiative des activités anticoncurrentielles malgré le soutien qu'elle reçoit éventuellement de l'État, ou peut-être les deux?²³⁹⁾ De l'avis de la Cour de justice, le cadre juridique dans lequel s'effectue la conclusion de tels accords est sans incidence et l'intervention d'un acte de l'autorité publique, destiné à conférer un effet obligatoire à un accord vis-à-vis de l'ensemble des opérateurs économiques concernés, même s'ils n'ont pas été partie à l'accord, ne peut avoir pour effet de soustraire l'accord à l'application de l'article 81.²⁴⁰⁾

Autrement dit, il est crucial que le comportement de l'institution soit restreint de manière si fondamentale qu'il ne puisse être considéré que les règles de concurrence s'appliquent à cette institution. C'est le cas lorsque des institutions agissent en tant que bras de l'État oeuvrant pour l'intérêt général. Il en irait également ainsi lorsque les membres de l'organisation professionnelle peuvent être qualifiés d'experts indépendants des opérateurs économiques concernés et qu'ils sont tenus, de par la loi, de fixer les tarifs en prenant en considération non pas seulement les intérêts des entreprises ou des associations d'entreprises du secteur qui les a désignés, mais aussi l'intérêt général et les intérêts des entreprises des autres secteurs ou des usagers des services en question.²⁴¹⁾ Ou encore, lorsqu'un État membre impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 ou renforce les effets de telles ententes, ou retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention d'intérêt économique. Citons, à titre d'exemple, une pratique concertée portant sur l'établissement de tarifs qui doivent ensuite être obligatoirement homologués par le gouvernement.²⁴²⁾

Il est clair qu'une action concertée enfreint la concurrence, tandis que la procédure d'homologation du gouvernement établit un lien entre le gouvernement et la pratique des entreprises.

Dès lors, le problème n'est pas de déterminer si ces activités sont ou non des activités économiques, mais de déterminer le responsable de la distorsion de concurrence: l'État en vertu de l'article 86 du traité ou les entreprises en vertu des articles 81 et 82 du traité?

L'État est en effet également susceptible d'enfreindre les règles de concurrence. L'article 86(1) du traité dispose que les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux règles de concurrence inscrites dans le traité CE. La raison pour laquelle cet article a été inséré dans le traité est l'influence que les gouvernements peuvent exercer sur les décisions commerciales des entreprises publiques ou des entreprises ayant des liens étroits avec l'État, les amenant ainsi à fausser les conditions de concurrence dans la Communauté. Alors que les entreprises privées déterminent leur stratégie industrielle et commerciale en tenant compte, notamment, des exigences de rentabilité, les décisions des entreprises publiques, par contre, peuvent subir l'impact de facteurs d'un ordre différent, dans le cadre de la poursuite, par les autorités publiques qui peuvent influencer ces décisions, des buts d'intérêt général.²⁴³⁾

Il peut notamment y avoir distorsion de concurrence si le gouvernement décide d'accorder le droit exclusif à l'assurance maladie uniquement à certaines organisations, pour autant que celles-ci puissent être qualifiées d'entreprises. La seule existence d'un droit exclusif n'est en principe pas incompatible avec le traité, ce qu'est par contre l'abus. Si l'article 86(1) du traité envisage clairement l'aménagement de droits exclusifs,²⁴⁴⁾ les développements dans la jurisprudence de la Cour de justice montrent que l'octroi ou l'élargissement de droits exclusifs est uniquement valide dans la mesure où cette décision est objectivement nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt économique général au sens de l'article 86(2) du traité. Dans l'affaire *Ambulanz Glöckner*²⁴⁵⁾, la Cour a observé que l'autorisation nécessaire pour fournir des services de transport en ambulance peut être refusée par l'autorité compétente lorsque son utilisation est susceptible d'avoir des effets négatifs sur le fonctionnement et la rentabilité du service d'aide médicale d'urgence, dont la gestion a été confiée à des organisations sanitaires. Il convient donc de vérifier si la restriction de concurrence est nécessaire pour permettre au titulaire d'un droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général dans des conditions économiquement acceptables. En vue de cet examen, la Cour a considéré qu'il y a lieu de partir de la prémisse selon laquelle l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables.²⁴⁶⁾

2. Les activités sociales

La seconde catégorie d'activités exemptées de l'application des règles de concurrence concerne les activités purement sociales. Ce concept est une invention de la Cour de justice. Pour juger de l'existence d'une activité économique, il convient d'examiner l'espace laissé par le législateur à un système de marché libre lors de la conception du système ainsi que la mesure dans laquelle le principe de solidarité a été développé.²⁴⁷⁾

Plus le principe de solidarité est clairement visible, plus la conclusion risque d'être qu'il s'agit d'une activité sociale et non d'une activité économique. Toutefois, la mince frontière entre caractère économique et caractère social d'une institution pose souvent problème. La finalité sociale d'un régime d'assurance n'est pas en soi suffisante pour exclure que l'activité en cause soit qualifiée d'économique.²⁴⁸⁾ Il faut aussi qu'il y ait application du principe de solidarité.²⁴⁹⁾

La Cour de justice a eu l'occasion de préciser ces concepts dans le cadre de plusieurs affaires, dont la principale est l'affaire *Poucet et Pistre*.²⁵⁰⁾ Dans cette affaire, ces deux personnes refusaient de payer leurs cotisations à un régime d'assurance maladie et maternité auxquels elles étaient obligatoirement affiliées, faisant valoir qu'elles devraient pouvoir, à cette fin, s'adresser librement à n'importe quelle société privée d'assurances.

La Cour a clarifié qu'une institution chargée par la loi de mettre en œuvre un régime de sécurité sociale n'est pas une entreprise étant donné qu'elle poursuit un objectif social et obéit au principe de la solidarité. Selon la Cour, ces deux caractéristiques résultent notamment d'éléments suivants: les systèmes visent à assurer à l'ensemble des personnes qui en relèvent une couverture, indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation; le régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle et pensions de retraite, seuls étant exclus du paiement de ces cotisations les titulaires d'une pension d'invalidité et les assurés retraités dont les ressources sont les plus modestes, alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires; les personnes qui ne relèvent plus de ce régime conservent leurs droits aux prestations pendant un an, à titre gratuit; cette solidarité implique une redistribution du revenu entre les plus nantis et ceux qui, en l'absence d'un tel régime et compte tenu de leurs moyens et conditions de santé, seraient privés de la couverture sociale nécessaire. Dans le régime d'assurance vieillesse, la solidarité s'exprime par la circonstance que ce sont les cotisations versées par les travailleurs en activité qui permettent de financer les pensions des travailleurs retraités. Elle se traduit également par l'octroi de droits à pension sans contrepartie de cotisations et de droits à pension non proportionnels aux cotisations versées. Enfin, la solidarité se manifeste entre les différents régimes de sécurité sociale, les régimes

excédentaires participant au financement des régimes qui ont des difficultés financières structurelles.²⁵¹⁾

Ces régimes publics de sécurité sociale comportent un élément de redistribution dans l'intérêt de la solidarité sociale qui ne laisse que peu ou pas de place aux différents services actuariels, d'investissement et de médiation que les prestataires de pensions ou d'assurance privés sont en mesure de fournir et qu'ils proposent effectivement sur le marché.²⁵²⁾

On peut dès lors confirmer l'existence d'une solidarité lorsque les cotisations destinées au revenu et prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires, entraînant donc une redistribution du revenu et de la protection en faveur de ceux qui, sans cela, seraient désavantagés à cause de leur condition de fortune ou de leur état de santé.²⁵³⁾ Dans l'affaire *Poucet et Pistre*, la Cour indique que trois éléments sont essentiels pour établir l'existence d'un principe de solidarité: le fait que les prestations ne soient pas proportionnelles aux cotisations, le fait que les prestations soient octroyées même sans versement de cotisations et l'existence de mécanismes de compensation entre les régimes de sécurité sociale.

De même, la Cour a considéré que les organismes qui gèrent le système national de santé espagnol fonctionnent conformément au principe de solidarité dans leur mode de financement par des cotisations sociales et autres contributions étatiques et dans leur prestation gratuite de services à leurs affiliés sur la base d'une couverture universelle.²⁵⁴⁾ Dans une autre affaire, la Cour a également estimé qu'un régime italien d'assurance contre les accidents du travail ne constituait pas une activité économique dès lors que l'affiliation était obligatoire, que les prestations versées étaient faiblement proportionnelles aux cotisations acquittées et que le montant de ces deux éléments était soumis à un contrôle ministériel. Des éléments de redistribution étaient présents, par exemple, dans le fait de l'application d'un taux maximal pour les cotisations à acquitter, ainsi que de taux minimaux et maximaux pour les prestations à verser.²⁵⁵⁾

Cette dernière affaire soulève un autre point important. Dans le cas d'espèce, la Cour a fait référence au fait que l'organisme italien est expressément désigné comme institution compétente en application du règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Cela signifie-t-il que la Cour considérerait peut-être cette désignation comme étant une présomption du caractère de solidarité d'un système?²⁵⁶⁾

L'instauration d'un système de marché libre implique d'accepter l'application des règles de concurrence.

Ici également, le critère de distinction réside dans le fait que les institutions d'assurance sociale se trouvent ou non dans une situation de concurrence avec des sociétés d'assurance privées. Dans ce cas, une fonction sociale ne

peut être acceptée,²⁵⁷⁾ même s'il n'est pas contesté que ces activités poursuivent certains objectifs sociaux.²⁵⁸⁾

L'affiliation facultative, l'application du principe de capitalisation et le fait que les prestations dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements de l'organisme gestionnaire sont autant d'éléments qui indiquent l'exercice d'une activité économique.²⁵⁹⁾

En d'autres termes, il n'y a pas solidarité lorsque l'affiliation n'est pas obligatoire et lorsque des sociétés d'assurance privées pratiquent une solidarité équivalente.

Dans ces régimes, l'élément de redistribution n'est pas de nature à entraîner une suppression des types d'activité que pratiquent habituellement les sociétés privées d'assurances et de pensions, comme l'analyse actuarielle et la gestion des investissements.²⁶⁰⁾

Toutes ces affaires ont cependant montré combien il est difficile de tracer une ligne entre activités sociales et activités économiques. Cela n'est pas surprenant quand on sait que les principales affaires portées devant la Cour de justice, l'affaire *Poucet et Pistre* et l'affaire *FFSA*, concernent deux systèmes de sécurité sociale complètement différents et totalement opposés. Cependant, de nombreux systèmes de sécurité sociale peuvent être situés entre ces deux extrêmes.²⁶¹⁾ En outre, il devient de plus en plus difficile de définir le concept de sécurité sociale. Quelles sont d'ailleurs les composantes typiques de la sécurité sociale?

Des éléments tels que les cotisations liées au revenu, l'absence de relation entre cotisations et prestations, l'affiliation obligatoire et l'absence de possibilité réelle d'influencer le taux des cotisations, semblent indiquer que les institutions de sécurité sociale ne peuvent être qualifiées d'entreprises. Ce dernier élément est toutefois discutable depuis l'affaire *AOK* concernant les caisses de maladie allemandes.

Une combinaison du principe de solidarité et du principe de libre marché pourrait indiquer que les institutions de sécurité sociale doivent être qualifiées d'entreprises. Il semble en effet logique que lorsque des caisses d'assurance maladie peuvent différencier (une partie de) leur taux de cotisations, indépendamment du revenu, celles-ci soient qualifiées d'entreprises. Cela n'est pourtant pas l'opinion de la Cour de justice. Dans l'affaire *AOK*, elle a estimé que les caisses de maladie allemandes du régime légal d'assurance maladie allemand n'étaient pas des entreprises.²⁶²⁾ Selon la Cour, celles-ci n'exercent aucun contrôle sur le niveau des prestations obligatoires, mais bien sur les prestations complémentaires facultatives ainsi que sur le taux des cotisations acquittées. Les caisses de maladie pratiquent une certaine concurrence des prix dans la mesure où les travailleurs salariés peuvent choisir leur organisme d'affiliation. Les caisses déterminent elles-mêmes le taux de cotisation réclamé aux assurés et celui-ci est très variable,

allant de 10,8 à 14,9% des revenus individuels.²⁶³⁾ Le législateur a introduit cet élément de concurrence en matière de cotisations afin d'inciter les caisses de maladie à agir selon les principes de saine gestion, c'est-à-dire, de la manière la plus efficace et la moins coûteuse possible, dans l'intérêt du bon fonctionnement du système de sécurité sociale allemand. La poursuite de cet objectif ne modifie donc absolument en rien la nature de l'activité des caisses de maladie.

Cet avis est plutôt surprenant dans la mesure où il est généralement admis que l'un des objectifs du droit de la concurrence est précisément d'accroître l'efficacité.²⁶⁴⁾ De plus, on pourrait dès lors affirmer que les caisses de maladie fournissent des biens ou des services contre un prix. En effet, les cotisations ne sont-elles pas, dans une certaine mesure, la compensation financière de la prestation des services? Il s'agit sans aucun doute d'une indication permettant de les qualifier d'entreprises. Pour la Cour, ce seul élément de concurrence n'est donc pas suffisant.

À cet égard, l'affaire AOK s'écarte de la célèbre affaire *Poucet et Pistre*. En effet, dans cette dernière, la Cour a fait référence au fait que les institutions ne pouvaient influencer le taux des cotisations, particularité du principe de solidarité.

Par conséquent, selon la Cour, les activités des caisses de maladie ne sont pas de nature économique. La Cour a toutefois observé que les caisses pouvaient éventuellement se livrer à des opérations qui ne seraient pas de nature sociale, mais économique. En effet, selon elle, "il ne peut être exclu que, hormis leurs fonctions de nature exclusivement sociale dans le cadre de la gestion du système de sécurité sociale allemand, les caisses de maladie et les entités qui les représentent, à savoir les fédérations de caisses, se livrent à des opérations ayant une finalité autre que sociale et qui serait de nature économique. Dans ce cas, les décisions qu'elles seraient amenées à adopter pourraient éventuellement s'analyser comme des décisions d'entreprises ou d'associations d'entreprises".²⁶⁵⁾ Une organisation peut donc être en partie une entreprise et en partie ne pas en être une. Ce n'était pas le cas en l'espèce puisque la Cour a jugé que la détermination de montants fixes maximaux pour les produits médicaux était intégralement liée à l'activité des caisses de maladie dans le cadre du régime légal d'assurance maladie allemand.

Nonobstant les éléments visibles de concurrence entre les caisses d'assurance maladie allemandes, la Cour n'a pas voulu les qualifier d'entreprises. Peut-être la Cour voulait-elle par là indiquer qu'il ne faut pas se limiter à un examen de l'organisation interne, mais considérer aussi la finalité ultime (solidarité et redistribution) du système.²⁶⁶⁾ Tels sont les principes fondamentaux qui prévalent.

Le problème reste cependant que la ligne entre les entités qui sont des entreprises et les entités qui ne le sont pas est très floue et généralement impossible à tracer. Il convient, de manière systématique, d'examiner les circonstances concrètes. Il ne faut donc pas voir dans l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire AOK un arrêt applicable mutatis mutandis à des institutions en apparence similaires dans d'autres États membres. Alors que dans certains États membres, les institutions de santé sont tenues d'observer le droit de la concurrence, dans d'autres États membres, des organismes ayant des missions similaires n'y sont pas contraints.²⁶⁷⁾ Dès lors, aucune généralité ne peut être tirée en ce qui concerne l'application des règles de concurrence dans le secteur des soins de santé. Et même lorsque la Cour estime qu'elle a affaire à une entreprise parce qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de solidarité, cela ne signifie pas pour autant que les règles de concurrence s'y appliquent pleinement.

En effet, une exemption de l'application des règles de concurrence et des règles relatives à l'abus de position dominante pourrait découler de l'article 86(2) du traité CE.²⁶⁸⁾

C. Les institutions de santé en tant qu'acheteuses de produits

Les organisateurs de soins de santé n'agissent pas seulement en tant que fournisseurs de prestations, mais aussi en tant qu'acheteurs de produits de santé, en donnant en sous-traitance ou en demandant des prestations médicales ainsi qu'en achetant des équipements médicaux ou des produits pharmaceutiques. Il s'agit indubitablement d'activités commerciales, mais la non-application des règles de concurrence vise-t-elle également ces activités? Les règles applicables à la fourniture de prestations s'appliquent-elles aussi à la demande de prestations de santé? Une activité exercée dans un marché en amont (achat de biens ou de services) est-elle libérée de l'application du droit de la concurrence lorsqu'il n'y a pas d'activité en aval (revente aux citoyens)? Ces activités sont-elles dès lors hors du champ d'application des règles de concurrence?

Ces institutions occupant de puissantes positions sur le marché en raison de leur énorme demande en prestations de santé, on pourrait s'attendre à ce que cette situation constitue une menace pour le marché. En effet, étant donné que chaque activité doit être appréciée selon ses qualités, une organisation n'est pas exempte de l'application du droit de la concurrence simplement parce que certaines de ses activités ont un caractère social.²⁶⁹⁾

La question de savoir si une institution peut être qualifiée d'entreprise n'a pas de rapport avec l'institution dans sa globalité, mais uniquement avec chacune de ses activités.²⁷⁰⁾ On pourrait considérer que dans ces cas, les activités des institutions de santé poursuivent des objectifs économiques plutôt que sociaux, nonobstant le fait que le but de ces activités soit la réalisation d'objectifs sociopolitiques.²⁷¹⁾

La différence entre des institutions de santé agissant en tant qu'acheteuses et des entreprises privées semble extrêmement ténue.

Pourtant, dans l'affaire *Fenin*, le Tribunal de première instance des Communautés européennes en a jugé autrement. Il a en effet estimé qu'il n'y a pas lieu de dissocier l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure du produit acquis par l'acheteur aux fins d'apprécier la nature de celle-ci.²⁷²⁾ Selon la Cour, il convient dès lors de considérer que le caractère économique ou non de l'utilisation ultérieure du produit acheté détermine nécessairement le caractère de l'activité d'achat. Par conséquent, dès lors qu'une entité achète un produit, quand bien même elle le ferait en grande quantité, non pas pour offrir des biens ou des services dans le cadre d'une activité économique, mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité, par exemple une activité de nature purement sociale, elle n'agit pas en tant qu'entreprise du seul fait de sa qualité d'acheteur sur un marché. Les activités au niveau de l'offre déterminent le caractère de ces activités au niveau de l'acheteur. Tel est le principe "amont-aval", en vertu duquel seules les entités exerçant des activités à la fois en tant qu'acheteurs et vendeurs peuvent être qualifiées d'entreprises dans le contexte des articles 81 et 82 du traité.

Certains se demandent pour quelle raison ces institutions devraient avoir carte blanche en termes de comportement commercial sur des marchés autres que celui qui leur fournit les principales prestations de sécurité sociale.²⁷³⁾ Une explication réside probablement dans le fait que les activités d'assurance de ces entités sont fortement influencées par le principe de solidarité et que, dès lors, les entités concernées n'ont pas d'intérêt commercial lorsqu'elles achètent des prestations de santé sur le marché. On pourrait cependant aboutir à une conclusion différente lorsque les prestations de santé qu'elles achètent ne sont pas utilisées pour leurs patients/assurés, mais sont vendues à des prestataires de santé dans d'autres États membres.²⁷⁴⁾

Le fait que ces activités ne soient pas visées par les règles de concurrence n'exclut toutefois pas l'applicabilité du droit communautaire. Comme nous le verrons ultérieurement, les directives communautaires relatives aux marchés publics peuvent influencer le comportement de ces entités et fournir certaines garanties aux entreprises qui traitent avec elles. Et même lorsque ces directives ne sont pas applicables, certains principes du droit communautaire tels que le principe de non-discrimination et la condition de transparence s'appliquent.

D. Interdiction de certains comportements

Après avoir examiné la question de la qualification des institutions de santé en tant qu'entreprises, il nous paraît utile de voir quels sont les comportements interdits par les règles communautaires. Il est impossible de traiter ici toutes les formes de comportements interdits. Nous nous intéresserons donc aux formes les plus rencontrées dans le secteur des soins de santé, à savoir, l'interdiction des ententes et l'abus de position dominante.

1. Interdiction des ententes

L'article 81 du traité interdit tous accords formels ou informels, décisions et pratiques concertées à toutes les formes d'entreprise commerciale.²⁷⁵⁾ Bien que cet article interdise toute forme de collusion faussant la concurrence, il n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents.²⁷⁶⁾ La règle principale est de s'assurer que chaque entreprise détermine individuellement et de manière autonome ses politiques commerciales et son comportement sur le marché communautaire. L'article interdit d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence, autrement dit, toute restriction de la liberté des parties de décider individuellement et de manière autonome de leur politique sur le marché, contrairement à l'exigence d'indépendance économique.²⁷⁷⁾ L'article 81 fournit une liste non exhaustive d'exemples tels que fixer les prix d'achat ou de vente, limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements, répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement, adopter des pratiques discriminatoires, etc.

Les prestataires de santé conviennent entre eux - par exemple, aux Pays-Bas - de ne pas contracter en dessous de certains tarifs lorsqu'ils négocient des accords de collaboration avec les institutions d'assurance maladie. Dans ce domaine, il y a également les accords par rapport à la politique d'octroi du droit d'accès et d'établissement et à la répartition des prestataires médicaux. Les associations professionnelles des prestataires de santé décident, sur la base d'une politique fondée sur des critères quantitatifs tels que le nombre d'habitants ou de patients, si un nouveau prestataire peut ou non s'établir. Cette politique est déclarée applicable dans les conventions individuelles de collaboration conclues entre les prestataires de santé et les institutions d'assurance maladie. L'ouverture de nouveaux cabinets n'est autorisée qu'avec l'approbation de ces organisations. Les prestataires de santé déjà établis décident donc de l'entrée de nouveaux concurrents et si un cabinet n'est pas établi conformément à cette politique, aucune convention ne peut être conclue avec le prestataire. Cette politique peut être qualifiée de politique de répartition des marchés faisant obstacle à l'entrée d'autres prestataires de santé sur le marché et est dès lors contraire à l'article 81 du traité.

Les règles portant sur l'organisation, la qualification, la déontologie, le contrôle et la responsabilité, procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux/patients.²⁷⁸⁾ Par exemple, les codes de déontologie ne sont pas contraires aux règles de concurrence. Lorsque cette réglementation, malgré ses effets inhérents de restriction de la concurrence, est jugée nécessaire pour le bon exercice de la profession tel qu'organisé par l'État membre concerné, il n'y a pas d'infraction à l'article 81(1) du traité.²⁷⁹⁾

Les institutions d'assurance maladie qui achètent en commun des prestations de santé à des prestataires pourraient former une entente interdite vu que, dans certaines circonstances, ce comportement pourrait conduire à des accords communs d'achat, qui sont interdits. Les accords communs d'achat visent à organiser la demande de façon à obtenir de meilleurs prix et peuvent fausser la concurrence sur le marché de la demande.²⁸⁰⁾ Un autre exemple de comportement interdit a été identifié aux Pays-Bas, où les institutions d'assurance maladie étaient convenues que les primes des contrats d'assurance des personnes les plus âgées ne dépasseraient pas 150% de la prime appliquée pour le même produit aux personnes âgées de 20 ans.²⁸¹⁾ Cette méthode était censée instaurer une solidarité du risque par autorégulation. Les autorités néerlandaises de la concurrence ont rejeté cette politique comme étant une violation des règles de concurrence vu que les institutions d'assurance maladie seraient alors moins incitées à proposer aux jeunes des produits assortis de faibles primes si cela devait les amener à réduire les prix pratiqués à l'égard des plus âgés.

2. Abus de position dominante

Le deuxième comportement interdit est l'abus de position dominante sur le marché. Contrairement à l'article 81, l'article 82 du traité s'applique uniquement aux entreprises qui ont un pouvoir de marché et vise à empêcher l'abus de ce pouvoir à des fins anti-concurrentielles.

L'article 82 fournit une liste non exhaustive des types d'abus. Nous avons relevé trois grandes catégories d'abus:²⁸²⁾

- L'abus à caractère d'exploitation: exploitation d'un pouvoir de marché dans les relations commerciales avec des clients ou des fournisseurs par le biais de pratiques telles que prix d'achat ou de vente déloyaux, accords de ventes liées, prix discriminatoires, etc.
- L'abus à caractère d'exclusion: abus de pouvoir de marché dans le but de porter préjudice à un concurrent par des moyens anticoncurrentiels tels que le refus de traiter, la pratique de prix prédateurs ou d'autres actions prédateurs.
- L'abus à caractère structurel: élimination d'un concurrent par fusion ou acquisition.

Pour apporter la preuve d'un abus de position dominante, il y a lieu de prouver les éléments suivants: une ou plusieurs entreprises détenant une position dominante qui confère un pouvoir de marché par rapport à un produit et un marché géographique, dans le marché commun ou dans une part substantielle de ce marché, commet(tent) un abus de position dominante et cette situation est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres.

La position dominante concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs.²⁸³⁾

L'existence d'une position dominante résulte de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne sont pas absolument déterminants. Toutefois, parmi ces facteurs, des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, le plus souvent, la preuve de l'existence d'une position dominante.²⁸⁴⁾

Un abus de position dominante pourrait par exemple se présenter lorsque des fournisseurs ou leurs associations contribuent à des normes de qualité d'une manière qui place les fournisseurs étrangers dans une situation de désavantage.²⁸⁵⁾ Pourrait-on également parler d'abus de position dominante lorsqu'une institution d'assurance maladie occupant une position dominante refuse de conclure une convention avec un prestataire de santé et lorsque que l'admission de médecins est limitée à un groupe de prestataires conventionnés avec une autorité sanitaire? Imaginons la situation d'une caisse d'assurance maladie qui opère dans une certaine région avec une position dominante et qui refuse de proposer des conventions à certains prestataires médicaux. En soi, ce n'est pas vraiment interdit. En effet, le droit de la concurrence n'interdit pas une position dominante, mais seulement l'abus de cette position. Exclure des prestataires médicaux du marché de la santé est interdit, sauf lorsque la mesure est justifiée.²⁸⁶⁾ En tant que monopolistes de la demande, les institutions de santé sont tenues de conclure des conventions avec des médecins vu que dans les systèmes de prestations en nature, les médecins dépendent largement, sur un plan économique, des institutions de santé en raison de l'absence d'autres marchés potentiels. La politique de conventionnement doit naturellement reposer sur des critères objectifs et transparents et doit être accompagnée de justifications. Ainsi, lorsqu'une institution d'assurance maladie constate que la demande d'une prestation déterminée n'a pas augmenté par rapport à l'année précédente, elle pourrait décider, pour cette prestation, de ne pas autoriser la conclusion de conventions avec de nouveaux prestataires de santé.

À cet égard, nous souhaitons également faire référence au système français de la CMU (Couverture Maladie Universelle). Ce système garantit l'affiliation de tous les résidents à l'assurance maladie légale et permet en outre l'accès gratuit à une assurance maladie complémentaire pour les personnes dont les ressources ne dépassent pas un certain plafond. Les bénéficiaires de la CMU bénéficient gratuitement de prestations en nature, y compris l'exemption du paiement anticipé de participations dans le cas d'un séjour à l'hôpital et des suppléments de coûts pour les soins dentaires et les lunettes. Dans la CMU

complémentaire, les bénéficiaires peuvent choisir librement entre la caisse de maladie publique et une assurance complémentaire traditionnelle auprès d'une mutuelle, d'un organisme de prévoyance ou d'une société privée d'assurances. Cette participation des caisses de maladie publiques à la gestion d'une assurance maladie complémentaire gratuite n'entraîne-t-elle pas une position dominante et une concurrence déloyale? Force est de répondre non, car ces caisses sont assurées de récupérer la totalité des prestations versées dans le cadre de la CMU, tandis que les autres acteurs de l'assurance complémentaire ne reçoivent qu'un paiement à la capitation du fonds CMU. On ne peut négliger le fait que les caisses de maladie publiques jouissent d'une certaine position dominante lorsqu'il peut être escompté que les bénéficiaires s'assuront auprès d'institutions où ils sont déjà assurés, c'est-à-dire, auprès de leur assurance maladie légale. De l'avis du Conseil constitutionnel français, il n'y a cependant pas abus de position dominante²⁸⁷⁾ sur la base des différences entre ces caisses en rapport avec l'objet de la loi. Selon le Conseil constitutionnel, les organismes d'assurance maladie ont l'obligation de prendre en charge, dans le cadre de leur mission de service public et pour le compte de l'État, la couverture complémentaire des bénéficiaires de la couverture maladie universelle qui leur en font la demande; en revanche, les organismes de protection sociale complémentaire ont la simple faculté de participer à ce dispositif et la liberté de s'en retirer. Ce raisonnement est toutefois très difficile à suivre.

Les mêmes doutes pourraient être soulevés quant à l'assurance flamande "soins de longue durée", où des organismes assureurs privés sont en concurrence avec des mutuelles en charge du système public de santé. En effet, la question se pose également ici de savoir si cette participation d'organismes publics n'entraîne pas un abus de position dominante. Et que dire aussi du fait qu'en vertu du droit belge, les assurés sont obligés d'accepter les prestations complémentaires proposées par les mutuelles - en charge du système de santé public - auprès desquelles ils sont assurés?

Selon la Cour d'appel de Bruxelles, il n'y a pas conflit avec le droit de la concurrence étant donné que l'octroi d'un remboursement complémentaire plus élevé pour les soins orthodontiques ne constitue pas une activité économique. En définitive, les mutuelles sont obligées de mettre en place ces prestations complémentaires afin de combler les lacunes du régime légal de sécurité sociale.²⁸⁸⁾

E. L'aide d'État

Une aide d'État peut également être contraire au droit communautaire. L'article 87(1) du traité, contient une interdiction générale, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, des aides accordées par les États qui faussent la concurrence en favorisant certaines entreprises.

Pour qu'une intervention soit qualifiée d'aide d'État, l'aide doit satisfaire les critères suivants.²⁸⁹⁾ Premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'États. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence. La Cour a clarifié que pour être qualifiées d'aides, les interventions, sous quelque forme que ce soit, doivent être susceptibles de favoriser directement ou indirectement des entreprises ou être considérées comme un avantage économique que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché.²⁹⁰⁾

L'aide d'État peut prendre diverses formes telles que des prestations positives comme les subventions, mais également des interventions qui allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du terme, sont de même nature et ont des effets identiques, par exemple, un allègement fiscal,²⁹¹⁾ des aides en intérêts, des déductions fiscales,²⁹²⁾ des facilités de crédit et taux d'intérêt préférentiels sur les emprunts,²⁹³⁾ une assistance logistique et commerciale,²⁹⁴⁾ etc. Qu'en serait-il si, par exemple, l'État devait couvrir le déficit de certains hôpitaux?²⁹⁵⁾ Et quid de la compensation versée par un fonds de péréquation des risques?²⁹⁶⁾

Toutefois, comme l'a souligné la Cour dans l'affaire Altmark, "dans la mesure où une intervention étatique doit être considérée comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public, de sorte que ces entreprises ne profitent pas, en réalité, d'un avantage financier et que ladite intervention n'a donc pas pour effet de mettre ces entreprises dans une position concurrentielle plus favorable par rapport aux entreprises qui leur font concurrence, une telle intervention ne tombe pas sous le coup de l'article 87(1) du traité".²⁹⁷⁾

Pour apprécier si de tels avantages constituent une aide d'État, il y a lieu d'appliquer le critère dit de "l'investisseur avisé".²⁹⁸⁾ Il convient en effet d'apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille qui puisse être comparée à celle des organismes gérant le secteur public aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de la même importance, eu égard notamment aux informations disponibles et aux évolutions prévisibles à la date desdits apports.

Ceci est sans aucun doute un élément important dans le secteur de la santé, où l'État octroie certains avantages financiers aux caisses d'assurance maladie. Ces avantages peuvent-ils être considérés comme une simple compensation des prestations effectuées pour exécuter leurs obligations de service public? La réponse à cette question reste floue, ne fût-ce qu'en raison

des différences observées entre la jurisprudence de la Cour de justice et celle du Tribunal de première instance.

Certains arrêts ont penché pour une approche juridique visant à considérer toute compensation financière comme une aide d'État qui devait être notifiée, mais qui était susceptible d'être autorisée selon les circonstances spécifiques de l'affaire en cause lorsque les conditions de l'article 86(2) étaient remplies.²⁹⁹⁾ D'autres arrêts ont adopté une approche plus économique visant à considérer uniquement le montant de compensation excédant ce qui est nécessaire pour exécuter l'obligation de service public.³⁰⁰⁾ Le fait de ne pas être considéré comme une aide d'État a d'importantes conséquences procédurales: il n'y a ni notification préliminaire, ni contrôle préventif de la Commission. En outre, l'État n'est pas obligé d'attendre la réponse de la Commission pour verser cette aide.

Dans l'affaire Altmark GmbH, qui concernait l'octroi de licences de services réguliers de transport par autocar dans une région déterminée d'Allemagne et l'octroi de subventions publiques pour l'exécution desdits services, la Cour de justice a demandé à la juridiction nationale de vérifier la réunion des quatre conditions suivantes:

1. premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies;³⁰¹⁾
2. deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente;
3. troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service publics, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations;
4. quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

Lorsqu'au moins une de ces conditions n'est pas remplie, les subventions sont incompatibles avec l'interdiction visée par le dernier alinéa l'article de 88(3) du traité et sont susceptibles d'être frappées de nullité pour cause de défaut de notification d'une aide d'État. L'arrêt Altmark clarifie la jurisprudence antérieure de la Cour de justice et du Tribunal de première

instance, lesquelles ont établi des critères assez divergents pour la qualification comme aide d'État des compensations d'exécution de services d'intérêt économique général. L'approche de la Cour de justice dans l'affaire Altmark est plus équilibrée en ce sens qu'elle examine de manière plus étroite l'exécution d'obligations de service public et les prestations servies en relation avec cette exécution. Celle-ci ne sera pas reconnue lorsque les activités de l'entreprise sont sans rapport avec l'exécution d'obligations de service public. Il reste à voir si cette approche est satisfaisante ou encore trop théorique pour s'appliquer à une entreprise typique, bien gérée et équipée de manière adéquate, sauf pour les marchés publics qui supposent la primauté des conditions de marché.³⁰²⁾

3) Le marché intérieur et l'assurance maladie volontaire

A. Applicabilité des directives assurance non-vie

Nonobstant la prédominance, dans l'Union européenne, des régimes légaux d'assurance maladie basés sur la solidarité, on ne peut négliger le fait que l'assurance maladie volontaire joue un rôle de plus en plus important en matière de protection sociale. L'augmentation des coûts et des dépenses en matière de soins de santé et les difficultés rencontrées par les gouvernements pour faire face à cette évolution ont conduit l'assurance maladie volontaire à occuper une place de plus en plus importante.³⁰³⁾

De manière générale, on peut dire que l'assurance maladie volontaire intervient précisément dans les domaines qui ne sont pas couverts par l'État. L'assurance maladie volontaire peut donc être de trois types selon qu'elle:

- ° se substitue à la couverture normalement fournie par l'État. On parle alors de l'assurance maladie volontaire substitutive;
- ° fournit une couverture complémentaire pour les prestations exclues ou seulement partiellement couvertes par l'État, y compris la couverture des participations imposées par le régime légal. On parle alors d'assurance maladie volontaire complémentaire;
- ° fournit une couverture supplémentaire donnant au consommateur un accès plus rapide et un choix plus grand en termes de prestations. On parle alors de l'assurance maladie volontaire supplémentaire.³⁰⁴⁾

L'entrée en jeu des sociétés privées d'assurance maladie chargées de l'exécution de prestations médicales entraîne une possible applicabilité de la directive européenne 92/49 du 18 juin 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie.³⁰⁵⁾

En vertu de cette directive, un État membre qui décide d'ouvrir la couverture d'un risque relevant du régime légal de sécurité sociale aux organismes d'assurance privés doit accepter que n'importe quelle entreprise d'assurances de la Communauté, dûment agréée dans son État membre

d'établissement, puisse couvrir ce risque sur la base des principes du libre établissement et de la libre prestation des services.

Aujourd'hui, les entreprises privées d'assurances sont en règle générale autorisées à établir librement une filiale ou une agence dans un autre État membre sans devoir obtenir l'autorisation des autorités nationales compétentes de cet État. Elles peuvent également fournir des prestations d'assurance dans un autre État membre sans devoir y établir un bureau ou une agence. Cette évolution est le résultat de l'introduction d'éléments tels que le système de licence unique et de contrôle financier par l'État membre où se situe le siège social, c'est-à-dire, le principe du contrôle du pays d'origine; les systèmes de reconnaissance mutuelle des agréments et des régimes prudentiels en matière de solidité financière et de solvabilité des assureurs; la suppression du contrôle des contrats et des prix par les États membres où se situe le risque ainsi que de toute notification préalable des conditions et tarifs des contrats. Cela signifie que les gouvernements ne sont plus autorisés à réguler les prix et les conditions des produits d'assurance étant donné que cela risquerait de provoquer une concurrence déloyale dans le secteur européen de l'assurance et de compromettre la santé financière des entreprises d'assurances.³⁰⁶⁾

Toutefois, chaque État membre, même lorsque des compagnies d'assurance privées sont chargées de l'exécution de leur système de santé, entend prescrire certaines protections juridiques telles que l'obligation d'accepter les assurés ou l'interdiction de sélection des risques, dans le but précisément de protéger le consommateur/l'assuré. Dans quelle mesure l'introduction de ces protections est-elle contraire aux principes énoncés dans les directives assurance non-vie? Ces objectifs sociaux peuvent-ils dès lors uniquement être garantis dans le cadre d'un régime légal de sécurité sociale?

1. Champ d'application

La directive assurance non-vie ne s'applique pas aux assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale.³⁰⁷⁾ C'est une première exception. Les régimes de sécurité sociale qui sont fondés sur le principe de la solidarité et qui exigent une affiliation obligatoire sont exclus du champ d'application de la troisième directive assurance non-vie.³⁰⁸⁾ La même règle vaut pour les régimes d'assurance où le législateur national fixe un taux uniforme pour les prestations et les contributions, indépendamment du risque.³⁰⁹⁾

Quant à la question de savoir si l'assurance maladie légale volontaire tombe sous le coup de l'application de la troisième directive assurance non-vie, la réponse est loin d'être claire. L'assurance maladie substitutive, qui offre une couverture privée aux personnes exclues ou exemptées de la protection légale, semble être incluse dans le champ d'application de la législation communautaire sur les assurances.³¹⁰⁾

Cependant, nous avons une certitude. Dans l'important arrêt rendu le 18 mai 2000³¹¹⁾, la Cour a clarifié que le régime belge d'assurance obligatoire contre les accidents du travail entrainé dans le champ d'application de la troisième directive non-vie. En Belgique, cette assurance est exécutée par des compagnies d'assurance privées. De l'avis de la Cour, il est sans incidence à cet égard que ce régime relève du régime de base et obligatoire de sécurité sociale et même du règlement n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Toujours selon la Cour, ces entreprises exercent une activité économique et, à la lumière de son article 55, cette directive s'applique aux assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale pratiquées par des entreprises d'assurances "à leurs propres risques". Dans cette affaire, la Cour a explicitement fait référence à l'article 54 relatif aux assurances maladie et il peut donc être tiré comme conclusion que lorsque des entreprises privées d'assurance maladie exécutent le régime légal d'assurance maladie, travaillent à leurs propres risques et exercent une activité économique, la troisième directive assurance non-vie peut également être considérée comme applicable aux organismes assureurs.³¹²⁾ Aux fins d'applicabilité des directives, il importe donc que les assurances soient proposées à leurs risques. Mais comment faut-il interpréter cette notion? La notion de "propres risques" est-elle limitée au "risque d'assurance", c'est-à-dire, au risque financier résultant d'un élément d'incertitude caractéristique à toute assurance ou fait-elle référence au risque entrepreneurial propre à toute entreprise? Y a-t-il convergence entre la notion d'activité économique tombant sous le coup des règles de concurrence et les activités relevant du champ d'application de la troisième directive assurance non-vie?³¹³⁾ Peut-on dès lors affirmer que dès qu'il y a activité économique, ces assurances seront visées par les dispositions de la troisième directive assurance non-vie et que cette directive ne s'applique pas lorsque les assureurs exercent une activité purement sociale?

2. Le contenu de la troisième directive assurance non-vie

Les règles de base de la directive assurance sont fondées sur le principe de la licence unique (une société d'assurance n'a besoin que d'un agrément) et liées au principe du contrôle du pays d'origine (selon lequel une société d'assurances est uniquement soumise au contrôle et à la supervision de l'État membre d'origine ou pays d'établissement). Le principe de spécialisation s'applique également. À cet égard, la Cour a par exemple condamné la France parce que les activités d'assurance des mutuelles françaises n'étaient pas juridiquement séparées de leurs activités d'oeuvres sociales.³¹⁴⁾ Que faut-il alors penser de la règle instaurée par le nouveau régime néerlandais d'assurance maladie qui dispose que si l'assuré a droit au remboursement des coûts, il subsiste toujours pour les organismes assureurs une obligation de fournir les prestations de santé.³¹⁵⁾

L'application des directives assurance non-vie pourrait conduire à d'éventuels conflits avec son article 29.

Cet article dispose que les États membres ne prévoient pas de dispositions exigeant l'approbation préalable ou la communication systématique des conditions générales et spéciales des polices d'assurance, des tarifs et des formulaires et autres imprimés qu'une entreprise d'assurance se propose d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance.

Pour la Cour de justice, le législateur communautaire a clairement entendu garantir le principe de la liberté tarifaire dans le secteur de l'assurance non-vie et les mesures réglementaires nationales visant les tarifs des compagnies d'assurance sont dès lors contraires à la directive. Ce principe implique l'interdiction de tout système de notification préalable ou systématique et d'approbation des tarifs qu'une entreprise d'assurances se propose d'utiliser dans ses relations avec les preneurs d'assurance.³¹⁶⁾ Toutefois, cet article ne s'applique pas au système de bonus-malus étant donné que celui-ci ne résulte pas de la fixation directe des taux de primes par l'État, les entreprises d'assurances conservant la faculté de fixer le montant de la prime de base. Une harmonisation complète du domaine tarifaire en matière d'assurance non-vie n'était clairement pas l'intention du législateur communautaire³¹⁷⁾.

Il s'agit là d'une interprétation étroite de l'article 29. Une interdiction de différenciation des prix fondée sur le profil de risque de l'assuré ainsi que des restitutions de prime pour non-intervention ne semblent donc pas contraires à l'article 29³¹⁸⁾.

La question subsiste toutefois de savoir si d'autres réglementations nationales n'ayant pas trait à l'assurance, sont également interdites par cet article. En effet, cela signifierait que des réglementations autres que celles concernant la supervision financière (par exemple, l'obligation d'acceptation, la fourniture d'un paquet minimal de prestations), ne seraient pas plus autorisées.

3. Les limites de l'article 54: l'exception d'intérêt général

Toutefois, même lorsque certaines mesures ne sont pas conformes à l'article 29, il est possible de rechercher une exception et une justification au titre de l'article 54 de la troisième directive assurance non-vie.

En vertu de cet article, tout État membre, dans lequel les contrats peuvent se substituer partiellement ou entièrement à la couverture maladie fournie par le régime légal de sécurité sociale, peut exiger que ces contrats soient conformes aux dispositions légales spécifiques protégeant dans cet État membre l'intérêt général pour cette branche d'assurance et que les conditions générales et spécifiques de cette assurance soient communiquées aux autorités compétentes de cet État membre préalablement à leur utilisation. La nature et les conséquences sociales des contrats d'assurance maladie justifient que les autorités compétentes de

l'État membre où le risque est situé exigent la notification systématique des conditions générales et spéciales de ces contrats afin précisément de vérifier que ceux-ci se substituent partiellement ou entièrement à la couverture maladie offerte par le régime de sécurité sociale.³¹⁹⁾

La nature particulière de l'assurance maladie la distingue des autres branches de l'assurance dommages et de l'assurance vie dans la mesure où il est nécessaire de garantir que les preneurs d'assurance ont un accès effectif à une assurance maladie privée ou souscrite sur une base volontaire indépendamment de leur âge et de leur état de santé. Ces dispositions peuvent prévoir l'absence de restriction d'adhésion, une tarification sur une base uniforme par type de contrat et la couverture à vie. Cet objectif peut être également atteint en exigeant des entreprises qu'elles proposent des contrats types, avec une couverture alignée sur celle des régimes légaux de sécurité sociale et une prime égale ou inférieure à un plafond prescrit, et qu'elles participent à des mécanismes de compensation des pertes³²⁰⁾. En conséquence, l'article 54(2) de la directive, établit que les États membres peuvent exiger que la technique de l'assurance maladie soit analogue à celle de l'assurance vie. L'article détermine en outre une série de critères que les États membres peuvent exiger de ces assurances maladie.

La largeur d'interprétation de l'article 54 reste cependant floue et, en particulier, son applicabilité lorsque des compagnies privées d'assurance se substituent entièrement au régime légal de protection sociale. Dans une interprétation étroite, la directive ne s'appliquerait qu'aux assurances privées qui existent séparément du régime légal public et qui remplissent, pour une partie de la population, la fonction remplie par le régime légal public pour le reste de la population. Certains auteurs, ainsi que la Commission européenne, sont cependant favorables à une interprétation large de cet article³²¹⁾.

La viabilité devient également encore plus douteuse ou hasardeuse lorsqu'on passe de l'assurance maladie substitutive à l'assurance maladie complémentaire ou supplémentaire, qui couvre des prestations partiellement ou totalement exclues du cadre de la protection sociale.

Une justification au titre de l'article 54 implique cependant que ces règles doivent être analysées à la lumière des principes de proportionnalité et de nécessité d'un bon fonctionnement du système de santé. Les éléments prévus par le nouveau système de santé néerlandais, portant sur un paquet minimum de prestations défini par le gouvernement et devant être fourni par chaque organisme assureur, sont l'obligation d'acceptation, l'interdiction de différenciation entre primes et profil des assurés (âge, sexe, état de santé, conditions sociales, etc.) ainsi que la création d'un fonds de péréquation des risques entre les assureurs. Ces éléments sont acceptables pour la Commission étant donné qu'ils semblent nécessaires pour garantir la réalisation d'objectifs légitimes.

Selon la Commission européenne, la condition de proportionnalité n'est pas garantie si ces conditions sont également déclarées applicables aux assurances complémentaires proposées par des assureurs privés au-delà du paquet de sécurité sociale.

La notion d'intérêt général reste cependant floue. Dans sa communication interprétative sur l'intérêt général dans le secteur des assurances,³²²⁾ la Commission explique clairement que cette notion s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de justice et que c'est également la raison principale pour laquelle elle n'est pas définie dans la troisième directive assurance non-vie. Pour être justifiées au nom de l'intérêt général, les mesures nationales doivent - selon cette communication interprétative - satisfaire les six exigences suivantes:

- ne pas avoir fait l'objet d'une harmonisation communautaire préalable;
- ne pas être discriminatoires;
- être justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général (protection des consommateurs, prévention de la fraude, cohérence fiscale, protection des travailleurs, etc.);
- être objectivement nécessaires;
- ne pas faire double emploi par rapport aux règles du pays d'origine;
- être proportionnées à l'objectif poursuivi.

Il appartient dès lors à la Cour de statuer sur l'interprétation de cet article 54.

4) Les directives relatives aux marchés publics

Même lorsque les institutions de sécurité sociale ne tombent pas sous le coup du droit de la concurrence parce qu'elles ne peuvent être qualifiées d'entreprises, elles ne sont pas pour autant libérées de l'application du droit communautaire. Les marchés publics discriminatoires sont notamment considérés comme des obstacles importants aux échanges. Ces derniers, ainsi que d'autres comportements restrictifs sont interdits par le traité CE, qui impose également une obligation positive de publication des marchés aux fins de soutien de l'interdiction de discrimination.³²³⁾

Diverses directives ont été adoptées en vue de réglementer les procédures de passation des principaux types de marchés publics.³²⁴⁾

Ces directives exigent des entités qu'elles suivent des procédures transparentes destinées, d'une part, à prévenir et à surveiller les comportements discriminatoires et, d'autre part, à assurer une concurrence dans toute la Communauté.

Les institutions de sécurité sociale, et en particulier les institutions de santé, sont-elles visées par les directives relatives aux marchés publics?

À cet égard, la définition du "pouvoir adjudicateur" est extrêmement importante. La structure des directives est telle qu'elle englobe le comportement de toutes les entités ayant un lien étroit avec l'État.³²⁵⁾

Aux fins d'application des directives relatives aux marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit être l'État ou un organisme de droit public.³²⁶⁾ La qualification d'organisme de droit public exige la réunion de plusieurs conditions. Il doit s'agir d'un organisme

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et
- ayant la personnalité juridique et
- dont, soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Nonobstant cette définition, des missions d'intérêt général sont exercées par toute une série d'organisations qui, stricto sensu, ne relèvent pas de la définition de "pouvoir adjudicateur" vu qu'elles ne sont pas formellement intégrées à l'administration de l'État ou qu'elles ne satisfont pas tous les critères de la définition d'un organisme de droit public.³²⁷⁾

La notion d'"État" doit recevoir une interprétation fonctionnelle. Le but de la directive, qui vise à la réalisation effective de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services en matière de marchés publics, serait en effet compromis si l'application du régime de la directive devait être exclue du seul fait qu'un marché public est adjugé par un organisme qui, tout en ayant été créé pour exécuter des tâches que la loi lui confère, n'est pas formellement intégré à l'administration de l'État.³²⁸⁾

Afin de tomber sous le coup des directives, les institutions ne doivent donc pas être nécessairement intégrées à l'administration de l'État, mais peuvent être déclarées comme agissant au nom de l'État.³²⁹⁾

Outre les éléments de gestion ou de contrôle financier, la fonctionnalité, en tant que critère d'appréciation de la relation entre une entité et l'État, démontre l'importance de facteurs constitutifs tels que l'intention et le but de la création de l'entité en question.³³⁰⁾

La passation de marchés publics concerne le marché public dans lequel l'État et ses organes s'engagent à servir l'intérêt général.³³¹⁾ Dans ce marché public, ce ne sont pas les caractéristiques commerciales de l'entrepreneuriat privé qui priment, de même que l'objectif du secteur public n'est pas de maximiser les profits, mais de servir l'intérêt général.³³²⁾

Il est fondamental à cet égard que les entités n'aient pas un caractère industriel ou commercial, mais soient créées pour satisfaire des besoins d'intérêt général. Les activités d'intérêt général impliquent qu'une personne n'agisse pas seulement dans l'intérêt particulier d'un groupe spécifique de personnes, mais qu'elle vise toute une communauté.³³³⁾

La Cour a abordé cette notion par une analogie directe avec la notion d'intérêt économique général, telle que définie à l'article 86(2) du traité CE³³⁴⁾. L'absence de caractère industriel ou commercial est un critère qui vise à clarifier le sens de la notion de "besoins" d'intérêt général. La question de savoir si des entreprises privées pourraient satisfaire les mêmes besoins est sans pertinence. Les directives relatives aux marchés publics peuvent s'appliquer à un organisme déterminé même si des entreprises privées satisfont ou pourraient satisfaire les mêmes besoins que lui et l'absence de concurrence n'est pas une condition nécessaire aux fins de la définition d'un organisme de droit public. Toutefois, l'existence d'une concurrence développée, et en particulier le fait que l'organisme concerné agit en situation de concurrence sur le marché, peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.³³⁵⁾

L'analyse de l'énumération des organismes de droit public contenue à l'annexe 1 de la directive a amené la Cour à conclure qu'en général, les besoins en question sont des besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante.

Dès lors, un organisme qui n'a pas de but lucratif, mais dont la gestion repose sur des critères de rendement, d'efficacité ainsi que de rentabilité, et qui opère dans un environnement concurrentiel n'est pas un organisme de droit public.³³⁶⁾

En conséquence, chaque fois que des organismes ou des entités, telles que les institutions de santé, exercent des activités non pas dans un but lucratif et de maximisation des profits, mais dans le but de fournir des biens et des services au public et, partant, dans l'intérêt général, ces institutions sont actives sur le marché public et, dès lors, les législations relatives aux marchés publics leur sont applicables. Cette idée est très proche de celle décrite dans le contexte des règles de concurrence. Le fait que ces institutions aient une double capacité en ce sens qu'elles exercent à la fois des activités sociales et des activités économiques est sans pertinence. Ce qui importe, c'est que l'institution soit créée dans le but spécifique de satisfaire des besoins d'intérêt général. À cet égard, il est indifférent que, outre cette mission, cette entité soit libre d'accomplir d'autres activités. De même, le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par l'entité est, lui aussi, sans pertinence, dès lors qu'elle continue à se charger des

besoins qu'elle est spécifiquement tenue de satisfaire. Le fait qu'un organisme doit avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'implique donc pas que cet organisme soit uniquement chargé de satisfaire de tels besoins.³³⁷⁾

Par conséquent, si une entité est un pouvoir adjudicateur, elle devra appliquer les règles de passation de marchés publics, qu'elle poursuive un but d'intérêt général ou uniquement des intérêts commerciaux. Les institutions de santé qui achètent, pour leurs propres besoins, des équipements et des bâtiments, seront donc tenues d'appliquer les dispositions des directives relatives aux marchés publics.³³⁸⁾

Dans le cas d'institutions de santé qui fournissent des prestations en nature, les directives relatives aux marchés publics s'appliquent aux relations entre ces institutions et les prestataires des services. Dans ces systèmes, les marchés passés entre les institutions et les prestataires sont des contrats-cadres, par lesquels ces derniers s'engagent à fournir des prestations déterminées à des patients pour le compte de l'institution. Dans l'affaire *Tögel*, la Cour de justice a appliqué les directives relatives aux marchés publics à des contrats passés entre des institutions de sécurité sociale et des entreprises de transport et destinés à garantir aux assurés et aux membres de leur famille un accès suffisant aux prestations prévues par la loi et par les conventions.³³⁹⁾

Cela implique cependant que la législation relative aux marchés publics et le droit de la concurrence sont également applicables.³⁴⁰⁾

Les entités visées par les directives relatives aux marchés publics doivent en principe recourir à des procédures ouvertes (dans lesquelles tout prestataire intéressé peut présenter une offre) ou à des procédures restreintes (dans lesquelles seuls les prestataires invités peuvent présenter une offre).

Ces dernières années, dans plusieurs États membres, différents types de partenariats public/privé ont vu le jour sous la forme de joint ventures ou de financement privé de projets publics. Le secteur privé est aussi de plus en plus impliqué dans la fourniture de services publics. Cela vaut également pour le secteur de la santé. Les projets menés au Royaume-Uni dans le cadre de la "Private Financed Initiative" (PFI) en sont un exemple. Dans ces projets, la fourniture et la gestion des actifs ainsi que le financement sont confiés au secteur privé, qui est rémunéré en facturant les actifs utilisés. Dans ce partenariat public/privé, l'État ne fournit plus les services. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs attribuent leurs marchés publics via des entreprises privées sous leur contrôle, ils n'entrent plus dans le cadre des directives relatives aux marchés publics étant donné que les entités qui attribuent lesdits marchés ne peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens des directives.

D'une certaine manière, la Cour de justice a trouvé une réponse à ce problème en déclarant que lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application des directives relatives aux marchés publics, avec une société juridiquement distincte de lui, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non.³⁴¹⁾ Lorsqu'un pouvoir adjudicateur a créé une entreprise aux fins de conclusion de marchés dans le seul but d'échapper aux exigences spécifiées dans la législation relative aux marchés publics, il y a lieu d'appliquer les directives pertinentes. Dès lors que la réalisation d'un projet ne contribue pas à la réalisation des buts et objectifs d'une entreprise, il est présumé que le projet en question est attribué "au nom d'une autre entreprise". Et si cette dernière est un pouvoir adjudicateur au titre de la législation relative aux marchés publics, il y a lieu d'appliquer ces directives.³⁴²⁾

Vu que les procédures ouvertes et restreintes ne sont pas appropriées pour bon nombre de ces types de projets, les nouvelles directives relatives aux marchés publics (2004/18 CE et 2004/17 CE) ont prévu un nouvel instrument plus flexible et autorisent les pouvoirs adjudicateurs à recourir au dialogue compétitif.³⁴³⁾

5) Conclusions

Indubitablement, le secteur des soins de santé n'est pas préservé de l'application des règles de concurrence établies par l'UE. Cela vaut pour les institutions de sécurité sociale comme pour les États membres et n'a rien de surprenant étant donné que la prestation de soins de santé est en principe une activité économique, même s'il ne s'agit pas d'un marché ordinaire et que certaines mesures de protection sont requises dans ce domaine.

Le droit de la concurrence entre donc parfois en conflit avec les éléments de solidarité nationale. La jurisprudence de la Cour a montré qu'il n'est pas toujours aisé de tracer la ligne entre activités sociales et activités économiques. La concurrence influence le secteur de la santé dans une mesure considérable. L'issue des affaires portées devant la Cour de justice est cependant hautement imprédictible et les critères utilisés sont loin d'être clairs. En revanche, la Cour semble comprendre les craintes et préoccupations des États membres lorsque des éléments de solidarité sont en jeu et aborde la problématique des régimes de sécurité sociale avec une certaine prudence.

Et même lorsque la Cour estime qu'elle a affaire à une entreprise parce qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments de solidarité, cela ne signifie pas que les règles de concurrence s'appliquent pleinement.

En effet, une exemption de l'application des règles de concurrence et des règles relatives à l'abus de position dominante pourrait découler de l'article 86(2) du traité CE. Cet article dispose que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie et pour autant que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.³⁴⁴⁾

Dans les affaires jointes *Albany, Brentjens et Drijvende Bokken*,³⁴⁵⁾ la Cour, après avoir estimé que le droit exclusif d'un fonds sectoriel de pension de gérer les pensions complémentaires constitue une restriction de la concurrence et une infraction à l'article 86(1) du traité CE,³⁴⁶⁾ a examiné si cette infraction pouvait se justifier au titre du paragraphe 2 dudit article.³⁴⁷⁾ La Cour a arrêté que le régime de pension en cause accomplissait un service d'intérêt économique général et que le droit exclusif qui lui était conféré était nécessaire à l'accomplissement de ce service. Pour aboutir à cette conclusion, la Cour a explicitement pris en considération des éléments de solidarité sociale.³⁴⁸⁾ Le fonds en question présentait d'importants éléments de solidarité qui se manifestaient, notamment, par le fait que les cotisations ne tenaient pas compte du risque, par l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, par la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, par la prise en charge par le fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que par l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur. En outre, la Cour a observé que "en cas de suppression du droit exclusif du fonds de gérer le régime de pension complémentaire pour tous les travailleurs d'un secteur déterminé, les entreprises employant un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Le départ progressif des 'bons' risques laisserait au fonds sectoriel de pension la gestion d'une part croissante de 'mauvais' risques, provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, auxquelles le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable".

Des citoyens peuvent donc être contraints de participer à un régime de sécurité sociale exécuté par des entreprises privées.

Mais, dans cette affaire, l'observation suivante de la Cour est peut-être encore plus remarquable:

"Il importe de rappeler que, aux termes de l'article 3, sous g) et i), du traité CE [devenu, après modification, article 3, paragraphe 1, sous g) et j), CE], l'action

de la Communauté comporte non seulement un 'régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur', mais également 'une politique dans le domaine social'. L'article 2 du traité CE (devenu, après modification, article 2 CE) énonce en effet que la Communauté a pour mission, notamment, 'de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques' et 'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé'".

Les objectifs sociaux prévalent donc ici contre le marché intérieur.

L'article 86(2) du traité CE, a ainsi pu être invoqué avec succès pour rejeter l'application des règles de concurrence, notamment lorsque l'activité ne réunit pas les conditions pour être qualifiée d'activité de solidarité "essentielle" mais présente néanmoins suffisamment d'éléments de solidarité, dont l'obligation d'affiliation.³⁴⁹⁾ Un équilibre est donc trouvé ici entre droit de la concurrence et droit social.

Mais le secteur public n'est pas le seul domaine où il est tenu compte des objectifs sociaux. L'interprétation large de l'exception d'intérêt général visée à l'article 54 de la directive assurance non-vie pointe dans la même direction.

Cette tendance est importante, à une époque où la sécurité sociale bascule de plus en plus d'un système public vers un système mixte privé-public. Même lorsque des éléments privés sont introduits dans les régimes de sécurité sociale, il ne semble pas que la loi du marché libre s'applique sans merci. La Cour accepte que les régimes poursuivant des objectifs sociaux déterminés puissent être préservés de la pleine application des règles de concurrence.

Le chapitre suivant examine si, et comment, cette notion d'intérêt (économique) général peut être utilisée pour éviter une pleine application des règles du marché intérieur dans le secteur des soins de santé.

IV. La notion de "services sociaux d'intérêt général" comme contrepoids aux règles du marché intérieur

1) Les services d'intérêt général

A. Situation

Ironie de la chose, la notion de "service d'intérêt général" a été utilisée pour la première fois dans le "Communications Act" de 1934 comme argument pour installer un monopole des services téléphoniques aux États-Unis, alors que le chaos régnait sur ce marché après l'expiration des droits de propriété intellectuelle appartenant à G. Bell. Ironie en effet puisque la notion de "service d'intérêt général" est, en Europe, étroitement liée au démantèlement et à la privatisation des monopoles d'État et donc souvent considérée comme un instrument de contrepoids. Si l'intervention de l'État était chose courante dans toutes les économies après la Seconde Guerre mondiale, à la fin des années soixante-dix et tout au long des années quatre-vingts, plusieurs pays ont abandonné l'approche keynésienne pour s'orienter vers une politique de privatisation, de libéralisation et de dérégulation. Les systèmes corporatistes nationaux ont commencé à s'effondrer sous la pression de chocs économiques exogènes et *"des changements ont été appliqués par nécessité économique et par suite de transformations plus subtiles au niveau du modèle économique et idéologique prépondérant"*.³⁵⁰⁾ En 1993, la vague de privatisation a commencé dans la majorité des pays de l'UE. Les réformes dans le secteur public européen étaient au centre de toutes les préoccupations dans le contexte du basculement d'un modèle "d'État-Providence" à un modèle "post-Welfare" ou d'État régulateur.³⁵¹⁾ Dans ces circonstances, la grande crainte de certains groupes d'intérêt était que les services publics et sociaux en sortent brisés. Grâce à des processus de consultation mutuelle, mais aussi à la suite de conflits et protestations locales et régionales dans plusieurs États membres, la question des "services publics" est revenue à l'ordre du jour communautaire sous l'intitulé "services d'intérêt général dans l'UE" et a depuis gagné en importance. Cependant, durant tout ce temps, la Commission a préféré une approche pragmatique à la position dogmatique de certains acteurs représentant des intérêts opposés.³⁵²⁾ Depuis 1993, après que le traité de Maastricht a ouvert la voie à une réflexion plus globale sur les services d'intérêt économique général,³⁵³⁾ cette expression apparaît de plus en plus systématiquement dans les documents communautaires³⁵⁴⁾ et la notion a évolué de celle de "services d'intérêt économique général" en dérogation au principe supérieur de concurrence non faussée pour devenir le *"pilier du modèle européen de société"*,³⁵⁵⁾ ouvrant la voie à une interaction utile entre intérêt général et marché libéralisé.

La notion de "service d'intérêt général" est très difficile à définir, comme on peut le voir dans la compilation des discussions et textes consacrés à ce thème et produits par les institutions européennes, les États membres et divers observateurs. Cet ensemble de documents est loin d'être un parangon de cohérence et de clarté.³⁵⁶⁾ En effet, *"il est difficile de donner une définition juridique des services d'intérêt général, mais le service d'intérêt général peut être considéré, d'une manière générale, comme un service qui présente les caractéristiques suivantes [...]".*³⁵⁷⁾ C'est une notion complexe et dynamique qui est en constante évolution et évaluation, ce qui n'a rien de surprenant dans la mesure où elle est étroitement liée à la conception toujours mouvante du rôle de l'État. L'annexe au Livre blanc sur les services d'intérêt général stipule que des différences terminologiques, une confusion sémantique et des traditions variées dans les États membres sont le reflet d'évolutions historiques, économiques, culturelles et politiques dissemblables et la source de nombreux malentendus dans le débat mené au niveau européen. C'est la raison pour laquelle le Livre blanc reprend la définition communautaire des services d'intérêt général datant de la première communication de la Commission sur les services d'intérêt général, en 1996: *"L'expression 'services d'intérêt général' ne se trouve pas dans le traité lui-même. Elle découle dans la pratique communautaire de l'expression 'service d'intérêt économique général qui est, elle, utilisée dans le traité. Elle a un sens plus large que l'expression précitée et couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public."*³⁵⁸⁾ Bien qu'il ne s'agisse pas d'une définition juridique conventionnelle, elle fournit certains éléments clés pour un débat sur les services d'intérêt général dans l'Union européenne. Premièrement, cette notion n'est pas fondée sur le traité, mais dérivée de la notion de "services d'intérêt économique général" qui apparaît aux articles 82(2) et 16 du traité CE.³⁵⁹⁾ Deuxièmement, l'expression ne couvre pas seulement les activités économiques, comme c'est le cas pour l'expression "services d'intérêt économique général" et fait donc également référence aux services non économiques, parmi lesquels l'éducation nationale, la sécurité sociale et certaines prérogatives de l'État (telles que la sécurité, la justice, la diplomatie, ou l'enregistrement des naissances, décès et mariages) sont traditionnellement cités à titre d'exemples. La conséquence la plus importante de la qualification de service non économique est l'inapplicabilité des règles du marché intérieur et de la concurrence aux services concernés. Selon la Commission, les services d'intérêt général peuvent être classés en trois catégories: (1) les services d'intérêt économique général fournis par les grandes industries de réseau (communications, services postaux, électricité, gaz, transport), (2) les autres services d'intérêt économique général (gestion des déchets, approvisionnement en eau, services publics de radiodiffusion) et (3) les services non économiques (sécurité sociale, éducation nationale et prérogatives de l'État) ainsi que les services sans effet sur le commerce.³⁶⁰⁾

La notion de services non économiques sera développée plus en détails dans le chapitre consacré aux services sociaux d'intérêt général. Cependant, qu'il soit économique ou non, le service doit, en tant que troisième caractéristique principale, être qualifié "d'intérêt général" et est dès lors soumis à certaines obligations de service. Étant d'intérêt "général", la production du service ne va pas seulement dans l'intérêt du prestataire et du consommateur, mais aussi dans l'intérêt d'un groupe plus large qui est "l'ensemble de la Communauté".³⁶¹⁾ En effet, ces services sont jugés tellement essentiels dans une société déterminée que chaque citoyen doit y avoir accès à des conditions raisonnables, en particulier en termes de qualité et d'accessibilité tarifaire.³⁶²⁾ En conséquence, des exigences spécifiques sont imposées au prestataire des services afin de garantir la réalisation d'objectifs d'intérêt général déterminés. Enfin, cette tâche de classification incombe à l'autorité publique. En effet, il appartient encore aux autorités nationales, régionales ou locales des États membres de définir, organiser,³⁶³⁾ financer et contrôler les services d'intérêt général. Toutefois, et notamment aussi en raison de l'insertion dans le traité CE de l'article 16³⁶⁴⁾ lors de la CIG d'Amsterdam, l'attribution des services d'intérêt général est de plus en plus considérée comme une responsabilité partagée entre la Communauté et les États membres. À cet égard, le principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité CE³⁶⁵⁾ joue un rôle important puisque la Commission estime, elle aussi, que les services d'intérêt général devraient être organisés et régulés aussi près que possible des citoyens et à l'intention de présenter, en tant que de besoin, des propositions de réglementation sectorielle uniquement dans les domaines qui possèdent une dimension européenne évidente et présentent des arguments forts en faveur de la définition d'un concept d'intérêt général européen. Le plus souvent, cette réglementation communautaire ne définit qu'un cadre juridique pouvant être mis en œuvre et précisé par les États membres en tenant compte de leur situation nationale propre. Les participants au débat sur le Livre vert se sont largement accordés à dire qu'il n'était pas nécessaire de changer cette situation en conférant des pouvoirs supplémentaires à la Communauté en ce qui concerne les services d'intérêt général.³⁶⁶⁾

Que les services concernés portent la désignation de "services d'intérêt général" (UE), de "services of public utility" (UK), de "services publics" (FR), de "diensten van algemeen belang" (NL) ou de "Daseinsvorsorge" (D), pour ne citer que celles-là, on ne peut ignorer l'existence manifeste, à la base de toutes ces manifestations nationales du concept, d'une série de valeurs communes ou de normes partagées dans l'intérêt des consommateurs. Ces valeurs sont l'accès universel, la qualité, la continuité, l'accessibilité tarifaire et la protection des usagers/utilisateurs. L'élément de "service universel" implique que les services concernés doivent être accessibles, à un certain niveau de qualité et à des conditions financièrement abordables, pour tous les usagers et consommateurs sur l'ensemble du territoire d'un État membre,

indépendamment de leur situation géographique. Le service universel est une notion dynamique et flexible, mais aussi - parallèlement - une mission complexe et exigeante pour les autorités responsables. L'obligation de continuité implique que le prestataire est tenu d'assurer une fourniture du service sans interruption. La continuité de la fourniture d'électricité en est un exemple. Les exigences de qualité et d'accessibilité tarifaire par rapport aux services d'intérêt général entraînent en premier un rôle important pour les autorités compétentes qui sont chargées de l'établissement, du contrôle et de la mise en application des exigences de qualité. D'autre part, le service d'intérêt général doit également être fourni à des conditions abordables, ce qui signifie que les services concernés doivent être fournis à la population à un prix "raisonnable" qui tient compte de la situation de revenus spécifique de certains consommateurs et qui prête attention à certains groupes vulnérables de la société, par exemple, en recourant au contrôle des prix ou à la subvention de la fourniture des services concernés. Enfin, le dernier principe fondamental lié à la fourniture de services d'intérêt général concerne l'application normale des règles spécifiques de protection des usagers et des consommateurs. Il s'agit d'exigences de base concernant la qualité élevée des services, le niveau élevé de sécurité, la transparence (par exemple, relative aux tarifs, aux contrats, à la sélection et au financement des prestataires), le choix satisfaisant du service et du prestataire, l'existence d'un organisme de contrôle, la mise à disposition de mécanismes de recours, la représentation et la participation active des consommateurs et des usagers lors de la définition et de l'évaluation des services, le choix des formes de compensation, etc. Parmi les autres principes mentionnés dans le contexte des services d'intérêt général figurent l'égalité, la fiabilité, la participation, la simplification des procédures, la rentabilité, l'efficacité et l'évaluation des résultats.³⁶⁷⁾ Ces éléments communs fournissent un cadre permettant de définir un concept communautaire pour les services d'intérêt général.

Pour l'instant, au niveau de l'Union européenne, le débat sur les services d'intérêt général reste étroitement lié à la notion de "services d'intérêt économique général" visée à l'article 86(2) du traité, en tant que dérogation aux règles du traité pour les entreprises chargées d'une mission d'intérêt général répondant à certains besoins fondamentaux tels que le transport, les services postaux, l'énergie et les communications, ainsi qu'à d'autres activités économiques soumises elles aussi à des obligations de service public. Le Livre blanc se concentre lui aussi principalement, mais pas exclusivement, sur les questions liées aux "services d'intérêt économique général". Ceci n'est pas surprenant puisque le traité lui-même est axé essentiellement sur les activités économiques. L'expression "services d'intérêt général" est utilisée uniquement lorsqu'il n'est pas nécessaire de préciser la nature spécifique des services concernés ou lorsque le texte fait également référence aux services non économiques. Cela pourrait conduire à de nouveaux malentendus "babyloniens" vu que l'expression "service

d'intérêt général", conçue comme expression générale, devient ainsi (peut-être trop) fortement associée aux services non économiques, avec le risque qu'elle finisse par devenir un synonyme de "services non économiques". En comparant la première communication de la Commission sur les services d'intérêt général de 1996 et le Livre blanc de 2004, on constate néanmoins une nette évolution dans l'approche de la Commission. Le premier document se concentrait explicitement sur les secteurs pertinents des communications, des services postaux, du transport, de l'énergie et de la radiodiffusion, contrairement au récent Livre blanc qui ouvre clairement la voie à une approche générale et insère d'importants paragraphes sur les services non économiques, sociaux et sanitaires, retirant ainsi le débat d'un contexte de marché purement basé sur la concurrence. Néanmoins, dans le cadre d'un débat sur les services d'intérêt général dans l'Union européenne, il est indispensable d'avoir une vue d'ensemble du rôle de l'article 86(2) du traité.

B. Le rôle clé de l'article 86 du traité CE

L'article 86 a été décrit comme *"la disposition centrale pour la conciliation des objectifs communautaires, d'une part, et de l'accomplissement effectif de la mission d'intérêt économique général confiée par les pouvoirs publics, d'autre part"*. Selon la Cour, cette disposition *"vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises, notamment du secteur public, en tant qu'instrument de politique économique ou fiscale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun"*.³⁶⁸ Il s'agit d'une dérogation aux règles du traité³⁶⁹ pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général et d'une conception juridique, *"dont l'objectif principal est de définir les activités méritant un traitement spécial au sein du système juridique de la Communauté européenne par rapport à celles qui doivent se conformer à toutes les règles du marché intérieur"*.³⁷⁰ L'article dispose que:

"1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues à l'article 12 et aux articles 81 à 89 inclus."

"2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté."

"3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres".

Aux fins d'application de l'article 86(2), les entreprises concernées doivent avoir été chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général et l'application des règles du traité doit faire échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, mais le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Les principes sous-jacents à l'article 86 CE sont triples. Premièrement, l'article est neutre concernant le sujet de la propriété et sur ce point, en totale conformité avec l'article 295 CE qui dispose que le traité CE ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres. Le droit communautaire n'exige pas la privatisation des entreprises publiques. La Commission souligne avec insistance qu'elle ne met pas en cause la propriété publique, privée ou mixte des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général et assure être prioritairement guidée par l'intérêt des citoyens européens d'avoir accès à des services fiables, efficaces et abordables. Ce serait également l'une des raisons pour lesquelles l'expression "service public" a été remplacée dans les discours politiques officiels par l'expression, plus neutre, "service d'intérêt général". C'est le service en soi, et non son prestataire, qui est protégé dans l'UE. Autrement dit, *"un service, [...], ne perd pas son caractère d'intérêt général du seul fait qu'il n'est pas fourni par l'État et inversement"*.³⁷¹⁾ Comme déjà indiqué, un deuxième principe est la liberté qu'ont les États membres de définir ce qu'ils entendent par mission d'intérêt général sur la base des caractéristiques spécifiques de l'activité, puis de charger des entreprises déterminées de sa gestion, en leur accordant des droits exclusifs ou spéciaux, en les contrôlant, en les finançant, etc. Les États membres disposent d'un large pouvoir de discrétion et, partant, de la faculté de définir leurs politiques. Ils sont toutefois soumis au contrôle de la Cour de justice dans le cas d'erreurs manifestes.³⁷²⁾ Il est évident que des services servant clairement des intérêts individuels ne peuvent être exclus de l'application des libertés du marché intérieur et des règles de concurrence. Pour invoquer la dérogation prévue à l'article 86(2) du traité CE, la mission doit être clairement définie et être explicitement attribuée par un acte de l'autorité publique, lequel est interprété au sens large puisqu'il peut également s'agir d'un contrat spécifique entre l'autorité et l'entreprise investie de la mission. Les prestataires de services d'intérêt économique général sont néanmoins des entreprises et, à ce titre, soumis aux règles de concurrence. Les décisions d'octroi de droits spéciaux ou exclusifs à des prestataires de services ou de les favoriser autrement, peuvent constituer une infraction au traité. La jurisprudence fait état de multiples cas, notamment lorsque les exigences de service public imposées au prestataire ne sont pas correctement spécifiées,³⁷³⁾ lorsque le prestataire n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande³⁷⁴⁾ ou lorsqu'il existe un autre moyen, moins préjudiciable à la concurrence, de satisfaire les exigences.³⁷⁵⁾ Enfin, l'article établit le principe de proportionnalité dans la mesure où les restrictions aux règles du traité CE, en particulier les règles du marché intérieur et les règles

de concurrence, ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire à l'exécution efficace du service d'intérêt général.

L'interprétation de cet article a produit une longue, complexe et parfois curieuse jurisprudence de la Cour de justice sur le sens exact des services d'intérêt général,³⁷⁶⁾ sur la question de savoir si des entreprises étaient effectivement chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général,³⁷⁷⁾ sur la question de savoir si l'application des règles normales du traité ne fait pas échec aux missions imparties³⁷⁸⁾ ainsi que sur la portée de l'application des dispositions de l'article 86(2) CE par rapport à d'autres règles spécifiques du traité.³⁷⁹⁾ L'expression "intérêt économique général" implique un service universel. Les services d'intérêt économique général sont caractérisés par l'obligation, imposée par un État membre ou ses autorités, de fournir un service au public sur un territoire géographique déterminé et d'assurer, quelle que soit la rentabilité, à tous les citoyens un accès égal au service en question, à des prix abordables³⁸⁰⁾.

S'agissant de cette question essentielle, la principale particularité de la jurisprudence relative à l'article 86(2) CE est sans doute le changement manifeste de l'approche de la Cour de justice quant à son interprétation. Dans sa jurisprudence initiale,³⁸¹⁾ la Cour prenait la viabilité économique de l'entreprise en cause comme critère déterminant pour apprécier si l'application des règles du traité ferait échec à l'accomplissement de la mission spécifique. La Cour s'est ensuite écartée de cette approche centrée sur l'obstruction à la concurrence, dans laquelle l'analyse économique de la performance d'une entreprise "en conformité totale avec le traité" était l'instrument essentiel et où l'article 86 était considéré comme "[l'une des] dispositions relatives aux atteintes portées au fonctionnement normal du régime de la concurrence par l'action des États".³⁸²⁾ La Cour a en effet modifié sa jurisprudence au profit d'une appréciation plus nuancée, tenant compte des autres conditions dans lesquelles opère l'entreprise, et s'est davantage dirigée vers une approche centrée sur la valeur. Cette attitude est apparue pour la première fois en 1993 dans l'affaire Corbeau³⁸³⁾, lorsque la Cour a fondé sa décision sur la prémisse que l'obligation d'assurer les services concernés dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables. Pour la première fois, les paragraphes 1 et 2 de l'article 86 CE ont été placés sur un pied d'égalité. Cette approche s'est confirmée en 1994 dans l'arrêt Almelo³⁸⁴⁾, où la Cour a estimé que pour mettre la justification de la mission d'intérêt général de l'article 86(2) en balance avec la violation des règles de concurrence, il fallait "*tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise*". Le "test de viabilité économique" a rendu son dernier souffle à la fin des années 1990, dans le cadre des affaires relatives aux marchés de l'énergie.³⁸⁵⁾ La Cour a en effet

déclaré que "pour que les règles du traité ne soient pas applicables à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général en vertu de l'article 90, paragraphe 2, du traité [devenu l'article 86, paragraphe 2], il suffit que l'application de ces règles fasse échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent à cette entreprise. Il n'est pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée". Le passage "de l'analyse économique au jugement de valeur"³⁸⁶⁾ pourrait être considéré comme le développement d'un concept similaire à la règle de raison, telle qu'issue de la jurisprudence relative aux règles du marché intérieur.³⁸⁷⁾ En effet, globalement, les circonstances sont comparables. Le jugement "Cassis de Dijon" relevant de la jurisprudence relative à la libre circulation avait eu de profondes répercussions sur la législation nationale et avait incité à adopter une optique plus large par rapport aux justifications des raisons d'intérêts supérieurs. Mutatis mutandis, il pourrait être soutenu que l'influence grandissante des règles de concurrence sur les entreprises investies d'une mission d'intérêt général, en raison de l'introduction d'éléments de marché dans des secteurs d'intérêt économique général, appelle à une base plus large pour la justification de dérogations dans le but de protéger les objectifs reconnus dans le droit communautaire. Quoi qu'il en soit, le statut actuel de l'article 86(2) CE et l'usage plus généreux qui en est fait dans la jurisprudence de la Cour soutient l'idée de sa capacité à servir de contrepoids précieux et utile à l'influence des règles du traité sur les services d'intérêt économique général.

Ce statut est renforcé par l'article 16 CE,³⁸⁸⁾ érigé en principe dans le traité d'Amsterdam de 1997, aux côtés de valeurs communautaires plus fréquemment citées telles que la non-discrimination et l'égalité de traitement, et qui a conduit à une applicabilité horizontale³⁸⁹⁾ des valeurs communes sous-jacentes aux services d'intérêt général. Bien qu'il faille se garder de surestimer le potentiel de cet article, l'adoption d'une nouvelle version de l'article dans le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, indique que les choses sont en train de bouger en ce qui concerne le statut des services d'intérêt économique général au niveau communautaire. En effet, une base juridique pour l'action législative communautaire dans le domaine des services d'intérêt économique général a "in fine" été intégrée à l'article III-6.³⁹⁰⁾ L'article II-36 du projet de Constitution, ancien article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, complète le tableau dans la mesure où il stipule que "*l'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément à la Constitution, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union*". Cet aspect de droits (sociaux) constitutionnels et fondamentaux des services d'intérêt général se reflète dans l'approche communautaire qui lie étroitement le thème des services d'intérêt général à celui de la citoyenneté de l'Union (article 17 CE)³⁹¹⁾. Dans cette vision, les services d'intérêt général sont considérés comme "quelque

chose par rapport à quoi tous les citoyens jouissent de droits". "La citoyenneté sociale", à l'instar de la citoyenneté politique, peut se définir comme une égalité des droits et obligations et "ainsi définie, la citoyenneté sociale inclut, incontestablement, un accès égal à certains services (c'est-à-dire, aux services d'intérêt économique général visés à l'article 90, paragraphe 2 [devenu l'article 86(2)], du traité".³⁹²⁾ Grâce à cette approche ascendante, le débat s'est ouvert sur tous les services auxquels les citoyens ont droit et les lignes de démarcation entre les différents types possibles de services d'intérêt général (services d'intérêt économique général, industries de réseau, services non économiques, services sociaux, ...) se sont atténuées.

En ce qui concerne le financement des services d'intérêt général, il importe de garder à l'esprit qu'il n'est pas possible de fournir durablement différents services d'intérêt général sur la seule base des mécanismes de marché. En effet, une des caractéristiques spécifiques des services d'intérêt général est qu'ils doivent être fournis même lorsque le marché n'a peut-être pas suffisamment d'incitations à le faire. En conséquence, des arrangements spécifiques sont nécessaires pour assurer l'équilibre financier du prestataire de services d'intérêt général. À cet effet, les États membres peuvent recourir à divers mécanismes. Les mécanismes de financement appliqués par les États membres incluent le soutien financier direct via le budget de l'État (subventions ou autres avantages financiers tels que les réductions fiscales), les droits spéciaux ou exclusifs (monopole légal), les apports de participants au marché (fonds de service universel), la péréquation tarifaire (tarif national uniforme en dépit des différences considérables du coût de fourniture du service) ou le financement basé sur la solidarité (cotisations de sécurité sociale). Les États membres sont libres de choisir la méthode de financement de leurs services d'intérêt général. Ils sont simplement tenus de s'assurer que le mécanisme choisi ne fausse pas indûment le fonctionnement du marché intérieur. En particulier, les États membres peuvent accorder les compensations de service public qui sont nécessaires au fonctionnement du service d'intérêt économique général. Mais dès lors qu'il y a surcompensation par un État membre, les règles relatives aux aides d'État sont appliquées, comme le montrent une jurisprudence considérable et plusieurs actions de la Commission.³⁹³⁾

2) Les soins de santé en tant que service social d'intérêt général

A. Les services sociaux d'intérêt général

Il découle de l'article 16 CE que les services d'intérêt économique général ont tous un rôle important à jouer dans la promotion de la "cohésion sociale et territoriale" de l'Union européenne. La "fonction sociale" est donc inhérente à ce type de services. L'expression "d'intérêt général" suggère d'emblée cette relation vu que, tout comme le terme "social", elle fait référence à un intérêt supérieur dans la société, qui doit être pris en considération.

Cependant, il y a une catégorie de services d'intérêt général qui est intrinsèquement liée à un objectif social et qui est par conséquent qualifiée de "service social d'intérêt général". Comme pour les "services d'intérêt général", il est très difficile de donner une définition satisfaisante et exhaustive des "services sociaux (d'intérêt général)". Les services sociaux d'intérêt général couvrent une large gamme d'activités telles que les régimes légaux de protection sociale, les régimes complémentaires de protection sociale, les services de soins de santé³⁹⁴⁾ et d'aide sociale,³⁹⁵⁾ les services d'emploi, les services d'aide maternelle, les services d'intégration sociale, l'éducation et la formation, les logements sociaux.³⁹⁶⁾ Loin d'être exhaustive, cette liste montre d'emblée que la plupart des services sociaux ont une nature particulière en ce sens qu'ils concernent de près la "personne" (naissance, éducation, emploi, maladie, âge, etc.). Comme le reconnaît - peut-être trop faiblement - le Livre blanc 2004, ce "caractère personnel de nombreux services sociaux et de santé conduit à des exigences très différentes de celles qui s'appliquent aux industries de réseau"³⁹⁷⁾. On pourrait dire des exemples de services sociaux cités qu'ils présentent une forte corrélation avec les "risques sociaux" identifiés dans les systèmes traditionnels de sécurité sociale et d'assistance sociale et qu'ils répondent donc aux difficultés rencontrées par des individus au cours de leur vie.³⁹⁸⁾ Le fait que cette catégorie de services soit qualifiée de "services sociaux" et considérée comme liée aux "risques sociaux" identifiés dans les régimes de protection sociale ne signifie certainement pas pour autant que ces services sont exclusivement des services non économiques, comme pourrait le laisser penser, à tort, l'empressement de la Cour à exclure les services basés sur la solidarité de l'application des règles générale de concurrence. Comme exposé plus haut, des éléments de solidarité ou des objectifs sociaux sous-jacents n'empêchent pas de qualifier certains services d'activités économiques.³⁹⁹⁾ Toutefois, il est clair également que certains services sociaux sont catégoriquement d'intérêt général mais ne peuvent être qualifiés d'intérêt 'économique' général vu qu'ils ne sont pas considérés comme des activités économiques.

La classification de service économique ou non économique dans le droit communautaire est évidemment importante par rapport à la question essentielle du rôle des services d'intérêt général comme contrepoids à l'influence des règles du marché intérieur et de concurrence. Les services non économiques ne sont pas totalement exclus de l'application du traité CE, mais celle-ci se limite aux règles relatives à la libre circulation des personnes, à l'interdiction de discrimination et aux règles de marchés publics. Les règles du marché intérieur concernant le droit d'établissement, la libre prestation des services ainsi que les règles de concurrence concernant les ententes, les abus de position dominante et les aides d'État ne s'appliquent qu'aux "activités économiques". Dans le droit communautaire, une "activité économique" est définie comme étant "toute activité consistant à offrir des

biens ou des services sur un marché donné".⁴⁰⁰⁾ Comme déjà signalé, une même entité peut fournir à la fois des services économiques et des services non économiques. Cependant, il n'est pas possible de dresser une liste des activités qui ne seraient, a priori, pas économiques étant donné que cette classification relève de choix politiques en évolution constante. L'important est de retenir que les services non économiques sont exclus de l'application des règles du marché intérieur et des règles de concurrence énoncées dans le traité CE. Un contrepois n'est donc pas nécessaire dans le "domaine des services non économiques". Ce raisonnement sera développé plus loin dans ce rapport pour ce qui concerne le secteur des soins de santé. Dans la partie II, nous avons vu qu'il y avait deux exclusions au principe des activités économiques. Le cas le plus clair de services non économiques est la catégorie de services "où l'État, par définition, n'est confronté à aucune concurrence, réelle ou potentielle, de la part d'entreprises privées: l'exercice d'imperium".⁴⁰¹⁾ Nous avons ensuite l'exclusion visant les services basés sur la solidarité.

De l'avis du Comité économique et social européen, la frontière entre caractère économique et non économique est floue et incertaine. Cependant, le CESE souligne que l'objectif ne peut être d'établir cette distinction, mais d'aboutir à une mise en oeuvre du principe de subsidiarité. *"L'Union devrait rappeler les types de services (régalien ou d'intérêt national, régional ou local, système obligatoire d'éducation, de santé et de protection sociale, activités culturelles, caritatives, à caractère social ou basé sur la solidarité ou des dons, etc."*⁴⁰²⁾ Le CESE rappelle également⁴⁰³⁾ l'importance d'accorder un traitement spécial aux organisations qui fournissent des services sociaux sur une base non lucrative. Le problème de la conciliation de ces conceptions avec la politique de la concurrence développée par la Commission et (l'approche fonctionnelle de) la jurisprudence pertinente de la Cour reste ouvert. Les activités pouvant être qualifiées de "services sociaux d'intérêt général" ont comme caractéristique importante d'être exercées par une diversité de prestataires tels que des entités publiques, des "entreprises" privées poursuivant un but lucratif ou des prestataires privés sans but lucratif. Les situations varient selon les États membres et font de ce secteur un secteur très hétérogène, y compris à l'intérieur des États membres.⁴⁰⁴⁾ Cependant, bon nombre de ces services sont fournis par des organismes d'assistance sociale sans but lucratif qui réclament un statut particulier, conforme à leurs missions et objectifs sociaux ainsi qu'à leur "rôle spécifique en termes de maintien de la solidarité et de promotion de la citoyenneté active".⁴⁰⁵⁾ Ces organisations sont définies par le CESE comme étant "une catégorie d'organismes privés à but non lucratif, à statuts variables selon les États (associations - fondations), dont la vocation est d'agir dans le champ de la santé et de l'action sociale sans s'interdire d'accomplir, le cas échéant, des actions économiques subordonnées à leurs fins sociales essentielles."⁴⁰⁶⁾

Bien que les services sociaux d'intérêt général ne soient toujours - et certainement de l'avis des acteurs de ce domaine - traités que de manière superficielle dans le Livre blanc 2004, la Commission s'est cependant efforcée d'éclaircir une part de la confusion qui règne à ce sujet au niveau européen. Leur statut de services d'intérêt général est indiscutablement admis puisqu'ils sont, à leur tour, reconnus en tant que "*partie intégrante du modèle européen de société*", le Livre blanc ajoutant que "*en vertu du principe de solidarité, les services sociaux et de santé d'intérêt général centrés sur la personne, ils assurent aux citoyens la possibilité de bénéficier effectivement de leurs droits fondamentaux et d'un niveau élevé de protection sociale, et renforcent la cohésion sociale et territoriale*".⁴⁰⁷⁾ Une reconnaissance claire de la distinction entre les missions et les instruments de mise en oeuvre et de financement de ces services, d'une part, et leur modernisation, d'autre part, semblent être les priorités de la Commission. L'approche complète de la Commission vis-à-vis des services sociaux et de santé d'intérêt général fera l'objet d'une communication sur les services sociaux d'intérêt général qui sera adoptée en 2005.

Ces services sociaux sont le résultat de diverses évolutions historiques, culturelles et politiques dans les États membres et il est dès lors difficile de les réduire à une identité unique. Néanmoins, ils partagent plusieurs points communs visibles. L'application des caractéristiques susmentionnées révèle que les services sociaux peuvent être aisément qualifiés de services d'intérêt général parce qu'ils partagent avec les autres services d'intérêt général des valeurs communes telles que l'universalité, la qualité, l'accessibilité tarifaire, la continuité et la protection des usagers/utilisateurs. Leur lien étroit avec les droits sociaux⁴⁰⁸⁾ leur confère également l'aspect de droits fondamentaux déjà mentionné dans le contexte des services d'intérêt général. Mais en raison de leur nature particulière et de leur caractère personnel, les services sociaux se caractérisent aussi par d'autres valeurs communes et principes sous-jacents. Premièrement, ils visent la mise en œuvre concrète de droits sociaux et la création d'opportunités égales. Ils reposent sur des principes particuliers tels que la dignité humaine, la solidarité, la justice sociale, la cohésion sociale, le capital social, l'empowerment et la participation des utilisateurs. Deuxièmement, ils répondent à des carences sociétales et des besoins sociaux auxquels les mécanismes de marché ne répondent pas de manière suffisante. Enfin, ils sont considérés comme des instruments efficaces pour la mise en œuvre des politiques publiques dans les domaines de la protection sociale, de la solidarité et de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion.⁴⁰⁹⁾ Compte tenu de ces différents éléments, il convient d'examiner la place du secteur des soins de santé dans ce contexte.

B. La notion de services d'intérêt général dans le secteur des soins de santé

1. Les services d'intérêt général relatifs à la santé

Après avoir délimité le domaine des "services d'intérêt général" et des "services sociaux d'intérêt général", nous pouvons maintenant poursuivre en explorant la place occupée dans ce domaine par le secteur des soins de santé. Cet examen amène à établir trois grandes subdivisions dans le "secteur des soins de santé", à savoir, "la prestation des soins de santé" (fourniture de soins préventifs et curatifs par des professionnels et des institutions de santé: la relation patient-prestataire), "l'assurance soins de santé" (relation patient-acheteur), en particulier l'assurance maladie légale (le régime de base obligatoire de sécurité sociale couvrant le risque de maladie), et l'assurance volontaire (les régimes substitutifs, complémentaires et supplémentaires⁴¹⁰ de protection sociale). En fait, l'application de la notion de services d'intérêt général à ces secteurs est, dans une large mesure, expérimentale vu que cette notion est toujours très étroitement associée aux grandes industries de réseau en tant que services d'intérêt "économique" général. Comparer "soins de santé" et "électricité" semble infaisable, mais en y regardant de plus près, ces deux domaines ont plus de points communs qu'il n'y paraît. En fait, en dépit de nombreuses questions non réglées, la santé s'intègre parfaitement dans le débat actuel sur les "services d'intérêt général". Ce fait est indiscutablement reconnu par le Livre blanc 2004, au point 4.4. intitulé "Reconnaître pleinement l'intérêt général dans les services sociaux et de santé". Il ne peut donc clairement y avoir aucun doute quant à la qualification des services de santé comme "services d'intérêt général". Nous examinerons ultérieurement la part "d'intérêt économique" dans ces services. Le Livre blanc confirme en outre clairement que les services de santé doivent être traités différemment des industries de réseau, secteur traditionnel d'intérêt "économique" général. Ce qu'il faut entendre exactement par "services de santé" n'est pas clair. Il conviendrait en outre de spécifier si cela concerne uniquement "la prestation des soins de santé" ou si cela couvre également le secteur de "l'assurance soins de santé". Dans le présent rapport, nous nous sommes concentrés sur le "secteur des soins de santé" ou sur ce qui pouvait être identifié comme "services relatifs à la santé".

Les "principes sous-jacents" ou "valeurs communes" aux services d'intérêt général évoqués plus haut reviennent également fréquemment dans le contexte des soins de santé. Le principe d'universalité ou d'accès universel sur l'ensemble du territoire est une préoccupation réelle des autorités sanitaires dans tous les États membres, comme le démontre la planification des hôpitaux ou des pharmacies. Les exigences de continuité et de qualité sont de toute évidence également des thèmes primordiaux dans le secteur des soins de santé. Si la continuité des soins est certes un élément essentiel, la qualité des soins doit être l'une des préoccupations cruciales dans ce domaine, compte tenu de l'ampleur des réglementations en la matière dans

chaque État membre. Sont visées par ces réglementations la qualité des intrants (infrastructure, personnel), par exemple, les critères d'admission ou agréments; la qualité des technologies et procédures utilisées, par exemple, le contrôle de la qualité en matière de biologie clinique ou de transfusions sanguines, et la qualité des résultats, par exemple, les programmes relatifs aux infections nosocomiales ou aux escarres, etc.⁴¹¹ La notion d'accessibilité tarifaire est un sujet qui préoccupe également le domaine des soins de santé primaire et qui se concrétise, par exemple, par la fixation de tarifs maximaux ou par la fixation d'un plafond des dépenses de soins de santé pour les groupes de population vulnérables. Enfin, l'importance sans cesse réitérée des droits des usagers et utilisateurs est aisée à "convertir" dans le secteur des soins de santé, notamment en termes de protection des droits des patients, d'aménagement de procédures de réclamation ou de protection des données sanitaires personnelles. Ce bref aperçu des grands principes et concrétisations montre d'emblée que pratiquement toutes les interventions de l'État dans le secteur de la santé peuvent être liées à une exigence particulière "d'intérêt général", telle qu'identifiée dans le domaine des services d'intérêt général.

Mais, comme le suggère d'emblée la nature particulière des soins de santé - qui *"conduit à des exigences très différentes de celles qui s'appliquent aux industries de réseau"* -, les soins de santé sont manifestement plus que cela. Les "principes sous-jacents ou valeurs supplémentaires" laissent présumer que les soins de santé peuvent être qualifiés de "service social d'intérêt général", indépendamment du fait que ce secteur et ses subdivisions soient à considérer comme économiques ou non économiques. Le caractère centré sur la personne des soins de santé est manifeste dans la mesure où ils concernent la vie humaine et le bien-être. De même, la corrélation avec les "éléments de sécurité sociale" va de soi puisque la "maladie" est un des risques traditionnellement assurés par les régimes de protection sociale. Le statut des services sociaux d'intérêt général en tant qu'instrument de mise en œuvre de droits sociaux fondamentaux s'applique pleinement aux soins de santé. Dans l'Union européenne, *"toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union"* (article II-35 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe) et *"l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité [et] la maladie, [...], selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales."* (article II-34 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe). Ces articles qui, de manière inquiétante, précèdent l'article sur l'accès aux services d'intérêt économique général, sont l'émanation de l'aspect des droits fondamentaux dans le secteur de la

santé, tels qu'identifiés également dans les traités internationaux. Pour compléter le tableau, il suffit de rappeler les "principes indiquant le caractère social du service" tels que la solidarité, la justice sociale, la cohésion sociale, le capital social, la non-discrimination, l'empowerment et la participation des utilisateurs. Ces notions ainsi que l'aptitude inhérente des services sociaux à répondre à des lacunes sociétales et des besoins sociaux auxquels les mécanismes de marché ne répondent pas de manière suffisante, accumulent les arguments pour classer le secteur des soins de santé dans la catégorie des services sociaux d'intérêt général.

2. Les services d'intérêt général économique relatifs à la santé

Il ne fait donc aucun doute que le secteur des soins de santé et ses subdivisions sont des services (sociaux) d'intérêt général. Toutefois, ce constat étant davantage de l'ordre d'une "déclaration" à un "niveau de principes généraux" ou un "niveau de valeurs européennes communes", il laisse ouverte la question relative à l'utilité potentielle de l'article 86(2) CE en tant que dérogation de droit communautaire à l'applicabilité des règles communautaires fondamentales au secteur des soins de santé. Cet article est exclusivement applicable aux "services d'intérêt économique général", ce qui conduit inévitablement à s'interroger sur le caractère économique des services concernés. À cet égard, la distinction entre prestation des soins de santé, régime légal d'assurance maladie et régimes de protection volontaire est essentielle. Si l'on se base sur les subdivisions des services d'intérêt général opérées par la Commission dans son Livre vert, il est clair que ces services relatifs à la santé ne peuvent se ranger dans la même catégorie que les "industries de réseau". Un classement de ces services dans les autres catégories ("autres services d'intérêt économique général" et "services non économiques") ne satisfait pas plus. Il serait contraire au statut spécial des soins de santé dans les États membres de caractériser ce secteur comme étant purement économique vu le consensus important, dans l'Union européenne, sur le fait que les soins de santé présentent des caractéristiques auxquelles le marché n'est pas en mesure de répondre avec précision.⁴¹²⁾ D'autre part, qualifier les soins de santé de services purement non économiques ne correspond pas non plus à la réalité puisque, par exemple, la Cour a confirmé à plusieurs reprises que la "prestation des soins de santé" est une activité économique et que dans certains pays (par exemple, aux États-Unis) la gestion de l'assurance maladie de base est, dans une large mesure, laissée à des entreprises privées agissant dans un environnement de marché.⁴¹³⁾

Premièrement, en ce qui concerne la prestation des soins de santé (relation patient-prestataire), la Cour a confirmé à plusieurs reprises qu'il s'agissait d'un service au sens du traité CE. La Cour de justice a examiné cette question relativement tôt et est parvenue à la conclusion, dans l'affaire *Luisi et Carbone* que "les bénéficiaires de soins médicaux sont à considérer comme

des destinataires de services"⁴¹⁴). Dans le cadre d'affaires ultérieures, la Cour n'a par ailleurs laissé aucun doute quant au fait que les activités médicales sont des services au sens du traité CE.⁴¹⁵ Bien sûr, ces activités ont une nature particulière vu qu'elles sont exercées dans les États membres dans le cadre du système national de santé et du régime national de sécurité sociale. Toutefois, selon la jurisprudence établie de la Cour, la nature particulière de certaines prestations de services ne saurait les faire échapper à l'application du traité CE et des libertés fondamentales qui y sont inscrites.⁴¹⁶ Cela signifie que les activités liées à la prestation des soins de santé ne peuvent être exclues de la portée d'action du marché intérieur. En outre, les prestataires d'activités médicales (médecins généralistes, médecins spécialistes, pharmacies, hôpitaux, etc.) ont été considérés par la Cour comme des acteurs économiques et, partant, des entreprises selon les règles de concurrence communautaires.⁴¹⁷ Dans la mesure où la prestation des soins de santé peut être qualifiée de service d'intérêt général et est aussi, indéniablement, un service d'intérêt économique général, il y a certainement un potentiel d'application de l'article 86(2) dans ce domaine. Dans l'affaire *Ambulanz Glöckner*,⁴¹⁸ ce fut le cas pour les prestataires de services de transport de malades, pour lesquels l'article 86(2) a justifié le droit exclusif de fournir des services de transport d'urgence et non urgent de personnes malades ou blessées. Cette exclusivité était en effet nécessaire pour empêcher un "écrémage" par des entreprises privées (qui opteraient pour des services plus rentables de transport non urgent dans les zones urbaines), qui rendrait très difficile l'accomplissement de la mission d'intérêt économique général (c'est-à-dire, la fourniture de tous services de transport en ambulance). Il importe bien sûr de ne pas perdre de vue, notamment pour ce qui concerne les médecins généralistes, l'exigence que, dans le domaine de la prestation des soins de santé, le droit de la concurrence ne s'applique que dans la mesure où la conduite en question est susceptible d'affecter les échanges entre les États membres.

La situation est par contre totalement différente dans le cas de l'assurance maladie "de base" ou "légale", en tant qu'élément des régimes nationaux de sécurité sociale. Depuis l'affaire *Poucet-Pistre*,⁴¹⁹ la Cour a créé une "nouvelle catégorie" de services d'assurance sociale basés sur une affiliation obligatoire, par exemple aux régimes légaux d'assurance maladie. Cette catégorie a été exemptée de l'application du droit de la concurrence parce que les activités reposaient sur le "principe de solidarité" assurant un transfert des richesses entre les membres d'une catégorie de risques donnée ou entre différentes catégories. Le fait que les activités s'intègrent dans des motifs de solidarité implique que les entités qui les exercent ne doivent pas être considérées comme exerçant une activité économique et ne sont donc pas des entreprises au sens du traité CE. Cette ligne de pensée a été réitérée dans les affaires *Garcia*,⁴²⁰ *Cisal*⁴²¹ et *AOK Bundesverband*.⁴²² Elle implique l'impossibilité d'appliquer ici l'article 86(2) vu que l'ensemble des activités

basées sur la solidarité dans le régime légal d'assurance maladie sont exclues de la portée d'action des règles de concurrence et n'ont pas besoin d'être contrées par la dérogation légale applicable à des services d'intérêt économique général.

Cependant, nous avons déjà indiqué que les soins de santé constituent, en principe, une activité économique. Par conséquent, nous rejoignons l'avis de différents auteurs⁴²³ estimant que la Cour a commis une erreur en empêchant l'application des règles de concurrence au domaine entier de l'assurance (maladie) légale et qu'un meilleur résultat aurait été obtenu si la Cour avait reconnu que ces "services d'assurance" constituent en fait une activité économique (la santé est un risque assurable), mais que puisqu'il s'agit de services d'intérêt économique général, l'article 86(2) pourrait s'appliquer lorsque leur fourniture est menacée par l'application des règles du traité. Dans ce raisonnement, l'élément de solidarité est utilisé comme argument pour démontrer le caractère "d'intérêt économique général" de ces activités. L'article 86 (2) pourrait dès lors faire valoir la nécessité de droits spéciaux ou exclusifs, tels que l'affiliation obligatoire, pour maintenir la solidarité dans le système.⁴²⁴ Cet argument a également été développé par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions relatives à l'affaire *AOK Bundesverband*.⁴²⁵ La Cour n'a cependant pas suivi son avis et a simplement appliqué l'interprétation *Poucet-Pistre* de "l'exemption fondée sur la solidarité", en observant toutefois que *"il ne peut être exclu que, hormis leurs fonctions de nature exclusivement sociale dans le cadre de la gestion du système de sécurité sociale allemand, les caisses de maladie et les entités qui les représentent, à savoir les fédérations de caisses, se livrent à des opérations ayant une finalité autre que sociale et qui serait de nature économique. Dans ce cas, les décisions qu'elles seraient amenées à adopter pourraient éventuellement s'analyser comme des décisions d'entreprises ou d'associations d'entreprises"* et ajoutant un raisonnement proche de celui de l'article 86(2). La Cour semble donc suggérer qu'elle ne considérera pas des entités telles que des mutuelles comme ayant une nature particulière et ne leur accordera pas de protection spéciale lorsqu'elles exercent clairement une activité économique correspondant à sa définition d'une entreprise. Ce pourrait être le cas d'entités qui gèrent le régime d'assurance maladie de base et qui s'engagent dans des activités d'assurance maladie volontaire. Ce raisonnement soulève une autre question parallèle. Dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs suggère une future utilité potentielle de l'article 86(2) dans le domaine de l'assurance maladie légale. En effet, à la recherche constante de nouvelles mesures de contrôle des coûts, plusieurs États membres ont déjà introduit et introduiront encore des instruments du marché dans leurs systèmes de soins de santé (cf. les Pays-Bas). Plus le système comportera d'éléments du marché, plus il est probable que ce système sera jugé moins basé sur la solidarité, ce qui laisse présumer une applicabilité des règles de concurrence. En fonction du nombre d'éléments du marché

intégrés dans le régime légal d'assurance maladie, la dérogation prévue à l'article 86(2) pourrait dès lors s'avérer capitale pour préserver les objectifs sociaux et les éléments de solidarité des régimes nationaux d'assurance maladie de base. La façon d'aménager le régime légal d'assurance maladie relèvera évidemment des décisions politiques des États membres auxquels incombe l'organisation de leur système de sécurité sociale.⁴²⁶⁾ Si un État membre décide d'introduire davantage d'éléments de concurrence dans son système, il devra être conscient qu'il s'expose à l'application des règles communautaires de concurrence, et inversement. De cette manière, il est possible de respecter les compétences des États membres.

Cette nécessité de "dérogation pour les services d'intérêt économique général" sera probablement encore plus forte pour les régimes d'assurance maladie volontaire. Dans l'hypothèse où ces régimes seront considérés comme des "activités économiques", par analogie avec les régimes de pension complémentaire déjà examinés par la Cour, il est clair que l'article 86(2) du traité CE jouera un rôle important pour la préservation des objectifs sociaux et de la mission d'intérêt général des régimes de protection sociale volontaire. Les affaires *FFSA*,⁴²⁷⁾ *Albany*,⁴²⁸⁾ *Brentjens*⁴²⁹⁾ et *Drijvende Bokken*⁴³⁰⁾ relatives aux caisses de pension complémentaire mettaient en cause les droits exclusifs de ces caisses. Au chapitre II, nous avons signalé que les objectifs sociaux et les éléments de solidarité introduits dans les régimes complémentaires ne pouvaient empêcher de qualifier leurs activités d'économiques, mais constituaient un élément essentiel pour l'appréciation de l'application de l'article 86(2). La Cour a reconnu que les caisses de pension étaient chargées d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86(2) dont le fonctionnement pouvait être menacé dans l'hypothèse d'une suppression des droits exclusifs concernés. Dans ces affaires également, "l'écroulement" par des entreprises privées concurrentes a été reconnu comme un risque majeur pour la poursuite des objectifs sociaux. Mutatis mutandis, la notion de services d'intérêt économique général pourrait contribuer à trouver un équilibre entre les règles de concurrence et les exigences d'intérêt général (libre affiliation, couverture à vie, taux communautaire, prestations minimales, etc.) dans le domaine de l'assurance maladie volontaire. Comme pour les caisses de pension complémentaire, l'assurance maladie volontaire et le régime de base pourraient être considérés comme indissociables aux fins de couverture du même risque social.⁴³¹⁾ Sur cette base, dès lors que le degré de solidarité du régime est insuffisant pour bénéficier de "l'exception fondée sur la solidarité", l'article 86(2) du traité CE peut apporter le contrepois nécessaire. Si certains services d'assurance maladie volontaire devaient s'ouvrir à la concurrence, les compagnies privées à but lucratif pourraient refuser les mauvais risques et les entités poursuivant un objectif social seraient contraintes de les couvrir, entraînant ainsi pour ces organismes une difficulté de proposer ces services aux bénéficiaires concernés à un prix abordable. La pertinence de la

jurisprudence relative aux pensions complémentaires pour le secteur de l'assurance maladie volontaire est naturellement incertaine.

Dans la mesure où les services relatifs à la santé sont ou ont le potentiel d'être considérés comme des services d'intérêt économique général, l'article 86(2) exige également que les entreprises concernées soient "investies" par le gouvernement d'une mission d'intérêt économique général⁴³²⁾ et que l'application des règles du traité fasse échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de cette mission.⁴³³⁾ "L'investissement" des prestataires de services relatifs à la santé peut vraisemblablement figurer dans les "lois sur l'assurance maladie", "lois nationales sur les professions médicales", "lois sur les hôpitaux" ou "lois sur les pharmacies" pour ce qui concerne les prestataires de soins et dans les "lois sur les caisses de maladie" ou, généralement, dans les "lois sur l'assurance maladie" pour ce qui concerne les organismes d'assurance maladie légale. En ce qui concerne l'assurance maladie volontaire, ce mandat devrait figurer dans la réglementation fixant aux prestataires les limites de ce service, par exemple, dans une "loi sur l'assurance maladie complémentaire". Cette attribution pourrait également découler d'une série d'actions gouvernementales et de documents politiques.⁴³⁴⁾ Dans ce domaine, l'action gouvernementale variant d'un pays à l'autre, l'appréciation devra naturellement se faire au cas par cas. Il est certain que la recherche de cette "loi d'investissement" ne se fera pas toujours sans problème. Dans les affaires *Albany*, *Brentjens* et *Drijvende Bokken*, la Cour, lorsqu'elle a statué sur l'application de l'article 86(2) du traité CE, n'a pas réellement "enquêté" explicitement sur l'attribution d'une mission d'intérêt économique général par l'action du gouvernement. La rigueur de cette exigence devrait par conséquent être replacée dans son contexte étant donné que et la Commission et la Cour l'ont interprété de manière libérale.⁴³⁵⁾ La Cour semble tirer cette conclusion de la fonction sociale évidente et essentielle des régimes de pension. Il y a lieu en outre de démontrer qu'il serait impossible pour l'entreprise d'accomplir la mission particulière dont elle est chargée ou d'accomplir sa mission d'intérêt économique général dans des conditions économiquement acceptables.⁴³⁶⁾ Par contre, l'entité investie de la mission ne doit pas prouver que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de l'exécution d'un service d'intérêt économique général est menacée. Cela signifie que tant que les institutions de santé peuvent accomplir leur mission sans enfreindre le traité, elles sont liées par celui-ci. Dans le cas d'institutions de santé, l'appréciation de performance aux fins d'application de l'article 86(2) devrait dès lors considérer non seulement les aspects financiers, mais aussi les questions de qualité et d'accès des soins de santé. Enfin, cette obstruction au fonctionnement normal du droit communautaire ne peut aller plus loin que ce qui est nécessaire pour préserver l'accomplissement des missions concernées. Cette exigence de proportionnalité suggère qu'il importe de trouver un équilibre entre l'action anticoncurrentielle et la mission d'intérêt

général (c'est-à-dire la santé) et pourrait être la principale cause de désaccords vu qu'elle entraîne un examen plus subjectif de la question de savoir si une mission publique donnée justifie ou non la violation des règles de concurrence. Quoi qu'il en soit, un État membre "n'est pas tenu de démontrer qu'aucune autre mesure imaginable, par définition hypothétique, ne puisse permettre d'assurer l'accomplissement des dites missions dans les mêmes conditions".⁴³⁷⁾ La liberté accordée actuellement par le droit communautaire aux États membres en matière d'organisation de leurs systèmes de sécurité sociale acquiert une importance indéniable lorsqu'il s'agit du secteur des soins de santé. Plus particulièrement, conformément à l'article 152(5) du traité CE, l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux. Cette disposition devrait jeter un éclairage particulier sur l'examen de proportionnalité de l'application de l'article 86(2) en matière de soins de santé.⁴³⁸⁾

3) Conclusions

Le thème des services d'intérêt général a définitivement pris sa place dans l'agenda politique de l'Union européenne, des États membres et des acteurs des secteurs concernés. Ceci ne doit pas être sous-estimé sachant que la Commission européenne a reconnu voici déjà bientôt 10 ans, dans sa première communication sur les services d'intérêt général dans l'Union européenne, que ces services constituent un pilier du modèle européen de société, une déclaration confirmée récemment dans son Livre blanc de 2004. Néanmoins, la notion et le débat sur les services d'intérêt général ont indéniablement évolué, une évolution qui n'est pas terminée et qui ne se terminera probablement jamais vu le lien étroit de ce thème avec l'évolution économique, sociale, politique et culturelle dans les États membres et dans l'UE. La communication de 1996 couvrait déjà la question des "services d'intérêt général", mais s'intéressait surtout aux grandes industries de réseau que sont les services postaux, les services de communication, l'énergie et la radiodiffusion. Si ce lien est toujours présent en 2004, l'approche de la question s'est toutefois élargie en la proclamant responsabilité partagée de l'Union et des États membres, en prônant une proximité vis-à-vis des citoyens, en réitérant les valeurs communes sous-jacentes ainsi que l'importance du contrôle et de l'évaluation de la performance et - peut-être le plus important - en respectant la diversité des services et des situations et en intégrant les services sociaux et de santé dans le document, reconnaissant ainsi leur caractère d'intérêt général. La même évolution est perceptible dans la jurisprudence de la Cour, qui est passée d'une "approche d'obstruction à la concurrence", relativement obtuse, à une "approche de la valeur" des services d'intérêt économique général. Ceci annonce très certainement de

futures possibilités de recours, devant la Cour de justice, à l'article 86(2) comme contrepoids à l'application normale des règles du traité.

Telle était ici la question posée en ce qui concerne le secteur des soins de santé.

Dans quelle mesure la notion de "services (sociaux) d'intérêt (économique) général" fonctionne-t-elle comme contrepoids à la "menace" des règles du marché intérieur et de concurrence pour le domaine des soins de santé et ses subdivisions?

Il fut aisé de conclure que toutes les "activités relatives à la santé" examinées sont effectivement des services d'intérêt général, ce qui ne surprend pas vu que les questions de sécurité sociale, telles que les soins de santé, sont une sorte "d'archétype" ou du moins "d'exemple type" de services d'intérêt général. Cependant, reconnaître le statut spécifique notoire et les caractéristiques spécifiques des soins de santé n'a rien de révolutionnaire ou d'innovant. L'examen de l'utilité juridique pratique de la notion de "services d'intérêt économique général", telle que visée à l'article 86(2) du traité CE, par rapport aux services de santé semble un défi plus intéressant. Cet examen a conduit à la conclusion que toutes les activités du secteur de la santé (prestation des soins de santé, assurance légale et assurance volontaire) peuvent bénéficier de son effet modérateur réel ou potentiel (futur). Les activités du secteur des soins de santé déjà qualifiées de "services économiques selon le droit communautaire" pourraient être rejointes par d'autres catégories de services "protégées" dès lors que l'objectif de contrôle des dépenses conduit à intégrer des éléments de marché dans les systèmes de santé et que l'importance des éléments de solidarité devient trop faible pour échapper à l'action du droit économique européen. C'est pourquoi il est impossible de dresser une liste des "services a priori non économiques": ce qui est aujourd'hui protégé des règles du marché intérieur et de concurrence peut devenir demain une activité économique, en fonction des conceptions changeantes du rôle de l'État et des réorientations politiques des États membres. Dans cette optique, l'importance de l'article 86(2) pour justifier des réglementations nationales visant à préserver la solidarité ou d'autres objectifs sociaux pourrait être majeure et cet article pourrait devenir un élément clé dans la recherche d'un équilibre entre l'application des règles européennes de concurrence et les activités à vocation sociale, une sorte de "troisième voie" aux côtés des exemptions fondées sur les prérogatives de l'État et sur la solidarité. L'approche plus nuancée de la Cour de justice à l'égard des intérêts supérieurs en balance avec les règles du traité CE, est évidemment cruciale pour le secteur des soins de santé. Dès lors qu'une entité exerçant des activités dans le domaine des soins de santé est considérée comme une entreprise selon le droit communautaire, la qualification d'une activité de soins de santé comme mission d'intérêt général sera relativement simple. Par contre, les exigences "d'attribution de cette mission par un acte de l'autorité publique",

"d'obstruction en droit ou en fait" et de proportionnalité pourraient poser davantage de problèmes.

Quoi qu'il en soit, l'Union européenne et les États membres doivent prendre ce rôle clé au sérieux et la première chose à faire serait d'éliminer les problèmes sémantiques ainsi que d'explorer et de définir le statut des soins de santé en qualité de "service d'intérêt général". S'il va de soi que cette étiquette est justifiée, il sera néanmoins beaucoup plus difficile d'évaluer les conséquences tangibles de cette qualification. Une de ces conséquences concrètes pourrait être le réexamen en profondeur de la "proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur" afin de tenir compte de l'importance des services d'intérêt général et du statut spécifique des soins de santé en tant que service d'intérêt général "dont le caractère personnel conduit à des exigences très différentes de celles qui s'appliquent aux industries de réseau" et, parallèlement, de "reconnaître l'intérêt général dans les services sociaux et de santé". La dernière version de la proposition de directive sur les services couvre la question des services d'intérêt général de manière plutôt informelle en ce sens qu'un nouveau considérant relatif au corps de la directive déclare que celle-ci ne vise que les services d'intérêt général qui correspondent à une activité économique et proclame le statu quo en ce qui concerne les services d'intérêt "économique" général: "[La directive] ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les États membres de définir, conformément au droit communautaire, ce qu'ils entendent pas services d'intérêt économique général, la manière dont ces services devraient être organisés et financés et les obligations spécifiques auxquels ils devraient être soumis". Le considérant se termine en précisant que "la présente directive ne porte pas sur le suivi du Livre blanc de la Commission sur les services d'intérêt général". Ayant indéniablement un effet de prime abord rassurant, ces considérations évitent non seulement une analyse plus approfondie du lien entre la directive Services et le Livre blanc sur les services d'intérêt général, mais confirment également - par le biais du statu quo - que rien ne change en ce qui concerne les services d'intérêt (économique) général, ce qui signifie également qu'aucune attention particulière ne sera accordée à leur statut spécifique dans le domaine des services. La directive s'applique donc pleinement aux services d'intérêt économique général, de la même manière qu'elle s'applique aux autres services. On trouve cependant un bon exemple de cette attention particulière au chapitre II de la directive consacré à la "liberté d'établissement des prestataires", et plus précisément dans un considérant relatif au processus d'évaluation mutuelle des exigences. Ce considérant stipule en effet que ce processus "doit tenir pleinement compte de la spécificité des services d'intérêt économique général et des tâches particulières qui leur sont assignées". Il reconnaît également que "celles-ci peuvent justifier certaines restrictions à la liberté d'établissement, notamment lorsqu'elles visent la protection des objectifs en matière de santé publique et de politique sociale". Vu qu'il s'agit d'un simple

considérant portant uniquement sur le chapitre consacré à la liberté d'établissement, il ne remédie pas à l'absence d'un article légalement contraignant sur le statut spécifique des services d'intérêt économique général. Ce manque de considération spéciale devrait à tout le moins être abordé et réexaminé, en laissant, dans le contexte de ce rapport, la teneur ou le contenu précis d'un amendement ouverte à la discussion.

La communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général, y compris les services de santé, est un pas essentiel et devrait être un document très intéressant sur la position de la Commission relative à l'avenir des services de santé et (autres) services sociaux. Elle devrait apporter davantage de clarté et, espérons-le, de sécurité juridique et de transparence sur la relation entre les systèmes de santé et le droit économique européen, à laquelle il est souvent fait référence en termes de "menace des règles du marché intérieur et de concurrence pour les systèmes de santé nationaux". Développer une vision commune des soins de santé en tant que service (social) d'intérêt (économique) général avec 25 pays sera assurément un exercice très difficile (où la méthode ouverte de coordination appliquée aux questions de santé pourrait s'avérer très précieuse). Cela dit, parvenir à une ligne de pensée commune est la finalité et le talent de l'Europe, fût-ce parfois au prix d'une épuisante croisade.

V. Conclusions générales

La compétence de l'Union européenne dans le domaine des soins de santé demeure relativement limitée, ce qui signifie que les États membres ont la faculté de déterminer les caractéristiques et la structure de leur système de santé national. Cependant, l'interférence croissante du droit européen - et notamment des règles relatives au marché intérieur - dans ce domaine ne peut être niée. Cela n'a rien de surprenant dans la mesure où l'on voit aujourd'hui les régimes nationaux de sécurité sociale évoluer vers des systèmes hybrides combinant public et privé. Cette évolution répond à un besoin de responsabilisation des citoyens et d'introduction d'éléments de concurrence, avec pour conséquence, une implication de plus en plus forte du secteur privé. Certes, l'État continue de tirer les ficelles, mais son approche a considérablement changé. En effet, de plus en plus, l'État voit sa mission de garantir à tous les citoyens un droit à la sécurité sociale comme une responsabilité finale, permettant à d'autres acteurs de participer à la gestion du régime de sécurité sociale.

L'objectif du présent rapport était d'analyser la mesure dans laquelle le marché intérieur peut affecter l'accès aux soins de santé.

Dans sa première partie, le rapport s'est penché sur le concept de libre circulation.

Régulation et libre circulation sont généralement difficilement compatibles. Combiner l'accès au marché avec un contrôle réglementaire durable dans un domaine aussi délicat et réglementé que celui de la fourniture des soins de santé - un domaine qui présente en outre des liens étroits avec la sécurité sociale basée sur la territorialité et la solidarité, est en effet une mission difficile.

L'actuel cadre législatif européen relatif à la libre circulation des professionnels de santé n'a rien de remarquable en termes de sécurité juridique. Sans parler du problème des qualifications professionnelles, l'Union européenne se trouve dans une situation où le droit secondaire - par le biais de la directive "Médecins" - impose l'application d'éléments importants, mais néanmoins mal définis, de la législation de l'État membre d'accueil, tandis que, simultanément, la jurisprudence de la Cour relative aux services a évolué vers l'application du principe du pays d'origine "qualifié", sur la base duquel s'applique une reconnaissance mutuelle conditionnelle. Conditionnelle, dans la mesure où l'État membre d'accueil a la capacité d'imposer sa législation non discriminatoire dès lors que et dans la mesure où la législation de l'État membre d'établissement du prestataire de services ne permet pas de sauvegarder un objectif légitime d'intérêt général. Dans le domaine qui nous préoccupe, à savoir, la fourniture de soins de santé, cette appréciation de la proportionnalité, effectuée au cas par cas, semblerait être pratiquée avec moins de rigueur par la Cour, une approche motivée par le

caractère délicat de la réglementation en cause, qui poursuit des objectifs en matière de santé et de politique sociale. Tout en contribuant à préserver les intérêts légitimes des États membres, cette flexibilité rend extrêmement imprédictible le statut juridique des professionnels de santé fournissant des services dans l'État membre d'accueil. Inversement, la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, bien que largement inspirée de la jurisprudence de la Cour, envisage une mise en œuvre pratiquement absolue et inconditionnelle du modèle de l'État d'établissement. Empreint de clarté conceptuelle et - il faut en convenir - prévisible, le principe du pays d'origine tel qu'établi dans la proposition de la Commission suppose indiscutablement ou presque une équivalence européenne sur le plan de la protection de l'intérêt général, équivalence qui, en réalité, n'existe pas et n'est pas instituée par la proposition. Ce faisant, la proposition désavoue l'intérêt légitime des États membres d'imposer leur législation aux professionnels de santé étrangers qui se déplacent sur leur territoire pour fournir des prestations, les forçant ainsi à reconnaître quasi inconditionnellement la législation de l'État membre d'établissement du prestataire. Les dérogations dans ce domaine sont globalement peu abondantes, confuses ou leur utilisation strictement réglementée.

La relation établie entre la proposition de directive sur les services et la future directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles laisse à désirer. La portée de la première et l'étendue de son domaine coordonné sont telles qu'elle englobe manifestement les questions réglementées par la seconde. Bien que des dérogations soient prévues pour remédier aux situations de contradiction manifeste, il serait utile de s'attacher à la coordination de ces deux instruments, de manière à - idéalement - parvenir à un cadre juridique intégré dans lequel la libre circulation des prestataires de santé doit avoir place. Une clarification est indispensable en ce qui concerne la portée de la notion de "dispositions disciplinaires de caractère professionnel ou administratif qui ont un lien direct et spécifique avec les qualifications professionnelles", dispositions auxquelles, en vertu de la future directive relative à reconnaissance des qualifications professionnelles, est soumis le prestataire de services en tout cas dans l'État membre d'accueil et par rapport auxquelles une dérogation au principe du pays d'origine a été incluse dans la proposition de directive sur les services. Cette notion floue, reprise par le Conseil dans sa position commune sur la directive relative à reconnaissance des qualifications professionnelles, délimitera dans une mesure considérable la portée du principe du pays d'origine pour ce qui concerne l'exercice transfrontalier de nombreuses activités professionnelles, dont celles relatives aux soins de santé.

En outre, la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur ne résout pas le problème épineux du lien entre la prestation intracommunautaire de services médicaux et l'incidence des aspects de sécurité sociale. En effet, même si certaines dispositions suggèrent une

lecture "activée" de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la mobilité des patients dans le cadre de l'article 49 CE, la directive ne permet pas de savoir si - et le cas échéant, dans quelles conditions - ces services doivent donner lieu à une intervention financière de l'institution nationale d'assurance maladie dans l'État membre d'accueil. Construisant sur ces arrêts "activés" ainsi que, plus généralement, sur la jurisprudence relative aux services, nous soutenons qu'un prestataire établi dans un État membre où il fournit légalement des services médicaux a le droit de fournir ces services, à titre temporaire et occasionnel, dans l'État membre d'accueil. Dans la mesure où, s'ils avaient été fournis par un prestataire conventionné établi dans l'État membre d'accueil, ces services auraient été pris en charge par l'institution nationale d'assurance maladie, le patient bénéficiaire des soins médicaux dispensés par le médecin étranger, doit, en principe, avoir droit à un remboursement dont le montant ne peut être inférieur au niveau de prise en charge de ces soins lorsqu'ils sont dispensés par un prestataire national conventionné. Nous estimons en outre que le prestataire étranger de services médicaux ne devrait pas pouvoir mettre en cause la législation de l'État membre d'accueil définissant les limites de la couverture soins de santé, c'est-à-dire, les bénéficiaires des régimes de protection sociale des soins de santé, la gamme de soins couverts et l'étendue de leur couverture, et, enfin, les conditions d'octroi des prestations de sécurité sociale.

Les affaires portées devant la Cour de justice dans ce domaine ont ouvert la voie à une deuxième méthode de mise en oeuvre de la mobilité des patients, qui s'ajoute à la procédure aménagée par les règlements communautaires relatifs à la coordination des régimes de sécurité sociale. Après avoir décrit la façon dont la Cour aborde la compatibilité avec le traité de la procédure de mobilité des patients fondée sur le règlement - qui soumet la prise en charge du coût des soins médicaux dispensés dans un autre État membre, selon sa législation, à l'obtention d'une autorisation préalable de l'institution compétente de l'État membre d'affiliation -, nous adoptons une approche normative en soutenant que, s'agissant des soins hospitaliers transfrontaliers, les deux méthodes sont réciproquement complémentaires et qu'il convient autant que possible de fusionner leur application. Par contre, ce raisonnement ne peut être maintenu par rapport aux soins extrahospitaliers transfrontaliers, pour lesquels les exigences d'autorisation préalable constituent des restrictions injustifiées à la libre prestation des services. Poursuivant cette approche normative, nous estimons que l'application de la procédure fondée sur le règlement aux soins extrahospitaliers doit être, sous peine d'être contraire au traité, limitée aux cas où elle offre une certaine valeur ajoutée aux bénéficiaires. À cet égard, il est regrettable que le Conseil n'ait pas saisi l'occasion de l'adoption de la nouvelle réglementation de coordination pour au moins faire référence implicitement à la procédure de mobilité des patients fondée sur le traité, au lieu de donner l'impression que le règlement (CE) n° 883/2004 est la seule

voie offerte aux patients souhaitant recevoir des soins dans un autre État membre à charge financière de l'institution nationale d'assurance maladie. Sans préconiser une incorporation de la jurisprudence de la Cour dans le règlement de coordination - pour diverses raisons, cela ne semble en effet pas souhaitable -, nous pensons que le législateur communautaire devrait tenir compte d'une méthode en réglementant l'autre, comme l'a fait de manière satisfaisante la Commission avec l'article 23 de sa proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, qui vise à codifier la jurisprudence de la Cour. Elle y parvient avec succès, même si l'insécurité relative à certains concepts importants, dont la distinction entre soins hospitaliers et soins extrahospitaliers, n'est toujours pas levée.

Dans une deuxième partie du rapport, nous nous sommes intéressés à la relation difficile entre le droit de la concurrence et les soins de santé. La question fondamentale qui se pose à cet égard est de déterminer si les institutions de sécurité sociale exercent ou non des activités économiques. La Cour a clairement qualifié la prestation de soins de santé de services économique au sens du traité et, pour autant que l'on puisse transposer la jurisprudence relative aux pensions complémentaires dans le domaine de la santé, il en est probablement de même pour l'assurance maladie volontaire. Par contre, la Cour de justice a créé une situation d'imbroglio par rapport à la question de savoir si la gestion de l'assurance maladie légale dans le cadre des régimes nationaux de sécurité sociale est à considérer ou non comme une activité économique. La Cour a exclu les institutions régissant ces régimes de la notion "d'entreprise exerçant une activité économique" au motif que leur activité repose sur le principe de solidarité. Ceci soulève la question cruciale des critères à satisfaire par un système d'assurance pour être considérée comme un "système de sécurité sociale" lui permettant d'échapper à la pleine application des règles du marché intérieur. Le problème est que la jurisprudence de la Cour est loin d'être claire à cet égard. S'il est certes compréhensible que le concept européen de sécurité sociale diffère du concept national, il est cependant singulier que la Cour apporte des réponses différentes à la question importante de la définition de la sécurité sociale, le plus souvent en fonction de l'instrument européen mis en cause.

Ainsi, en vertu de la troisième directive assurance non-vie, l'exécution du système par des compagnies d'assurance privées opérant à leurs propres risques exclut la possibilité de considérer ce système comme un système de sécurité sociale. Toutefois, son exécution par des entreprises n'opérant pas à leurs propres risques n'implique pas automatiquement la qualification de système de sécurité sociale. Quant à la pertinence de la qualification de sécurité sociale au titre du règlement n°1408/71, celle-ci est tantôt considérée comme sans pertinence aucune, tantôt, au contraire, utilisée comme argument indicateur d'un système de sécurité sociale.

En outre, dans une affaire récente où le régime d'assurance de base examiné présentait un nombre important d'éléments de marché, la Cour a clairement exprimé sa volonté, pour ce qui concerne les régimes de protection sociale de base, d'aller loin dans cette politique d'immunité fondée sur la solidarité. La question politique cruciale est donc de déterminer à quel moment le degré de solidarité d'un régime donné ne sera plus suffisant pour échapper à l'application du droit économique européen. Autrement dit, à partir de quel moment les réformes introduites dans les différents modèles européens de systèmes de santé et tendant vers un modèle davantage axé sur le marché entraînent-elles l'application du droit de la concurrence? Certains types de solidarité (solidarité de revenu, solidarité d'inclusion, solidarité du risque, solidarité intergénérationnelle et solidarité entre les régimes) sont-ils plus déterminants que d'autres dans le résultat de cet exercice de pesage et, si oui, lesquels? Par exemple, la solidarité intergénérationnelle ne concerne pas l'assurance maladie. Tout cela ne contribue pas à une sécurité juridique.

Jusqu'où la Cour peut-elle aller à cet égard sans compromettre sa propre autorité?

Les différentes affaires portées devant la Cour ont montré que des objectifs sociaux peuvent être introduits pour se préserver de la pleine application des règles de concurrence et ce, dans le secteur privé également.

Alors que les deux premiers chapitres démontrent sans ambiguïté qu'on ne peut établir de politique nationale de santé en ignorant le droit économique européen, le troisième chapitre analyse précisément une notion du droit communautaire susceptible de servir de protection ou de contrepoids à cette influence croissante des règles de marché, souvent jugées mal adaptées à un secteur aussi sensible et centré sur la personne que celui des soins de santé. La praticabilité de ce concept doit être envisagée d'abord à un niveau conceptuel plus large, sous le dénominateur des "services d'intérêt général" dont traite un récent Livre blanc de la Commission. Mais sur un plan strictement juridique, seule la notion de "services d'intérêt économique général", telle qu'elle apparaît dans le traité, peut être utilisée comme dérogation aux dispositions du droit communautaire visant indirectement "l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux dans les États membres". Laissant de côté la confusion sémantique autour de l'expression et le rapport historique de la notion avec les industries de réseau (électricité, télécommunications, services postaux,...), force est d'admettre que la notion de services d'intérêt général - en tant que services dont la fourniture aux citoyens est jugée essentielle dans une société donnée et dès lors subordonnée à un certain nombre de valeurs communes et d'exigences spécifiques - convient parfaitement aux soins de santé. En tant que secteur fortement centré sur la personne, les soins de santé sont à considérer comme un "service social d'intérêt général", ce qui les soumet à des exigences supplémentaires. Bref, les soins de santé font de toute évidence partie de ce "pilier du modèle européen de société".

Cependant, le droit communautaire ne contient aucune disposition juridiquement contraignante sur les "services d'intérêt général". En effet, le traité CE ne connaît que la sous-notion de "services d'intérêt économique général" énoncée à l'article 86(2) CE, qui vise les services "économiques". Comme nous l'avons vu, en matière de soins de santé, une telle qualification pose problème, surtout lorsqu'il est question des régimes d'assurance maladie de base où la nécessaire sécurité juridique fait défaut. Faut-il continuer à régler cette question au cas par cas? Dans cette hypothèse, toute la difficulté sera de trouver la réponse à la question du rôle que peut - ou doit - jouer l'article 86(2) CE après l'échec de l'argumentation de la solidarité et la qualification de service économique. Il faudra également déterminer si cette disposition est apte à constituer la base d'un nouveau type de "règle de raison", soutenue et renforcée par le statut spécial conféré aux services d'intérêt économique général par l'article 16 CE et la future Constitution. La jurisprudence relative à l'article 86(2) doit-elle être considérée comme la voie à choisir en premier pour atténuer les effets indésirables que peut avoir le droit économique européen sur la politique de santé? Ou faut-il définitivement régler la question dans le cadre d'une future législation primaire ou secondaire, au risque d'introduire de la rigidité dans une notion dynamique? Le traité doit-il aménager une clause générale de dérogation pour la sécurité sociale et, le cas échéant, quelle définition donner à la notion de "sécurité sociale"? Faut-il plutôt trouver une réponse par le biais d'une législation dérivée? Peut-on imaginer un consensus sur un cadre législatif européen relatif aux normes applicables aux soins de santé considérés comme un service d'intérêt économique général - un cadre dans lequel des valeurs communes seraient établies et, partant, où des protections juridiques de principes tels que la solidarité, l'égalité, l'accessibilité, l'accessibilité tarifaire, etc..., deviendraient partie intégrante du droit communautaire? Cela conduirait-il à la reconnaissance de l'assurance maladie de base en tant que service d'intérêt économique général et réduirait-il le flou qui réside autour du contexte réglementaire des institutions gestionnaires de ces régimes? Exprimer ce type de considérations peut paraître vain, mais au vu des manifestations de l'insécurité juridique concernant la relation entre politiques nationales de santé et politiques communautaires relatives au marché intérieur et à la concurrence, il paraît hautement souhaitable que ces questions soient résolues dans le cadre des politiques de la Communauté. À défaut, les pouvoirs législatifs de la Communauté se condamnent probablement à devoir suivre tant bien que mal les solutions ponctuelles apportées par le judiciaire.

D'une manière ou d'une autre, que la strate essentielle de protection se situe dans l'article 86(2) CE ou dans un futur acte législatif, nous soutenons que l'assurance maladie de base peut elle aussi être qualifiée d'activité économique sans que lui soient ôtées les bases fondamentales de solidarité sur lesquelles elle repose. Le résultat final ne sera sans doute pas très

différent de la situation actuelle, mais les institutions gestionnaires des systèmes de santé évolueront au moins dans une situation de plus grande sécurité juridique. En effet, leurs activités seraient considérées comme une activité économique, à laquelle s'applique en principe le droit de la concurrence, mais pour laquelle des protections claires (sur la base de l'article 86(2) CE, d'une future législation primaire ou dérivée) peuvent être aménagées afin de préserver les principes fondamentaux sur lesquels reposent la plupart des régimes de protection sociale. Une telle évolution serait naturellement aussi extrêmement bénéfique en termes de cohérence de la jurisprudence de la Cour concernant la portée du droit européen de la concurrence.



VI. Notes

- 1) *Art. 152 of the EU Treaty and II-94 and 95 of the Charter of Fundamental rights; see also article I-17 of the EU-Convention that states that the Union shall have competence to carry out "supporting co-ordinating or complementary actions" in the field of the protection and improvement of human health.*
- 2) *FERRERA, M., "European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?", Working Paper CIIP-3, June 1 2003; http://ies.berkeley.edu/pubs/workingpapers/CIIP-3-Changing_Boundaries_New_Structuring.pdf, see also JORENS, Y., "Towards a European Social Model in an enlarged Europe" in JORENS, Y. (ed.), *European Social policy*, Bristol, Policy Press, to be published.*
- 3) *Conclusion Advocate General Tesauro under ECJ, Cases C-120/95, Decker ECR [1998] I-1831 and C- 158/96, Kohll, ECR [1998] I-1931, par. 22.*
- 4) *In a certain way, the concept of Common market is broader than the concept of internal market. While the internal market is dealing with the free movement of goods, persons, services and capital, common market can be described as "a market in which every participant within the Community is free to invest, produce, work, buy and sell, to supply or obtain services under conditions of competition which have not been artificially distorted wherever economic conditions are most favourable". (KAPTEYN, P.J.G. and VERLOREN VAN THEMAAT, P., "Introduction to the law of the European Communities: from Maastricht to Amsterdam", London, Kluwer law international, 1998). Common market is therefore also dealing with competition law.*
- 5) *Not all elements related to the Common market can be discussed here. The fact that pharmaceuticals and medical devices constitute goods for the purposes of Article 28 ECT and therefore are freely saleable throughout the Community, will not be treated here. This legislation is predominantly concerned with market access through harmonisation and centralised authorisation procedures [Directive 2001/83/EC and Regulation (EC) No 726/2004].*
- 6) *JORENS, Y., "The right to health care across borders", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, 120.*
- 7) *The directives relate to the mutual recognition of health care professionals' diplomas. As regards private health insurance, see Directive 1992/49/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance.*
- 8) *See COUCHEIR, M., "The legal framework in relation to patient mobility", paper prepared in the framework of the European 6th Framework Programme, Europe for patients.*
- 9) *VANDENBROUCKE, F., "Forword" in MOSSIALOS, E. and McKEE, M., *EU Law and the Social character of Health Care*, Bruxelles, Peter lang, 2002, 15.*

- 10) *KESSLER, F., "L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le fonctionnement des régimes de protection sociale : un bilan à partir du cas français", TSR/RDS, 1997, 250-251 ; see also JORENS, Y., "The rights of the European citizen, balancing equity with choice", "presented at 7th European Health care Forum, Gastein, Creating a Better Future for Health in Europe, Global Health Challenges, European approaches and responsibility, 6 to 9 October 2004.*
- 11) *Roughly, as the many formal and informal levels of decision-making with relation to health care matters make it very hard to assess the structure and relevance of various activities.*
- 12) *ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931; ECJ, Case C-120/95, Decker [1998] E.C.R. I-1831; ECJ, Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363; ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473; ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509; ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published) and ECJ, Case C-8/02, Leichtle [2004] (not yet published).*
- 13) *Recommendation 92/442/EEC of the Council of 27 July 1992 on the convergence of social protection objectives and policies, OJ L 245/49 of 26 August 1992.*
- 14) *Resolution on the Commission report to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on "Social Protection in Europe 1997", A4-0099/99.*
- 15) *Presidency Conclusions - Lisbon European Council Meeting of 23 and 24 March 2000, see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm*
- 16) *European Commission Broad Economic Policy Guidelines 1999, http://europa.eu.int/comm/economy_finance/publications/european_economy/1999/ee_gopeannex1999_en.pdf*
- 17) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "The future of health care and care for the elderly: guaranteeing accessibility, quality and financial viability", COM(2001) 723 final.*
- 18) *Presidency Conclusions - Barcelona European Council Meeting of 15 and 16 March 2002 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/71025.pdf*
- 19) *See http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_protection_committee/index_en.htm*
- 20) *Council Decision 2000/436/EC of 29 June 2000 setting up a Social Protection Committee OJ L 172/26 of 12 July 2000.*
- 21) *See http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/emco_en.htm*
- 22) *See http://europa.eu.int/comm/economy_finance/epc/epc_en.htm*
- 23) *Presidency Conclusions - Göteborg European Council Meeting of 15 and 16 June 2001 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en1.pdf*

- 24) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "The future of health care and care for the elderly: guaranteeing accessibility, quality and financial viability", COM(2001) 723 final.*
- 25) *Presidency Conclusions - Barcelona European Council Meeting of 15 and 16 March 2002 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/71025.pdf*
- 26) *See http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_protection/docs/questionnaire1_en.pdf*
- 27) *See http://www.cc.cec/sg_vista/cgi-bin/repository/getdoc.cgi?full_file_name=CONS_PDF_CS_2003_07166_1_EN.pdf*
- 28) *Presidency Conclusions - Brussels European Council Meeting of 20 and 21 March 2003 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/75136.pdf*
- 29) *See <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/ce038/ce03820040212en02690277.pdf>*
- 30) *The High Level Group on Health Services and Medical Care is a Group instituted in the health area to facilitate cooperation among the Member States on health services and medical care, see Draft Commission Decision setting up a High Level Group on Health Services and Medical Care, C(2004) 1501 of 16/04/2004.*
- 31) *See <http://www.ose.be/health/default.htm>*
- 32) *See http://europa.eu.int/comm/health/ph_information/implement/wp/systems/docs/ev_20040325_rd01_en.pdf*
- 33) *Communication from the Commission - Follow up to the high level reflection process on patient mobility and health care developments in the European Union, Brussels, 20 April 2004, COM(2004) 301 final.*
- 34) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - e-Health - making healthcare better for European citizens: An action plan for a European e-Health area, Brussels, 30 April 2004, COM(2004) 356.*
- 35) *Proposal for a Directive of the Council and the European Parliament on services in the internal market, Brussels, 5 March 2004, COM(2004) 2.*
- 36) *Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems OJ L 166/1 of 30 April 2004.*
- 37) *See http://europa.eu.int/comm/health/ph_overview/health_forum/health_forum_en.htm*
- 38) *See http://europa.eu.int/comm/health/ph_overview/health_forum/open_forum_en.htm*

- 39) *The current wording of this provision results from a restrictive amendment adopted in the aftermath of the Pierik cases, in which the Court of Justice had granted patients a nearly unrestricted right to obtain health care in another Member State at the expense of their social security institution. See Case C-117/77 Pierik I [1978] ECR 825 and Case C-182/87 Pierik II [1979] ECR 1977.*
- 40) *Case C-158/96 Kohll [1998] ECR 1931.*
- 41) *ECJ, Case C-157/99 Geraets-Smits and Peerbooms [2001] ECR 5473; Case C-385/99 Müller-Fauré and Van Riet [2003] ECR 4509.*
- 42) *In this paper, the terms "hospital care", "intramural care" and "inpatient care" will be used as synonyms.*
- 43) *Consider the Court's divergent approach in examining the grounds for justification in respect of the two types of care. Concerning extramural care, the Court refers to concrete elements (linguistic and geographical barriers, the fact that outpatient care is generally provided near the place the patient resides) to minimize the financial impact of patient mobility. Although these arguments hold true also in relation to intramural care, they are not mentioned in the paragraphs concerning intramural care. There, the relationship between free movement of services and hospital care is treated in an abstract manner: hospital care is expensive and its financing could suffer if patients were to move freely abroad. The Court does not examine the likeliness of this "freely moving" actually occurring. According to VAN DE GRONDEN and MORTELMANS, an explanation for this different approach can be found in the word "risk", figuring in the rule of reason exemption "the risk of seriously undermining the financial balance of the social security system". In this regard, two different risks can be identified. There is the risk related to the functioning of the health care system in the event of large "health care movements" and there is the risk of large numbers of patients making use of the possibility to obtain health care in another Member State. The first risk is more abstract whilst the second is rather concrete. It is plausible that the ECJ, in the case of intramural care, appraises the abstract risk more seriously; problems stemming from a disruption of precious and vital hospital care may be far more difficult to resolve than problems in the provision of outpatient care. Because of these "abstract intramural problems", the Court did not proceed with its investigation. For extramural care, on the contrary, the Court did dare to go into the concrete consequences, but these were found not to justify the restrictive national rules at issue: see J. W. VAN DE GRONDEN and K.J.M. MORTELMANS, annotation Case C-385/99 Müller-Fauré and Van Riet [2003], Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht 2003, 276.*
- 44) *These judgments will henceforth be referred to as "the health care cases".*
- 45) *ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931, par. 26.*
- 46) *ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931, par. 27.*
- 47) *ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] not yet published.*
- 48) *Opinion ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published), par. 27-33.*

- 49) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 21-22. See also ECJ, Case C-368/98, *Vanbraekel* [2001] ECR 5363, par. 32.
- 50) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 23.
- 51) PALM, W., NICKLESS, J., LEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", *General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 137*; JORENS, Y., "Impact van de meest recente rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake de invloed van de regelen inzake interne markt op de nationale gezondheidssystemen, met name de arresten die werden geveld na december 2001: de zaken Müller-Fauré-Van Riet, *Inizan* and *Leichtle*", *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid, 2004, 392*. Contra: V. HATZOPOULOS, "Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments in of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms*", *Common Market Law Review, 2002, 703*, who contends that Article 22 of the Regulation is a *lex specialis* in relation to the Treaty rules and that it should be applied by preference when the relevant conditions are met.
- 52) Amply criticised in doctrine, see inter alia KESSLER, F., and LHERNOULD, J.-P., "L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation de services", *Droit Social 2002, 751*; CABRAL, P., "Cross-border medical care in the European Union - bringing down a first wall", *European Law Review, 1999, 393*.
- 53) Cf. CABRAL, P., "The internal market and the right to cross-border medical care", *European Law Review, 2004, 679*. See also FOUBERT, P., "Vrije medische dienstverlening in de rechtspraak van het Hof van Justitie", annotation ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003], *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht, 2003, 394*.
- 54) CABRAL, P., "Cross-border medical care in the European Union - bringing down a first wall", *European Law Review, 1999, 393*.
- 55) PALM, W., NICKLESS, J., DEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", *General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 135*. See also DOUGAN, M. and SPAVENTA, E., who refer to what is happening as a consequence of the direct effect of Article 18 ECT, which has been interpreted as expanding rather than challenge the residency directives, and find a connection with the matter under discussion. The same *modus operandi* applies: Community secondary legislation is re-interpreted according to the demands of primary law: "Educating Rudy and the non-English Patient: a Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC", *European Law Review, 2003, 704-705*.
- 56) ECJ, Case C-90/92, *Dr Tretter* [1993] ECR 3596, par. 11; ECJ, Case C-61/94, *Commission v. Germany* [1996] ECR 3989, par. 52.

- 57) VAN RAEPENBUSCH, S., "La libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur", annotation Cases C-120/95 Decker [1998] and C-158/96 Kohll [1998], *Cahiers de droit européen* 1998, 689-690. This author refers to ECJ, Case C-1/85 Miethé [1986] (ECR 1837), in which the Court construed Article 71 (1) (a) of Regulation 1408/71 imperatively, stating that "a wholly unemployed frontier worker who comes within the scope of that provision may claim benefits only from the Member State in which he resides even though he fulfils the conditions for entitlement to benefits laid down by the legislation of the Member State in which he was last employed" (operative part of the judgment, emphasis added) (see also par. 11).
- 58) ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published), par. 21.
- 59) On the understanding that the competent institution, in that case, is never obliged to grant the authorisation.
- 60) DAVIES, G., "Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré", *Modern Law Review*, 2004, 101.
- 61) Opinion ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published), par. 30 (present author's translation).
- 62) ECJ, Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363.
- 63) To be precise, authorisation had been initially refused but that refusal had later been reversed. However, the ECJ treated this judicial authorisation a posteriori as a proper authorisation within the meaning of Article 22 (1) (c) of Regulation 1408/71.
- 64) Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363, par. 37.
- 65) Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363, par. 38 e.s.
- 66) It is to be recalled that the requirement of prior authorisation for the reimbursement of the costs of extramural care incurred in another Member State, constitutes an unjustified restriction to the free provision of services.
- 67) By foreign providers, we mean providers established in another Member State than that of the patient's affiliation, irrespective of their (Community) nationality. The term "domestic providers" will be used to indicate providers established in the Member State of affiliation of the patient.
- 68) Cf. Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363, par. 45.
- 69) One could object that a well-informed patient wishing to obtain extramural care in another Member State will make use of the Regulation-based method, and thus apply for authorization, only when this procedure proves more beneficial to his situation. However, that is not the issue here. The fact of the matter is that if a Community citizen appeals to an imperative legal provision of secondary legislation, he may find the rights conferred upon him directly by the Treaty being infringed.
- 70) CORNELISSEN, R., "The principle of territoriality and the Community Regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)", *Common Market Law Review*, 1996, 464.

- 71) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 43 and 45. Cf. ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 103 as well as Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003] ECR 4509, par. 89.
- 72) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 46. Cf. ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 104 as well as Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003] ECR 4509, par. 90.
- 73) Official Journal L 166 of 30 April 2004. On this Regulation, see PIGEON, C., "Reforms in the coordination of social security systems for people who move within the European Union", Oslo, 21-23 April 2004, International Social Security Association, 12 p.
- 74) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 48. Cf. ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 90 as well as Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003] ECR 4509, par. 85. See also ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published) par. 49.
- 75) In actual fact, these requirements reflect "a general principle of Community law which underlies the constitutional traditions common to the Member States" and which has been "enshrined in Articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms": ECJ, Case C-222/86, *Heylens* [1987] ECR 4097, par. 14.
- 76) See footnote 78.
- 77) As mentioned *supra*, the Articles on the free provision of services cannot be relied upon to obtain treatment in another Member State at the expense of the institution of the Member State of affiliation where that treatment is not among the benefits covered by the legislation of that Member State.
- 78) Admittedly, the fusion between the two methods can never be perfect. For one thing under the former method, patients have a freer choice as to the foreign institution in which they wish to be treated.
- 79) It can be questioned whether the circumstance that the patient under the Regulation-based method does not have to prepay the treatment suffices to make up such value added. The same can be said in respect of more beneficial conditions for the granting of treatments.
- 80) Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 2.
- 81) Explanatory note from the Commission services, annexed to Document No 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004.
- 82) Annexed to Document No 5161/05 of the Council, Brussels, 10 January 2005.
- 83) The initial Commission proposal provides that "Member States shall ensure that authorisation for assumption by their social security system of the cost of hospital care provided in another Member State is not refused where the treatment in question is among the benefits provided for by the legislation of the Member State of affiliation and where such

*treatment cannot be given to the patient within a time frame which is medically acceptable in the light of the patient's current state of health and the probable course of the illness". This phrase largely corresponds to Article 20 of Regulation (EC) No 883/2004. The textual difference between the terms "medically acceptable" and "medically justifiable", figuring in the new Regulation, is most probably immaterial. Note however the peculiar disappearance, in both instruments, of the reference to the patient's medical history, to be found in the Court's case law. Instead, the legislative instruments contain a relegation to the "probable course" of the patient's illness. See PALM, W., "La Cour de Justice européenne et la mobilité des patients: un nouveau pas franchi", *Revue Médicale de l'Assurance Maladie*, 2003, 179.*

- 84) *Pursuant to the current text of the Draft services directive, the conditions on which benefits are granted will always be determined by the legislation of the Member State of treatment, even if application of the legislation of the Member State of affiliation would be more advantageous to the patient in this particular regard.*
- 85) *Accordingly, in the present author's view, it would be erroneous to say that the Commission has extended the Vanbraekel case law to extramural care, as some commentators do. See e.g. GEKIERE, W., "Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions on the draft Services Directive and its impact on national services regulations", Research Report commissioned by A. VAN LANCKER (MEP), Leuven, 24 September 2004, 29.*
- 86) *Para. 107: "[...] nothing precludes a competent Member State with a benefits in kind system from fixing the amounts of reimbursement which patients who have received care in another Member State can claim, provided that those amounts are based on objective, non-discriminatory and transparent criteria.*
- 87) *GEKIERE, W., "Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions on the draft Services Directive and its impact on national services regulations", Research Report commissioned by A. VAN LANCKER (MEP), Leuven, 24 September 2004, 29; Association Internationale de la Mutualité (AIM), Position Paper on the Proposal for a Directive on services in the internal market, Nice, 11 October 2004, 5.*
- 88) *GEKIERE, W., "Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions on the draft Services Directive and its impact on national services regulations", Research Report commissioned by A. VAN LANCKER (MEP), Leuven, 24 September 2004, 29; Association Internationale de la Mutualité (AIM), Position Paper on the Proposal for a Directive on services in the internal market, Nice, 11 October 2004, 5.*
- 89) *Cf. the explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 9.*
- 90) *E.g. JORENS, Y., note under ECJ, Case C-56/01, Inizan, Rev.dr.San., 2004, ... See also Umbrella Organisations representing the German Social Security System, "Joint Position Paper of the on the Proposal for a Directive on services in the internal market", Brussels, April 2004, 4.*

- 91) *DRIJBER, B.J., "De bezems van Bolkestein", Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht, 2004, 119.*
- 92) *Case C-385/99 Müller-Fauré and Van Riet [2003] ECR 4509, par. 75.*
- 93) *FLEAR, M., "annotation ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré and Van Riet [2003]", Common Market Law Review, 2004, 223 e.s.*
- 94) *Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 5. See also the definition proposed by the Dutch Centrale Raad van Beroep, according to which a treatment can only be classed as intramural when, according to international medical standards, it comprises a stay in the hospital of at least one night: ECJ, Case 97/10642, ZFW Van Riet [2004]. Consider also the definition proposed by the Standing Committee of European Doctors (CPME) in its Position Paper on the Proposal for a Directive on services in the internal market (CPME 2004/148 Final, Göteborg, 12 November 2004): "medical care under the supervision and responsibility of medical doctor(s) and provided in specific facilities where medical surveillance is available 24h/day and which normally requires accommodation in the facility".*
- 95) *Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 5.*
- 96) *FLEAR, M., "annotation ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré and Van Riet [2003]", Common Market Law Review, 2004, 224.*
- 97) *DAVIES, G., "Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré", Modern Law Review, 2004, 103.*
- 98) *Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 5. See also VAN DER STEEN, I., "Vergoeding van extramurale zorg in een andere lidstaat: geen ziekenfondstoestemming vooraf?", Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2003, 277; Umbrella Organisations representing the German Social Security System, Joint Position Paper of the on the Proposal for a Directive on services in the internal market, Brussels, April 2004, 3.*
- 99) *DAVIES, G., "Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré", Modern Law Review, 2004, 103.*
- 100) *College voor Zorgverzekeringen, Tweede aanvullende circulaire inzake arrest Müller-Fauré en Van Riet n.a.v. uitspraken Centrale Raad van Beroep d.d. 18 juni 2004, Circular No 04/45, Diemen, 1 September 2004.*
- 101) *Article 20 of Regulation (EC) No 883/2004.*
- 102) *Position of the European Parliament adopted at first reading on 3 September 2003 with a view to the adoption of European Parliament and Council Regulation (EC) No .../2003 on coordination of social security systems, Official Journal C 76 E of 25 March 2004, 190.*
- 103) *European Commission, Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on coordination of social security systems, Brussels, 9 October 2003, COM(2003) 596 final, 4.*

- 104) *Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251(2) of the EC Treaty concerning the common position of the Council on the adoption of a Regulation of the European Parliament and the Council on the coordination of social security systems, COM(2004) 44 final, Brussels, 27 January 2004, 5.*
- 105) *Brussels, 14 January 2003, Document No 15577/03 ADD 1.*
- 106) *The Member State where the services are provided will be referred to as the host Member State. The term "home Member State" or "Member State of establishment" will be used to indicate the Member State in which the service provider is established.*
- 107) *BAETEN, R., "The proposal for a Directive on services in the Internal Market applied to Healthcare Services", Paper presented for the public hearing in the European Parliament, 11 November 2004, 2.*
- 108) *Official Journal L 165 of 7 July 1993.*
- 109) *In early 2002, the Commission published a Proposal for a Directive on the recognition of professional qualifications [COM(2002)119 final]. Following the first reading of the Proposal by the European Parliament, an amended Proposal was adopted by the Commission [COM(2004)317 final], on the basis of which a political agreement was reached by the Council on 18 May 2004. This political agreement has been incorporated in the Common Position. The European Parliament must complete the second reading three months - and at most four months - from the date of the common position (Article 251 ECT).*
- 110) *ECJ, Case C-294/00, Gräbner [2002] ECR 6515.*
- 111) *"[The service provider] shall provide services with the same rights and obligations as the nationals of the host Member State; in particular, he shall be subject to the rules of conduct [dispositions disciplinaires] of a professional or administrative nature which apply in that Member State".*
- 112) *Brussels, 21 December 2004, Doc No 13781/2/04 REV 2 ADD 1, 6.*
- 113) *"The guarantee conferred by this Directive on persons having acquired their professional qualifications in a Member State to have access to the same profession and pursue it in another Member State with the same rights as nationals is without prejudice to compliance by the migrant professional with any nondiscriminatory conditions of pursuit which might be laid down by the latter Member State, provided that these are objectively justified and proportionate" (emphasis added).*
- 114) *ECJ, Case C-232/99, Commission v. Spain [2002] ECR 4235, par. 52.*
- 115) *If the draft Directive on services in the internal market were to become law, it would become the frame of reference for the free provision of services - including medical services - as its coordinated field extends to "any requirement applicable to access to service activities or to the exercise thereof": Article 4, 9° of the Proposal (not revised).*
- 116) *SPAVENTA, E., "From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European constitution", Common Market Law Review, 2004, 748.*

- 117) *The situation is entirely different for the beneficiaries of the free movement of workers and the right of establishment. Unlike service providers, these persons enter into a much closer relation with the host Member State and cease - for most purposes - to be regulated by their home Member State. Hence, if for providers of services, national treatment by the host Member State might entail duplications of conditions already fulfilled, for the migrant workers (employed or self-employed), it simply makes sure that they comply with the conditions of some State. See HATZOPOULOS, V., "annotation ECJ, Case C-250/95, Futura Participations [1997]", *Common Market Law Review*, 1998, 504.*
- 118) ECJ, Case C-279/80, Webb [1981] ECR 3305, par. 16.
- 119) ECJ, Case C-76/90, Säger [1991] ECR 4221. Amply confirmed in subsequent rulings, e.g. ECJ, Case C-390/99, Canal Satélite Digital [2002] ECR 607.
- 120) HATZOPOULOS, V., "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 192-193. Note however that some authors approach the imposition of double regulatory burdens on service providers as a matter of indirect discrimination.
- 121) ECJ, Case C-76/90, Säger [1991] ECR 4221, par. 13.
- 122) ECJ, Case C-76/90, Säger [1991] ECR 4221, par. 12.
- 123) DANIELE, L., "Non-discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons", *European Law Review*, 1997, 195-196.
- 124) HATZOPOULOS, V., "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 192-193.
- 125) DANIELE, L., "Non-discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons", *European Law Review*, 1997, 196.
- 126) HATZOPOULOS, V., "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 167, 197 and 315 e.s.
- 127) Hence, rather than being a creation of the Community legislature, the country of origin principle stems from the Court's interpretation of the fundamental freedoms contained in the ECT. However, it is not laid down by the Treaty, and the Community legislature can depart from it, cf. ECJ, Case C-233/94, Germany v. European Parliament and Council [1997] ECR 2405, par. 64.
- 128) ECJ, Cases C-286/82, Luisi and Carbone [1984] ECR 377.
- 129) ECJ, Case C-159/90, Grogan [1991] ECR 4685.
- 130) This relationship is a non-economic one. This can be inferred from a series of cases on the applicability of the competition rules to bodies governing statutory social security schemes. On these cases, see further part II of the present report.
- 131) ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 58.

- 132) ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 55 and ECJ, Case C-385/99, *Müller-Fauré / Van Riet* [2003] E.C.R. I-4509, par. 39.
- 133) Indeed, proving that the financial balance of the health care system is at risk of being seriously undermined will be a virtually insurmountable task, given the overall approach that must be adopted in relation to the consequences of the freedom to provide health-related services: *Müller-Fauré and Van Riet*, par. 74; A.P. VAN DER MEI, "Cross-border Access to Medical Care: Non-Hospital Care and Waiting Lists, *Legal Issues of Economic Integration* 2004, 66.
- 134) FLEAR, M., "annotation ECJ, Case C-385/99, *Müller-Fauré and Van Riet* [2003]", *Common Market Law Review*, 2004, 229-230.
- 135) FERRERA, M., "European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?" Working Paper CIIP-3, Institute of European Studies, Comparative Immigration and Integration Program, 2003, 19. See also *Müller-Fauré and Van Riet*, par. 94.
- 136) NICKLESS, J., "Smits/Peerbooms: Clarification of Kohll and Decker?", *Eurohealth* 2001 (Vol. 7 No 4), 7-10; PALM, W., NICKLESS, J., LEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 126 e.s.; DE CORTAZAR, C.G., "Kohll and Decker, or That is Somebody Else's Problem. The Challenge facing Spain", *European Journal of Health Law*, 1999, 398-399. See also DAVIES, G., "Welfare as a service", *Legal Issues of Economic Integration* 2002, 35 e.s.; and SPAVENTA, E., "Public Services and European Law: Looking for Boundaries", in BELL, J., DASHWOOD, A., SPENCER, J. and WARD, A. (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Volume 5, 2002-2003, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2004, 284 e.s. SPAVENTA submits that, the relevant relationship being that between the patients and the funds, the patients were relying on the duties the funds bore towards them - duties which cannot be defined as arising from an economic relationship. She contends that it is only when national law recognises a right to be treated outside the pre-organised structure that Article 49 ECT should become of relevance. She acknowledges that this interpretation is not entirely consistent with the Court's rulings.
- 137) Indeed, *Geraets-Smits and Peerbooms* did not exclude the possibility that the authorisation requirement for non-hospital care could be justified when applied within the framework of contract systems such as the one existing in the Netherlands: PALM, W., , "La Cour de Justice européenne et la mobilité des patients: un nouveau pas franchi", *Revue Médicale de l'Assurance Maladie*, 2003, 178; VAN DE GRONDEN, W., and MORTELMANS, K.J.M., annotation Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003], *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2003, 273. See in particular its par. 81. *Müller-Fauré and Van Riet* made abundantly clear that is the aspect of hospital planning which is decisive in this regard.

- 138) *Comp. KIEFFE, R R., "Quelques réflexions sur la nature des prestations hospitalières au Luxembourg et sur la justification de l'autorisation préalable pour les transferts à l'étranger", Bulletin luxembourgeois des questions sociales, 2001, 10 e.s.*
- 139) *ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 66.*
- 140) *ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 67. See also ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 43.*
- 141) *This holds true in particular for the Luxembourg system, under which authorisation to practice medicine cannot be detached from accession to the collective agreement with the Union des Caisses de Maladie (UCM).*
- 142) *The Austrian example is sometimes cited - mistakenly, in our view - as an example of a potentially Euro-compatible solution. Under that system, health care provided by non-contracted providers is reimbursed up to 80% of the rate applicable to contracted providers. For the reasons mentioned above, we do not believe that application of this level of cover to the services of foreign providers would be consistent with the Treaty. For one thing, what about Member States that do not cover health care provided by non-contracted providers, such as Luxembourg? To be sure, for not to annihilate patient mobility, these Member States ought to establish a tariff. But which one? Why would 80% be acceptable and 35%, for the sake of argument, not? What would refrain Member States from laying down reimbursement tariffs which are altogether negligible, such as the French tarif d'autorité?*
- 143) *Cf. PALM, W., NICKLESS, J., LEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 125 e.s.*
- 144) *Discussions were held, at the end of which it was decided to maintain the compulsory contracting system but to comply with certain subsidiary demands of the medical and dentist profession, cf. the Act of 22 July 2003, Mém.A. 2003, 2257.*
- 145) *See the argument submitted by the Dutch government and sickness fund in ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 49.*
- 146) *Reverse discrimination is not a target of Community law. See in this regard HATZOPOULOS, V., who writes on the perspective of a non-discriminatory assessment of conditions relating to the pursuit of an economic activity under Articles 39 and 43 EC: "[...] s'il est de jurisprudence constante de la Cour que le droit communautaire ne vise pas les discriminations à rebours, il est aussi juridiquement intenable et politiquement impensable que de prétendre que des dispositions du traité aussi fondamentales que les Articles 39 ou 43 UE, incitent et même obligent les Etats à discriminer à l'encontre de leurs propres ressortissants: si la discrimination à rebours est tolérée en tant qu'effet indésirable de l'intégration des marchés, elle ne peut pas pour autant être érigée en moyen pour la réalisation de cette intégration": ("Le principe*

communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 184.)

- 147) *Proving that the financial balance of the health care system is at risk of being seriously undermined will be a virtually insurmountable task, given the overall approach that must be adopted in relation to the consequences of the freedom to provide health-related services: ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 74; VAN DER MEI, A.P., "Cross-border Access to Medical Care: Non-Hospital Care and Waiting Lists, Legal Issues of Economic Integration, 2004, 66.*
- 148) *See also par. 91 of ECJ, Case C-496/01, Commission v. France [2004] not yet published, stating that French legislation prohibiting sickness funds from reimbursing the costs of bio-medical analyses carried out in another Member State "de facto precludes laboratories established in another Member State from being able to provide services to insured persons established in France".*
- 149) *We believe that this serves to illustrate the relativity of the distinction between conditions relating to the exercise of an economic activity and those relating to access thereto. Indeed, the former may very well bar market access. See V. HATZOPOULOS, "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 135 footnote 257, referring to ECJ, Case C-246/80, Broekmeulen [1981] 2311. See also ECJ, Case C-442/02, CaixaBank France [2004] not yet published.*
- 150) *This view is negated nor supported by the provisions of Article 18 of the Doctor's Directive and Article 6 (b) of the Proposal for a Directive on the recognition of professional qualifications, calling for an exemption of foreign medical service providers from registration with a public social security body for the purpose of settling accounts relating to medical services with an insurance body. As mentioned supra, the Court has held in respect of the former Article that it does not seek "to eliminate all obstacles that might exist in the Member States relating to the reimbursement of the cost of medical services by an insurance body to which the doctor established in another Member State does not belong" (ECJ, Case C-232/99, Commission v. Spain [2002] ECR 4235, par. 52). Nevertheless, it could be argued that, whereas the Community legislature has deemed the mere registration with a public social security body an unreasonable obstacle to the free provision of temporary services, this would apply a fortiori in respect of a requirement to enter into agreements with a health insurance institution. On the other hand, the aforementioned provisions differentiate between insurance bodies and public social security bodies; only with the latter can there be no requirement to register. This would mean a contrario that the Doctor's Directive does not preclude registration with an insurance body as a condition for reimbursement of the cost of treatment. See the Opinion of Advocate General STIX-HACKL in Commission v. Spain, par. 98 e.s.*

- 151) Indeed, Articles 49 e.s. ECT do not affect Member States' power to determine the range of providers "internally". For instance, the Treaty Articles on the free provision of services do not preclude Member States from not reimbursing the costs of services provided by domestic non-contracted providers or from reimbursing them at a lower level than those incurred with domestic contracted providers.
- 152) See ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 98, 100 and 106.
- 153) Cf. ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 83-99.
- 154) See e.g. ECJ, Case C-96/85, Commission v. France [1986] ECR 1475, declaring incompatible with Article 49 ECT French legislation requiring doctors and dental practitioners established in another Member State to cancel their enrolment or registration in that other Member State in order to be able to practise their profession in France.
- 155) See however recital 8 on the Common Position relating to the envisaged Directive on the recognition of professional qualifications.
- 156) Some contend that an obligation to observe the host Member State's tariffs stems from Article 17 of the Doctor's Directive and Articles 5 (3) and (6) (a) of the Common Position relating to the envisaged Directive on the recognition of professional qualifications: See e.g. the working document on the Proposal for a Directive on services in the internal market ("defensive points") of the Luxembourg Ministère de l'Economie et du Commerce Extérieur, 28 and 42. In our view, it is highly questionable whether such an obligation can be inferred from "automatic temporary registration with" or "pro forma membership of a professional organisation or body", so as to facilitate the application of the host Member State's "disciplinary provisions of a professional or administrative nature which are directly linked to professional qualifications".
- 157) See e.g. ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931, par. 50-51.
- 158) See e.g. ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 72.
- 159) ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 99 e.s.
- 160) E.g. Joined Cases C-369/96 and C-376/96, Arblade [1999] ECR 8453, par. 34. Consider also par. 31 of this ruling, where the Court held that "[t]he fact that national rules are categorised as public-order legislation does not mean that they are exempt from compliance with the provisions of the Treaty".
- 161) In practice, the examination of the subjective and concrete proportionality is nested in the abstract proportionality test of the restrictive rule, see V. HATZOPOULOS, "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 167, 197 and 315 e.s.

- 162) BARNARD, C., "Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?", *European Law Review* 2001, 57; SPAVENTA, E., "From Gebhard to Carpenter: Towards a (Non-)Economic European Constitution", *Common Market Law Review*, 2004, 763-764. See also O'LEARY, S. and FERNANDEZMARTIN, J.M., stating that "where a service is of a sensitive nature and regulation of it involves moral, ethical or social policy considerations, the obligation of determining the proportionality of national restrictive measures has either been left to national courts with little or no guidance, or left to the Member States themselves": "Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services", in ANDENAS, M., and ROTH, W.-H., (eds.), "Services and Free Movement in EU Law", Oxford, Oxford University Press, 2002, 188. G. DE BURCA lists a number of factors which can usefully be kept in mind when examining the extent to which the ECJ subjects a national measure to review, *inter alia*, whether the measure relates to a nationally sensitive or ideologically contentious matter; whether it involves a complex political objective; whether there is no European-wide or internationally agreed standard; or whether, if a measure were found disproportionate, it would impose a considerable financial burden on the Member State": "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law* 1993, 111, cited in O'LEARY, S. and FERNANDEZ-MARTIN, J.M., "Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services", in ANDENAS, M., and ROTH, W.-H., (eds.), "Services and Free Movement in EU Law", Oxford, Oxford University Press, 2002, 190-191.
- 163) ECJ, Case C-294/00, *Gräbner* [2002] ECR 6515.
- 164) ECJ, Case C-61/89, *Bouchoucha* [1990] ECR 3551 and, post-*Gebhard*, ECJ, Case C-108/96, *Mac Quen* [2001] ECR 837.
- 165) ECJ, Case C-294/00, *Gräbner* [2002] ECR 6515, par. 43.
- 166) ECJ, Case C-294/00, *Gräbner* [2002] ECR 6515, par. 46-50.
- 167) In that regard, the status of the foreign medical service provider in the Member State of establishment may be relevant. Indeed, the host Member State may find it more difficult to impose its rules on foreign doctors who are contracted in the home Member State, as opposed to foreign doctors who are not. More generally, one can wonder whether Article 49 ECT can be relied upon by a private doctor, whose services do not give rise to a financial intervention of the health insurance scheme of the home Member State, to claim assumption by the health insurance scheme of the host Member State of the cost of the services he provides in that State. The health care cases do not seem to lend support for an answer in the negative.
- 168) Revised version.
- 169) Article 16 § 1.
- 170) Article 4, 9° and recital 21.
- 171) Article 16, § 2.
- 172) To foster trust in the country of origin principle, mutual assistance procedures between the Member States are provided for in the Draft services directive (Articles 35-37), in addition to provisions on the quality

of services (Articles 26-33) and accompanying measures to encourage self-regulation by the providers (Article 39).

173) This addition does not appear in the initial Commission Proposal.

174) Recital 47a does not occur in the initial Commission Proposal.

175) B.J. DRIJBER, "De bezems van Bolkestein", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004., 118.

176) See B.J. DRIJBER, "De bezems van Bolkestein", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004, 118", who states that Article 16 § 3, read in conjunction with Articles 19 jo. 37, may fall foul of the Treaty.

177) Cf. *supra* and § 35 of the Opinion of Advocate General Kokott in Case C-189/03 *Commission v. the Netherlands* [2004], not yet published.

178) B.J. DRIJBER, "De bezems van Bolkestein", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004.

179) Cf. K. ARMSTRONG, "Mutual Recognition", in C. BARNARD and J. SCOTT (eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 228-230, borrowing from P. MADURO's models of market integration.

180) *Ibid.*, 229-230.

181) One can wonder whether the temporary provision of cross-border medical services should at all be encouraged. Many health services indeed require an establishment in the Member State where the service is provided (cf. recital 47a of the revised Proposal) and the temporary and occasional nature of the health care provided seems at odds with the present trend towards integrated care and care programmes.

182) Cf. FEIDER, J.-M. et al., "L'assurance dépendance", *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, 1999, 126.

183) Assisting the dependent person in tasks of a domestic nature, in personal hygiene, nutrition, mobility etc.

184) Pursuant to Article 1 of the Act of 8 September 1998 (*loi du 8 septembre 1998, réglant les relations entre l'état et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique*, *Mém.A.* 1998, 1600).

185) E.g. *règlement grand-ducal du 8 décembre 1999 concernant l'agrément à accorder aux gestionnaires de services pour personnes âgées*, *Mém.A.* 1999, 2622).

186) Article 393 of the Social Insurance Code (*Codes des Assurances Sociales*).

187) Using either a geographic, an age-based or a pathology-based criterion.

188) ECJ, Case C-70/95, *Sodemare* [1997] ECR 3395, par. 24 (implicitly).

189) ECJ, Case C-131/01, *Commission v. Italy* [2003] ECR 1659, par. 23.

190) ECJ, Case C-55/94, *Gebhard* [1995] ECR 4165, par. 25-27.

191) ECJ, Case C-215/01, *Schnitzer* [2003] not yet published, par. 30-31; ECJ, Case C-171/02, *Commission v. Portugal* [2004] not yet published, par. 26.

- 192) Cf. par. 33 of the Opinion of Advocate General Léger in ECJ, Case C-131/01, *Commission v. Italy* [2003] ECR 1659.
- 193) Cf. ECJ, Case C-33/74, *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299; ECJ, Case C-205/84, *Commission v. Germany* [1986] ECR 3755. See also W.-H. ROTH, "The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?", in M. ANDENAS and W.-H. ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 20.
- 194) Cf. J. MOTA CAMPOS, cited in par. 22 of the Opinion of Advocate General Mischo in ECJ, Case C-215/01, *Schnitzer* [2003] not yet published.
- 195) Workforce shortages constitute indeed a problem with which aid and care networks are faced, see IGSS (*Inspection générale de la sécurité sociale*), *Rapport sur le système des soins de santé et des soins de longue durée*, 11 September 2002, 9-10, http://europa.eu.int/comm/employment_social/socprot/healthcare/lux_healthreply_fr.pdf
- 196) On the understanding that market access in casu implies that the dependent person should not be put at a disadvantage for the sole reason of having applied to the services of a foreign provider, in particular in respect of the level of coverage: see *supra* and ECJ, Case C-496/01, *Commission v. France* [2004] not yet published, par. 91.
- 197) ECJ, Case C-70/95, *Sodemare* [1997] ECR 3395, par. 28-29 and 33.
- 198) ECJ, Case C-70/95, *Sodemare* [1997] ECR 3395, par. 34.
- 199) V. HATZOPOULOS, "Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments in of the ECJ, in Vanbraekel and Peerbooms", *Common Market Law Review*, 2002, 721.
- 200) However, the national measure at issue may well have been indirectly discriminatory, as argued by Advocate General Fennelly. Moreover, it was clearly liable to act as a hindrance to market access.
- 201) In any case, a *prima facie* exception, based on social solidarity, to the application of the common market rules, such as the Court has implemented in cases where claimants challenged the exclusive rights granted to bodies governing statutory social security schemes, does not seem warranted in relation to the mobility of providers of social and health care. See COUCHEIR, M., "Gezondheidszorgverstrekking als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en (semi-)territorialiteit", forthcoming in *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2005.
- 202) *Ministère de la Sécurité Sociale, Aperçu sur la législation de la sécurité sociale*, Luxembourg, 2003.
- 203) IGSS, *Rapport sur le système des soins de santé et des soins de longue durée*, 11 September 2002, 18, http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/healthcare/lux_healthreply_fr.pdf
- 204) E.g. ECJ, Case C-58/98, *Corsten* [2000] ECR 7919, par. 35.

- 205) V. HATZOPOULOS, "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 71. See also GAVIES, G., "Nationality Discrimination in the European Internal Market", The Hague, Kluwer Law International, 2003, 41 e.s., who writes that "[t]ypically, national rules have a purpose, but they do not express it directly, instead translating it into specific requirements [...] Obviously, in doing so they entrench one particular way of achieving the end they desire, at the expense of excluding others" (at 50).
- 206) ECJ, Case, C-496/01 *Commission v. France* [2004] not yet published, par. 70.
- 207) Cf. ECJ, Case, C-496/01 *Commission v. France* [2004] not yet published, par. 71.
- 208) Apparently, such an obligation does not ensue from Luxembourg legislation.
- 209) E.g. ECJ, Case C-439/99, *Commission v. Italy* [2002] ECR 305, par. 30.
- 210) Comp. ECJ, Case C-351/90, *Commission v. Luxembourg* [1992] ECR 3945, par. 20 e.s.
- 211) In any case, the foreign provider of home aid services will have be established near the Luxembourg borders.
- 212) Articles 354 e.s. of the Code des Assurances Sociales.
- 213) J.-M. FEIDER et al., "L'assurance dépendance", *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, 1999.
- 214) JORENS, Y., "Preface, Open Method of Co-ordination, objectives of European health care policy", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, p. 5.
- 215) See Abrahamson, P., Report written in the framework of "Special" (Social Protection in SS Europe. Convergence ? Integration, Accession and the free movement of Labour), financed under the European Fifth Framework Programme and co-ordinated by Ghent University (Belgium), in which academics out of 24 European countries were involved.
- 216) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 21.
- 217) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 28.
- 218) See MAARSE, H., and PAULUS, A., "Has solidarity survived ? A comparative analysis of the effect of social health insurance reform in former European countries", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 28, 4, 2003, 59.
- 219) See MAARSE, H., and PAULUS, A., "Has solidarity survived ? A comparative analysis of the effect of social health insurance reform in former European countries", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 28, 4, 2003, 596-597.
- 220) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 30.
- 221) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 12 and MOSSIALOS, E., and McKEE, M., *EU law and the social character of health care*, Brussels, Peter Lang, 2002, p. 27 and following.

- 222) *It is precisely the obligatory inclusion of wide categories of citizens that allows the institution to affirm itself as a powerful redistributive machine, capable of affecting the life chances of millions. Compulsory membership gives a solid institutional and financial foundation to national social policy as a key tool for redistribution. Obligatory inclusion means that risks could be shared across wide populations, with three big advantages: a less costly protection per insured, the possibility of charging 'contributions' (i.e. flat rate or proportional payments) rather than 'premiums' (i.e. payments differentiated on the basis of individual risk profiles, as in policies offered by private companies) and the possibility of granting special treatment (e.g. lower or credited contributions, or minimum benefits) to categories of disadvantaged members; see FERRERA, M., "European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?", Working Paper CIIP-3, June 1 2003; http://ies.berkeley.edu/pubs/workingpapers/CIIP-3-Changing_Boundaries_New_Structuring.pdf and JORENS, Y., "The rights of the European citizen, balancing equity with choice", "presented at 7th European Health care Forum, Gastein, Creating a Better Future for Health in Europe, Global Health Challenges, European approaches and responsibility, 6 to 9 October 2004.*
- 223) DUPEYROUX, J.J, "Brèves observations, en marge" *Droit Social* 1993, p 494.
- 224) *The expression public undertaking means any business over which a public authority may exercise, directly or indirectly, a dominant influence by virtue of its ownership thereof, a financial participation therein, or the articles or other rules that govern the business operations (see Directive nr. 2000/52/EC on the transparency of financial relations between member states and public undertakings, OJ, L 193/75).*
- 225) ECJ, Case 41/90, Höfner, [1991], ECR , I-1979, par. 21 and RITTER, L. and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 963.
- 226) CFI, Case T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94. Shell, [1992], ECR II-757, par. 311.
- 227) *See in particular ECJ Case -41/90, Höfner, [1991], ECR , I-1979, par. 21, ECJ Joined Cases C-159/91 and C-160/91, Poucet and Pistre [1993] ECR I-637, par. 17, ECJ Case C-244/94 FFSA [1995] ECR I94 4013, par. 14 ; ECJ, Case 219/97 , Bokken, [1999], ECR, 6121, par. 67; ECJ, C-115/97 to 117/97, Brentjens, [1999], ECR, 6025, par. 77; ECJ, Case C-67/96, Albany, [1999], ECR, 5751, par. 77.*
- 228) ECJ Case -41/90, Höfner, [1991], ECR , I-1979.
- 229) *Conclusions advocate general Jacobs under ECJ , Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01, AOK.*
- 230) ECJ, Cases C-180/98 to 184/98 , Pavlov, [2000], ECR, 6451, par.66-67 and 82.
- 231) *As such pension funds may be undertakings, even if they are not profit making (ECJ, September 21, 1999, Albany, [1999], ECR I-5751, par. 77-87.*

- 232) WINTERSTEIN, A. "Nailing the Jellyfish" *Social Security and Competition Law*", ECLR, 1999, 3-7.
- 233) *Conclusions advocate general Mayras under ECJ, Case 2/74, Reyners, [1974], ECR, 631.*
- 234) "Taken as a whole, Eurocontrol's activities, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, are connected with the exercise of powers relating to the control and supervision of air space which are typically those of a public authority. They are not of an economic nature justifying the application of the Treaty rules of competition" ECJ, case C-364/92, *Sat Eurocontrol*, [1994], ECR, 43, 30 see also ECJ, case 343/95, *Porto di Genova*, [1997], ECR 1547, 22.
- 235) WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", ECLR, 1999, 326-327.
- 236) ECJ, Case 118/85, *Commission vs Italy*, [1987] ECR 2599, par. 7.
- 237) CFI, Case 82/01 P, *Aéroports de paris*, Dec 2000, [2000], ECR II-3929, par. 112 ; A distinction must be drawn between, on the one hand, ADP's purely administrative activities, in particular supervisory activities, and, on the other hand, the management and operation of the Paris airports, which are remunerated by commercial fees which vary according to turnover.
- 238) ECJ, Case -41/90, *Höfner*, [1991], ECR, I-1979 and ECJ, case 258/98, *Carra*, [2000], ECR, 4217.
- 239) RITTER, L. and BRAUN, W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 953.
- 240) ECJ, Case BNIC Case (30 jan. 1985), ECR 391, ro 16 and 17.
- 241) ECJ, Case, 35/99, *Arduino*, [2002], ECR, I-1529, 39.
- 242) See e.g. ECJ, Cases 209-213/84, *Asjes*, [1986], ECR, 1425.
- 243) ECJ, *Joined cases 188 to 190/80, Transparency Directive I*, [1982], 2545, ECR, par. 21.
- 244) RITTER, L. and BRAUN, W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 961.
- 245) ECJ, Case 475/99, *Ambulanz Glöckner*, 2001, [ECR], 8089, par. 23.
- 246) ECJ, Case 320/91, *Corbeau*, [1993], ECR I-2533, par. 16-17.
- 247) VAN DE GRONDEN, J.W., *Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer, Kluwer, 2004, 38.
- 248) ECJ, Cases C-180/98 to 184/98, *Pavlov*, [2000], ECR, 6451, par. 118 and ECJ, Case C-218/00, *Cisal*, [2001], ECR, I-691, par. 37.
- 249) Solidarity can take the form of (1) an extension of the scope of a risk group; (2) risk solidarity; (3) income solidarity; (4) intergenerational solidarity and (5) inter-scheme solidarity. WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", E.C.L.R. 1999, 328 and BOSCO, A., "Vers une remise en cause des systemes nationaux de protection sociale?", *Observations sur la jurisprudence récente de la*

Cour de Justice, page 6, See <http://www.notre-europe.asso.fr/IMG/pdf/Probl7-en.pdf>

- 250) ECJ, cases 159/91 and 160/91, *Poucet and Pistre*, [1993], ECR, I-637.
- 251) ECJ, cases 159/91 and 160/91, *Poucet and Pistre*, [1993], ECR, I-637, par. 9-12.
- 252) *Conclusions advocate general Jacobs under ECJ, Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK.
- 253) MOSSIALOS, E. and McKEE, M, "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 168.
- 254) CFI, Case T-319/99, *Fenin*, [2003], ECR, 357, 39.
- 255) ECJ, Case C-218/00, *Cisal*, [2001], ECR, I-691.
- 256) See already KESSLER, F., "L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le fonctionnement des régimes de protection sociale : un bilan à partir du cas français", TSR/RDS, 1997, 268.
- 257) CFI, case T-106/95, *FFSA*, [1997], ECR, II-229, par. 21.
- 258) ECJ, Case C-67/96, *Albany*, [1999], ECR, 5751, 86 95.
- 259) ECJ, Case 219/97, *Bokken*, [1999], ECR, 6121, par. 77; ECJ, C-115/97 to 117/97, *Brentjens*, [1999], ECR, 6025, par. 87; ECJ, cases C-180/98 to C-184/98, *Pavlov* 2000, [6541], par. 82 and CFI, case T-106/95, *FFSA*, [1997], ECR, II-229. *FFSA*, 20.
- 260) *Conclusions advocate general Jacobs under ECJ, Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK.
- 261) Not at least because the cases refer to the "pay as you go" element, example of an inter-generational solidarity, which by definition almost excludes the existence of an economic activity. This is however unknown in health care schemes.
- 262) ECJ, *Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK, 16 March 2004, par. 57.
- 263) SLOT, P.J., "Applying the competition rules in the health care sector", *E.C.L.R.*, 2003, 586.
- 264) BELHAJ, S. and VAN DE GRONDEN, J.W., "Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector ? (AOK-case)", *ECLR*, 2004, 11, 684.
- 265) ECJ, *Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK, 16 March 2004, par. 58.
- 266) See also LHERNOUD, J.PH., "La fixation du taux du remboursement des médicaments est-elle contraire aux règles du droit de la concurrence ?" note sous CJCE, 16 mars 2004, AOK, RJS, 2004, nr. 6, 441.
- 267) See also BELHAJ, S. and VAN DE GRONDEN, J.W., "Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector ? (AOK-case)", *ECLR*, 2004, 11, 686.
- 268) See further concluding remarks and chapter IV.

- 269) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., *EU Law and the Social character of Health Care*, Bruxelles, Peter lang, 2002, 170.
- 270) KARL, B., "Competition law and health care systems", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, 69.
- 271) See also ECJ, Case 155/73, *Sacchi*, [1974], ECR, 409, 14: *Nothing in the treaty prevents member states, for considerations of public interest, of a non-economic nature, from removing radio and television transmissions, including cable transmissions, from the field of competition by conferring on one or more establishments an exclusive right to conduct them. However, for the performance of their tasks these establishments remain subject to the prohibitions against discrimination and, to the extent that this performance comprises activities of an economic nature, fall under the provisions referred to in article 86 relating to public undertakings and undertakings to which member states grant special or exclusive rights.*
- 272) CFI, Case T-319/99, *Fenin*, [2003], ECR, 357, 36-37.
- 273) See also WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", *ECLR*, 1999, 332.
- 274) VAN DE GRONDEN, W., and MORTELMANS, K.J.M., "Is de inkoper van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?", *Ars Aequi*, 2003, p. 469.
- 275) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 997.
- 276) ECJ, *Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73, Suiker Unie*, [1975] ECR, 1663.
- 277) CFI, Case T-77/92, *Parker Pen*, [1994], ECR, II-549, par. 29-34.
- 278) ECJ, Case C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511, par. 38.
- 279) ECJ, Case 309/99, *Wouters*, [2002], ECR, 1577, par. 97.
- 280) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 234.
- 281) VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 45.
- 282) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 384-385.
- 283) ECJ, Case 85/76, *Hoffmann La Roche*, [1979], ECR 461, par. 38-39.
- 284) CFI, case T-228/97, *Irish sugar*, [1999], ECR-II, 2969, 70. *In the Hoffmann la Roche case the Court accepted a very high market share of 75% or more as evidence of a dominant position without being further investigation necessary. Strong evidence of a dominant position is provided by market shares between 40 and 55 % but this must be confirmed by data on the relative market shares of competitors and other evidence of competitive conditions on the market and the firms own structure, resources and conduct. Market shares varying between 20 and 50% with a competitor accounting to 30% needs additional factors in*

order to be able to admit the existence of a dominant position. A firm with a market share below 25% is unlikely to have a dominant position, see recital no. 32 to regulation 139/2004 on merger control.

- 285) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 175.
- 286) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 179.
- 287) Decision 99/416, DC of 22 July 1999.
- 288) Court of Appeal Brussels, 25th of January 2005, AR N. 2003/MR/14: *Elements of solidarity were the uniform amount of the benefits, independent from the contributions paid, the composition of the family as well as the personal risk for the insured. See also Belgian Court of Arbitration Case N. 23/92 (2 April 1992).*
- 289) ECJ, Case C-280/00, Altmark, [2003] ECR, 7747, par. 75.
- 290) ECJ, Case C-280/00, Altmark, [2003] ECR, 7747, par. 84.
- 291) ECJ, Case 53/00, Ferring, [2003] ECR, I-9076.
- 292) CFI, Case , French Post Office, [1997], ECR II-229.
- 293) ECJ, Case C 301/87, France v. Commission, [1990], ECR, I-307.
- 294) ECJ, Case 39/94, La Poste, [1996], ECR-3547, par. 58.
- 295) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 185.
- 296) VAN VEEN, E.B. and HAMILTON, G.J., "De zorgverzekeringwet in Europees(rechtelijk) perspectief", Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 2005, 93.
- 297) ECJ, Case C-280/00, Altmark, [2003] ECR, 7747, par. 87.
- 298) ECJ, Case 492/99, French Republic, [2002], 4397, par. 70-71.
- 299) See CFI, Case T-106/95, FFSA, [1997] ECR II-229: *A measure by which the public authorities grant to a public undertaking a tax concession which, although not involving a transfer of State resources, places the recipient in a more favourable financial situation than that of other taxpayers, constitutes State aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty.; CFI , case T-46/97 SIC, [2000] ECR-II-2125: The fact that a financial advantage is granted to an undertaking by the public authorities in order to offset the cost of public service obligations which that undertaking is claimed to have assumed has no bearing on the classification of that measure as aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty, although that aspect may be taken into account when considering whether the aid in question is compatible with the common market under Article 90(2) of the Treaty).*
- 300) ECJ, Case 53/00, Ferring, [2003] ECR, I-9067, 33: *"provided that the tax on direct sales imposed on pharmaceutical laboratories corresponds to the additional costs actually incurred by wholesale distributors in discharging their public service obligations, not assessing wholesale distributors to the tax may be regarded as compensation for the services*

they provide and hence not State aid within the meaning of Article 92 of the Treaty.

- 301) ECJ, Case C-280/00, *Altmark*, [2003] ECR, 7747, 2003, C-280/00, par. 95.
- 302) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", *The Hague, Kluwer Law International*, 2004, 1010; see also KARPENSCHIF, M., "Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public?" *Petites affiches*, 2004, n° 64, 4 -14)
- 303) PALM, W., "Voluntary Health Insurance and the EU Insurance Directives", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, pp 195 ff.
- 304) MOSSIALOS, E., and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter lang, 2002, 147.
- 305) OJ L. 228, 11 August 1992, 1-23.
- 306) PALM, W., "Voluntary Health Insurance and the EU Insurance Directives", in McKEE, M. MOSSIALOS, E., and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, p. 209.
- 307) Article 2, §2 of the third non-life insurance directive, referring to Article 2, 1d, the first non-life insurance directive 73/239.
- 308) ECJ, Case C-238/94, *Garcia*, [1996], ECR I-1673.
- 309) ECJ, Case C-355/00, *Freskot*, [2003], ECR, I-5263.
- 310) PALM, W., "Voluntary Health Insurance and the EU Insurance Directives", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, pp. 211.
- 311) ECJ, Case C-206/99, *Commission vs Belgium*, [2000], ECR 2000, I-3509.
- 312) See also VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EGrecht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 21.
- 313) VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 22.
- 314) "Which is in breach of the principle of specialisation of insurance companies, requiring that the commercial and philanthropic activities pursued by mutual societies should not be managed by the same legal entity" ECJ, Case C-239/98, *Commission vs France*, [1999], ECR I-8935.
- 315) HOUDIJK, J.C.A., "Zorg en mededinging: meer marktwerking, meer mededingingsrecht", NTER, 2004, 188.
- 316) ECJ, Case- 59/01, *Commission vs Italy*, [2003], ECR, 1759. I-8935, par. 29.
- 317) ECJ, Case C-346/02, *Commission vs Luxembourg*, not yet published and ECJ, Case C-347/02, *Commission vs France*, not yet published.

- 318) VAN VEEN, E.B. and HAMILTON, G.J., "De zorgverzekeringswet in Europees(rechtelijk) perspectief", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2005, 91.
- 319) See EU-consideration 23 of this directive
- 320) See EU-consideration 24 of this directive.
- 321) VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 30-31 and Letter from EU Commissioner Bolkestein to Dutch Minister of Public Health Mr. Hoogervorst, 25 November 2003, CAB/PvB/D(03)0848.
- 322) European Commission, Interpretative Communication, "Freedom to Provide Services and the General Good in the Insurance Sector", C(1999)-5046, 2 February 2000.
- 323) ARROWSMITH, S., "An assessment of the new legislative package on public procurement", *C.M.L.R.*, 2004, 41, 1278.
- 324) The Public Procurement regime includes the Public Supplies Directive 93/36/EEC, OJ L 1999/8/1993 as amended by Directive 97/52/EC OJ L 328 28/11/1997; the Public Works Directive 93/37/EEC OJ L 199, 9/8/1993 as amended by Directive 97/52/EC OJ L 328 28/11/1997; the Utilities Directives 93/38/EEC OJ L 199 9/8/1993 as amended by Directive 98/4/EC OJ L 101 1/4/1998; the Public Services Directive 92/50/EEC, OJ L 209 24/7/1992 as last amended by Directive 97/52/EC OJ L 328, 28/11/1997; the Remedies Utilities Directive 92/13/EEC OJ L 076 23/03/1992; the Public Remedies Directive 89/665/EEC OJ L 395, 30/12/1989. The Public Procurement Directives have been recently amended by Directive 2004/18, OJ L 134 30/4/2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts and Directive 2004/17, OJ L 134 30/4/2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport, and postal services sectors.
- 325) BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 92.
- 326) Article 1 §2, Directive 92/50 and 93/37.
- 327) BOVIS, C., "Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets", *C.M.L.R.*, 2002, 39, 1038.
- 328) ECJ, Case 31/87, *Beentjes*, ECR [1988], 4635, par. 11.
- 329) In the case *Beentjes* the body concerned depended in particular on the authorities for the appointment of its members, its obligations and operations were subject of observants by the state and the measures and the financing of the public works contracts. In other cases (see e.g. ECJ, Case 306/97, *Teorante* ECR [1988], I-8565) the Court pointed out that even an indirect control by the state is sufficient. In particular, a minister had power to give instructions to the entity requiring to comply with state policy, as well as there was financial and management control, although there was no provisions expressly to the effect that state control is to extend specifically to the awarding of public supplied contracts.

- 330)BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 94.
- 331)BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 82 .
- 332)BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 82-83.
- 333)See eg. ECJ, Cases C-223/99 and C-260/99, *Agora*, [2001], ECR I-3605, par. 34.
- 334)BOVIS, C., "Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets", *C.M.L.R.*, 2002, 39, 1044.
- 335)ECJ, Case C-360/96, *BFI*, [1998], ECR I-6821, par. 47-49.
- 336)See eg. ECJ, Cases C-223/99 and C-260/99, *Agora*, [2001], ECR I-3605 par. 43.
- 337)ECJ, Case C-44/96, *Mannesmann*, [1998], ECR I-73, par. 25-26; see also ECJ, Case C-26/03, *Stadt Halle* 11 January 2005.
- 338)See MOSSIALOS, E., and McKEE, M., "EU law and the social character of health care", *Brussels*, Peter Lang, 2002, p. 188.
- 339)ECJ, Case C-76/97, *Tögel*, [1998], ECR I-5357; Recently a third reasoned opinion has been sent to Italy for infringement of the rules on the ward of public service contracts, on the occasion of the award by Tuscany of a contract for transport services (ambulant) services in connexion with health care on the regional territory, as the tendering procedures provided for in the community law on public procurement were not applied.
- 340)MOSSIALOS, E., and McKEE, M., *eEU law and the social character of health care*, *Brussels*, Peter Lang, 2002, p. 189.
- 341)ECJ, Case C-107/98, *Teckel*, [1999], ECR I-8121, par. 50-51, confirmed by ECJ, Case C-26/03, *Stadt Halle*, 11 January 2005.
- 342)BOVIS, C., "Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets", *C.M.L.R.*, 2002, 39, 1048.
- 343)This is particular the case in complex contracts as eg. public private projects, see Article 29 of these directives. These new directives came into force on 1 May 2004 and must be implemented by the 31 January 2006 by the member states.
- 344)ECJ, Case C-209/98, *FFSA-case*, [2000] ECR I-5743, 74.
- 345)ECJ, Case 219/97, *Bokken*, [1999], ECR, 6121; ECJ, C-115/97 to 117/97, *Brentjens*, [1999], ECR, 6025; ECJ, Case C-67/96, *Albany*, [1999], ECR, 5751.
- 346)Not at least because the pension funds could determine the amount of contributions and benefits.
- 347)"Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing

monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community".

- 348) See COUCHEIR, M., "The legal framework in relation to patient mobility", paper prepared in the framework of the European 6th Framework Programme, Europe for patients.
- 349) See COUCHEIR, M., "The legal framework in relation to patient mobility", paper prepared in the framework of the European 6th Framework Programme, Europe for patients and HATZOPOULOS, V.G., "Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms*", *Common Market Law Review* 2002.
- 350) SAUTER, W., "Competition Law and Industrial Policy in the EU", Oxford, Clarendon Press, 1997, 143.
- 351) SCOTT, C., "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors", *E.L.J.* 2000, Vol. 6, 311.
- 352) Some supporters of the public service want to portray the Commission as a dangerous and ultra-liberal privatising machinery, while fervent market-believers are eager to give services of general interest the status of an outmoded concept of state intervention. The Commission tried to keep consumer interest as its guiding principle according to DUBOIS, J., "The European Commission's Approach to Liberalisation and Universal Service Obligations", in HAIBACH, G. (ed.), *Services of general interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, Maastricht, EAPI, 1999, 5-7.
- 353) More specifically attributed to the insertion in the Treaty of provisions on "Citizenship", "Consumer Protection", "Trans-European networks", "Economic and Social Cohesion", "Environment" and the "Protocol on Social Policy", annexed to the Treaty. See BAUBY, P., "Public Service: Forging a European Conception", in HAIBACH, G. (ed.), *Services of general interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, Maastricht, EAPI, 1999, 57.
- 354) For an overview of important documents, see http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/pages/documents_en.htm
- 355) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 4.
- 356) MEULMAN, J., "Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?", *SEW* 2004, Vol. 3, 98-107.
- 357) WILHELMSSON, T., during the Helsinki seminar on Services of General Interest in Europe (9 and 10 September 1999), cited in TRINCIA, G., *Services of general interest*, Issues paper for the Second European

Assembly of Consumer Associations, see http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event17w1a_en.html

- 358) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 22.
- 359) Consolidated version of the Treaty establishing the European Community OJ [2002] C 325/33.
- 360) Green paper on services of general interest, Brussels, 21 May 2003, COM(2003) 270 final, 10-12.
- 361) FLEISCHER, T., "Comments on services of general interest and territorial and social cohesion", Contribution in the international conference on "Services of general interest in an enlarged European Union", organised by the TEPSA members study group for European Policies (of Belgium), the Institute of World Economics (of Hungary) and the Initiative pour des services d'utilité publique en Europe with the support of the European Commission, Budapest, 21 and 22 October 2004.
- 362) DEVROE, W., "Universele dienstverlening als nieuwe manier van denken?", SEW 2000, Vol. 3, 82.
- 363) As the organisation of services of general interest is concerned, three models of organisation have been put forward by BEHRENS: provision by one or several providers offering their services on competitive markets with limited state interference; provision by one single provider or a small group of providers, to which the State grants exclusive or special rights after competitive tendering procedures; provision by one or a limited number of operators, to which the State grants exclusive or special rights without tender procedures and thus with elimination of all competition. See BEHRENS, P., "Public Services and the internal market - An analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe", in Spontaneous Order. Organisation and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker, Den Haag, Asser Press, 2003, 46-48.
- 364) Article 16 EC: "Without prejudice to articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their mission". On the significance of art. 16 EC for services of general economic interest, see ROSS, M., "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?", European Law Review 2000, Vol. 25, 22-38. In the final Act annexed to the Amsterdam Treaty, Declaration No. 13 states that "The Provisions of Article 16 [Article 7d] ... on public services shall be implemented with full respect for the jurisprudence of the Court of Justice, inter alia as regards the principles of equal treatment, quality and continuity of such services".

- 365) Article 5 EC: "The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein. In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community. Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty".
- 366) Nonetheless these additional powers are already a fact, as Art. III-6 of the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe provides an additional legal base for Community action in the field of services of general economic interest.
- 367) Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Green paper on Services of General Interest' OJ [2004] C 80/66.
- 368) ECJ, Case C-157/94, *Commission v. Netherlands* [1997] ECR I-5699.
- 369) More in particular the article applies to the competition rules (Articles 81, 82 and 87 EC), the adjustment of State monopolies (art. 31 EC), free movement of labour (art. 39 EC), the right of establishment (art. 43 EC) and the free provision of services (Article 49 EC). See GOYDER, D.G., *EC Competition Law - Fourth edition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 483.
- 370) SCOTT, C., "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors", *E.L.J.* 2000, Vol. 6, 312.
- 371) BEHRENS, P., "Public Services and the internal market - An analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe", in *Spontaneous Order. Organisation and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker*, Den Haag, Asser Press, 2003, 45.
- 372) Even this marginal scrutiny of the Court is contested, according to the view that the supervision of this definition task cannot be assigned to judicial bodies, which are not democratically elected. See MEULMAN, J., "Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?", *SEW* 2004, Vol. 3, 101.
- 373) ECJ, Case C-66/85, *Ahmed Saeed Flugreisen* [1989] ECR 803.
- 374) ECJ, Case C-41/90, *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979.
- 375) ECJ, Case T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij* [1999] ECR II-2329.
- 376) Cf. ECJ, Case C-260/89, *ERT* [1991] ECR 2925; ECJ, Case C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova* [1991] ECR I-5889 and ECJ, Case C-266/93, *Corsica Ferries II* [1998] ECR I-3949.
- 377) Cf. ECJ, Case C-127/73, *BRT v. SABAM* [1974] ECR 313 and ECJ, Case C-7/82, *GVL* [1983] ECR 483.; The term "entrust" presupposes an express act of state, i.e. a delegation by a public authority in a general economic interest, see ECJ, and ECJ, Case, C-127/73 *BRT/SABAM*, [1974] ECR, 313; ECJ, ECJ, Case C-393/92, *Almelo*, 1994, ECR I-1477.

- 378) Cf. ECJ, Case C-18/88, RTT [1991] ECR I-5941 and ECJ, Case C-320/91, Corbeau [1993] ECR I-2523; obstruct" signifies that the performance of the tasks assigned must be made impossible and not merely made more difficult, see ECJ, Case C-41/90, Höfner, [1991], ECR, I-1979, par. 24-25.
- 379) ECJ, Case C-260/89, ERT [1991] ECR 2925 and ECJ, Case C-260/89, ERT [1991] ECR 2925.
- 380) Commission Communication on Services of General and Economic Interest, 2001, OJ C 17/4, points 4039 and RITTER, L. and BRAUN, W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 976.
- 381) E.g. ECJ, Case C-155/73, Sacchi [1974] ECR 409; ECJ, Case C-41/90, Höfner and Elser [1991] ECR I-1979 and ECJ, Case C-41/83, Italy v. Commission ("British Telecom") [1985] ECR 873; ECJ, Case C-311/84, Télé-Marketing [1985] ECR 3261 and ECJ, Case C-41/90, Höfner and Elser [1991] ECR I-1979. GILLIAMS, H.M., "Diensten van algemeen belang als rechtvaardiging van mededingingsbeperkingen", SEW 1995, Vol. 7/8, 536.
- 382) ECJ, Case C-94/74, IGAV v. ENCC [1975] ECR 699.
- 383) ECJ, Case C-320/91, Corbeau [1993] ECR I-2523.
- 384) ECJ, Case C-393/92, Almelo [1994] ECR I-121.
- 385) ECJ, Case C-157/94, Commission v. Netherlands [1997] ECR I-5699; ECJ, Case C-158/94, Commission v. Italy [1997] ECR I-5789; ECJ, Case C-159/94, Commission v. France [1997] ECR I-5815 and ECJ, Case C-160/94, Commission v. Spain [1997] ECR I-5851.
- 386) ROSS, M., "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?", *European Law Review* 2000, Vol. 25, 25.
- 387) Ibidem.
- 388) Cf. *Supra*, footnote 364.
- 389) The subject is unmistakably related to several policies of the European Union, more specific internal market and competition policy, but also consumer policy, agriculture, environment, transport, public health, research, external trade, development policy, etc.
- 390) Draft Treaty establishing a Constitution for Europe OJ [2003] C 169/1.
- 391) GUILLEN, A. and CLIFTON, J., *Services of general interest: Towards Europeanisation of Social Policy?*, ESPAnet 2004 Conference, Oxford, 9-11th September 2004, 12-13.
- 392) SUPIOT, A., "Employment, Citizenship, and Services of General Public Interest", in X., *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 160.
- 393) See Chapter III.
- 394) Health services: diagnostic, curative, primary and secondary medical care.
- 395) Social care services: long-term, rehabilitative, non-medical and palliative care.

- 396) *Social Protection Committee, "Social Services of General Interest and Community Law - Background document legal framework", 23, see http://www.aim-mutual.org/docs/CEA/background_en.pdf*
- 397) *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 10.*
- 398) *DUBOIS, L., Presentation générale, Services sociaux et santé, in Services Publics dans la CE, Paris, 409.*
- 399) *ECJ, Case C-67/97, Albany [1999] ECR I-5751; ECJ, Case C-115/97 - 117/97, Brentjens [1999] ECR I-6025 and ECJ, Case C-219/97, Drijvende Bokken [1999] ECR I-6121.*
- 400) *ECJ, Case C-70/95, Sodemare [1997] ECR I-3395 and ECJ, Case C-180/98 - 184/98, Pavlov [2000] ECR I-6451.; for a further evaluation of the concept economic activity, we refer to part II.*
- 401) *WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", E.C.L.R. 1999, Vol. 6, 326.*
- 402) *Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Green Paper on Services of General Interest', COM(2003) 270 final.*
- 403) *As in its Opinion of the Economic and Social Committee on 'Private not-for-profit social services in the context of services of general interest in Europe' OJ [2001] C 311/08.*
- 404) *DUBOIS, L., Presentation générale, Services sociaux et santé, in Services Publics dans la CE, Paris, 409.*
- 405) *"Social Services of General Interest - Assessing their Specificities, Potential and Needs: Key issues to be taken into account and further explored", Conference on Social Services of General Interest in the European Union, Brussels, 28th and 29th June 2004. See http://www.socialplatform.org/module/FileLib/04-06_SocialServicesConf_KeyIssuesPaper.pdf*
- 406) *Opinion of the Economic and Social Committee on 'Private not-for-profit social services in the context of services of general interest in Europe' OJ [2001] C 311/08.*
- 407) *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 16.*
- 408) *E.g. right to life, right to education, right to engage in work, rights of the elderly, integration of persons with disabilities, entitlement to social security benefits and social services, right to preventive health care and medical treatment, all mentioned in the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe.*

- 409) "Social Services of General Interest - Assessing their Specificities, Potential and Needs: Key issues to be taken into account and further explored", Conference on Social Services of General Interest in the European Union, Brussels, 28th and 29th June 2004. See http://www.socialplatform.org/module/FileLib/04-06_SocialServicesConf_KeyIssuesPaper.pdf
- 410) *Substitutive Health Insurance substitutes for cover that would otherwise be available from the state; Complementary Health Insurance provides complementary cover for services excluded or not fully covered by the state, including cover for co-payments imposed by the statutory health care system; Supplementary Health Insurance provides cover for faster access and increased consumer choice.* See MOSSIALOS, E. and THOMSON, S., *Voluntary Health Insurance in the European Union, Report prepared for the Directorate General for Employment and Social Affairs of the European Commission, 27 February 2002, 2*, http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/social/vhi.pdf
- 411) CALLENS, S., and PEERS, J., "Organisatie van gezondheidszorg, Antwerpen, Intersentia, 2003, 360-381.
- 412) *Frequently mentioned causes of market failure are the information asymmetry between patient and provider; the uncertainty with relation to time, nature, scope and effect of the provided care; the moral hazard as a result of sickness insurance; and finally the external effects of health care.* See COUCHEIR, M., "Publieke gezondheidszorg als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en (semi-)territorialiteit", TSR 2005, forthcoming, citing SCHUT, E., *De Zorg is toch geen markt? Laveren tussen marktfalen en overheidsfalen in de gezondheidszorg, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar gezondheidszorgbeleid en economie van de gezondheidszorg aan de Faculteit der Geneeskunde en Gezondheidszorgwetenschappen van de Erasmus Universiteit Rotterdam, 9 May 2003*, <http://www.zorgaanzet.nl/materiaal/OratieSchut.pdf>
- 413) GILLIAMS, H.M., "Noot bij het arrest C-244/94 FFSA", SEW 1997, 445.
- 414) ECJ, Case C-286/82 and 26/83, *Luisi and Carbone* [1984] ECR I-377.
- 415) ECJ, Case C-159/90, *Society for the Protection of the Unborn Children* [1991], ECR I-4685; ECJ, Case C-158/96, *Kohll* [1998], ECR I-1931; ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] ECR I- 5473; ECJ, Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089; ECJ, Case C-203/99, *Henning Veedfald* [2001] ECR I-3569 and ECJ, Case C-385/99, *Müller-Fauré / Van Riet* [2003] ECR I-4509; ECJ, Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089 and ECJ, Case C-203/99, *Henning Veedfald* [2001] ECR I-3569. For an overview of health care professionals as service providers in the EU, see VAN OVERMEIREN, F., "Kohll en Decker anders bekeken: de mobiliteit van gezondheidsmedewerkers in de Europese Unie", TSR 2005, to be published, but consultable on the web page http://www.europa.eu.int/comm/health/ph_overview/Documents/refl/ev20041015_co_180_en.pdf. For hospitals see also BELANGER, M., "Droit communautaire et service public hospitalier", in *Services Publics dans la CE*, Paris, 415.

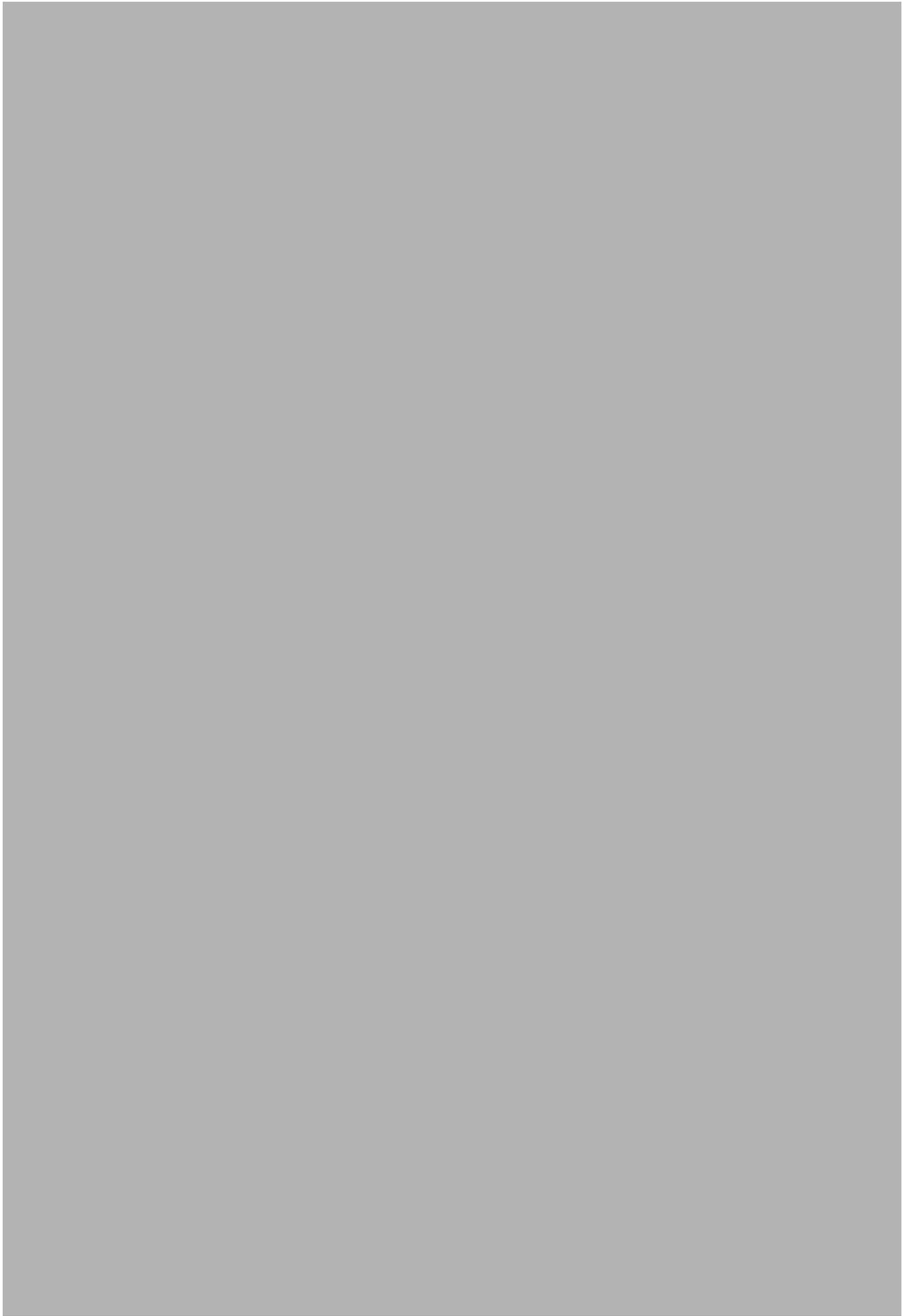
- 416) ECJ, Case C-279/80, Webb [1981] ECR I-3305; ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] ECR 1931 and ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] ECR I-5473.
- 417) ECJ, Case C-180/98 - 184/98, Pavlov [2000] ECR I-6451. Cf. SLUYS, J.J.M., "Toepasselijkheid van het mededingingsrecht op sociaalrechtelijke vraagstukken", NTER 1999, 37-39; LOOZEN, E.M.H., "Pavlov en Van der Woude: meer dan een Pavlov-reactie?", NTER 2000, 303-304 and LHERNOULD, J.-P., "Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire", Droit Social 2000, 1114-117.
- 418) ECJ, Case C-475/99, Ambulanz Glöckner [2001] ECR I-8089.
- 419) Joined Cases C-159/91 and 160/91, Poucet and Pistre [1993] ECR I-27.
- 420) ECJ, Case C-238/94, Garcia [1996] ECR I-1673.
- 421) ECJ, Case C-218/00, Cisa [2002] ECR I-691.
- 422) Joined Cases C-264/01, 306/01, 354/01 and 355/01, AOK Bundesverband [2004] ECR 000.
- 423) E.g. WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", E.C.L.R. 1999, 324-333; SLOT, P.J., "Applying the Competition Rules in the Health Care Sector", E.C.L.R. 2003, 580-593; GYSELEN, L., "Comments on the Joined Cases Albany, Brentjens and Drijvende Bokken", CML Rev. 2000, 425-448.
- 424) The AG argued that the market elements in the German social health insurance scheme (competition between the mutual health funds on premium rates, on the different services they offer and open competition with private health insurers for the business of those employees who are not obliged to take out statutory health insurance) made that the activities of the entities managing this scheme (mutual health funds) should be qualified as undertakings engaging in an economic activity. But as "there is no doubt in my mind that German sickness funds are charged with such a service [service of general economic interest], namely in the provision of a solidarity-based system of statutory health insurance", according to AG Jacobs, Article 86(2) could be invoked as the application of the competition rules could hinder the social objectives of the health insurance scheme.
- 425) Joined Cases C-264/01, 306/01, 354/01 and 355/01, AOK Bundesverband [2004], ECR, O.
- 426) 425 ECJ, Case C-238/82, Duphar [1984] ECR I-523.
- 427) ECJ, Case C-244/94, FFSA [1995] ECR I-4013. Cf. VAN DER STEEN, I., "Sociale-zekerheidsorgaan als onderneming?", NTER 1996, 14-17 and GILLIAMS, H.M., "Noot bij het arrest C-244/94 FFSA", SEW 1997, 448-448 and LAIGRE, P., "L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale", Droit Social 1996, 82-88.
- 428) ECJ, Case C-67/97, Albany [1999] ECR I-5751. Cf. SLUYS, J.J.M., "Marktwerking in de bedrijfspensioensector", NTER 1997, 199-202.
- 429) ECJ, Case C-115/97 - 117/97, Brentjens [1999] ECR I-6025. Cf. SLUYS, J.J.M., "Marktwerking in de bedrijfspensioensector", NTER 1997, 199-202.

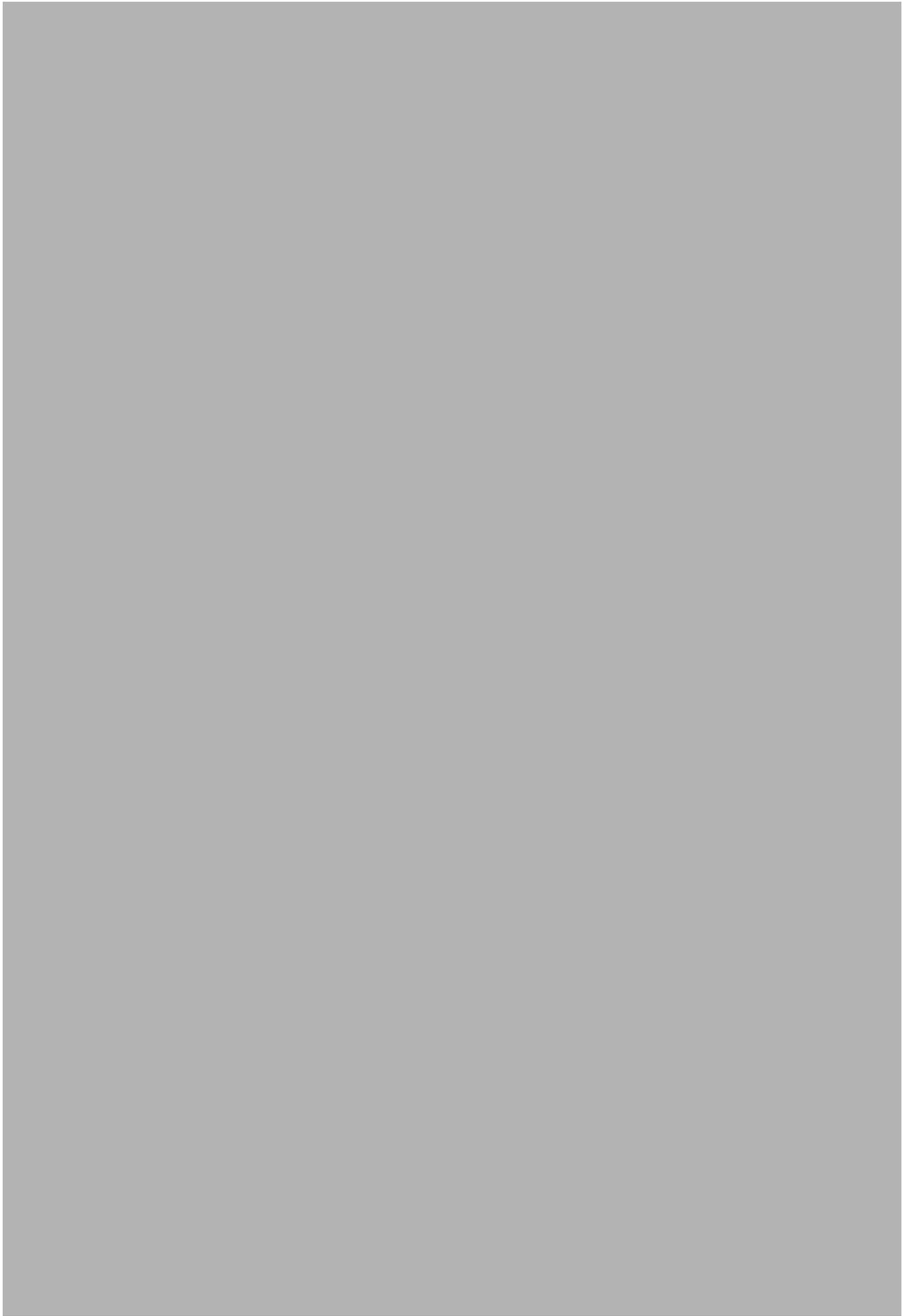
- 430) ECJ, Case C-219/97, *Drijvende Bokken* [1999] ECR I-6121. Cf. SLUYS, J.J.M., "Marktwerving in de bedrijfspensioensector", NTER 1997, 199-202.
- 431) BOSCO, A., "Vers une remise en cause des systèmes nationaux de protection sociale?", *Observations sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, page 12, See <http://www.notreeurope.asso.fr/IMG/pdf/Probl7-en.pdf>
- 432) ECJ, Case C-7/82, *GVL v. Commission* [1983] ECR I-483.
- 433) ECJ, Case C-159/94, *Commission v. France* [1997] ECR I-5815.
- 434) HOUDIJK, J.C.A., "Zorg & Mededinging: meer marktwerving, meer mededingingsrecht", NTER, 2004, 188. With referral to ECJ, Case C-393/92 *Almelo* [1994] ECR I-121.
- 435) SLOT, P.J., "Applying the Competition Rules in the Health Care Sector", *E.C.L.R.* 2003, 593.
- 436) ECJ, Case C-320/91, *Corbeau* [1993] ECR I-2533, par. 14 to 16 and ECJ, Case C-157/94, *Commission v. Netherlands* [1997] ECR I-5699, par. 53.
- 437) Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 22 May 2003 in the *Joined Cases C-264/01, 306/01, 354/01 and 355/01 AOK Bundesverband* [2004] ECR 000 and KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 195-196.
- 438) HOUDIJK, J.C.A., "Zorg & Mededinging: meer marktwerving, meer mededingingsrecht", NTER 2004, 185 and VAN DE GRONDEN, J.W., "Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?", *E.C.L.R.* 2004, 88.

TABLE DES MATIÈRES

ACCÈS AUX SOINS DE SANTÉ DANS UN MARCHÉ UNIQUE: IMPACT SUR LES SYSTÈMES LÉGAUX ET COMPLÉMENTAIRES	1
Introduction générale	1
I. L'agenda politique européen en matière de politique de santé	5
II. Accès aux soins de santé dans un marché unique: impact sur les systèmes légaux et complémentaires	11
1) Libre circulation des patients: lien entre la procédure de mobilité des patients fondée sur le traité et la procédure de mobilité des patients fondée sur le règlement	11
A. Deux procédures de mobilité	11
B. Compatibilité de l'article 22 du règlement n° 1408/71 avec le traité CE	12
1. <i>Interprétation "facultative" du règlement</i>	14
2. <i>Incompatibilité partielle pour ce qui concerne les soins extrahospitaliers</i>	15
3. <i>Harmonisation des procédures d'autorisation</i>	16
4. <i>Perspectives</i>	17
C. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur et la mobilité des patients	18
1. <i>La distinction entre soins hospitaliers et soins extrahospitaliers</i>	21
D. Le nouveau règlement (CE) n° 883/2004 face à la jurisprudence et à l'article 23 de la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur	22
2) La fourniture active de services par des prestataires étrangers de services médicaux	24
A. La contribution mineure des instruments de reconnaissance	24
B. La jurisprudence générale relative aux articles 49 et 50 du traité CE	27
C. "L'activation" de la jurisprudence relative aux soins de santé	28
1. <i>La jurisprudence de la Cour</i>	29
2. <i>Européanisation de l'offre de prestataires: prestataires conventionnés/ non conventionnés et remboursement de leurs prestations</i>	31
D. La fourniture temporaire de soins extrahospitaliers par des médecins dans l'État membre d'accueil	34
E. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur	38
3) La libre prestation de services non médicaux ambulatoires dans le cadre de l'assurance maladie luxembourgeoise	40
A. Conformité avec le droit communautaire	40
B. La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur	45

III. L'assurance maladie et le marché intérieur	47
1) La concurrence dans les systèmes de santé	47
2) Droit de la concurrence	51
A. Les institutions de sécurité sociale sont-elles des entreprises?	51
B. Exemptions	52
1. <i>Exercice d'imperium</i>	52
2. <i>Les activités sociales</i>	56
C. Les institutions de santé en tant qu'acheteuses de produits	60
D. Interdiction de certains comportements	61
1. <i>Interdiction des ententes</i>	62
2. <i>Abus de position dominante</i>	63
E. L'aide d'État	65
3) Le marché intérieur et l'assurance maladie volontaire	68
A. Applicabilité des directives assurance non-vie	68
1. <i>Champ d'application</i>	69
2. <i>Le contenu de la troisième directive assurance non-vie</i>	70
3. <i>Les limites de l'article 54: l'exception d'intérêt général</i>	71
4) Les directives relatives aux marchés publics	73
5) Conclusions	77
IV. La notion de "services sociaux d'intérêt général" comme contrepois aux règles du marché intérieur	80
1) Les services d'intérêt général	80
A. Situation	80
B. Le rôle clé de l'article 86 du traité CE	84
2) Les soins de santé en tant que service social d'intérêt général	88
A. Les services sociaux d'intérêt général	88
B. La notion de services d'intérêt général dans le secteur des soins de santé	92
1. <i>Les services d'intérêt général relatifs à la santé</i>	92
2. <i>Les services d'intérêt général économique relatifs à la santé</i>	94
3) Conclusions	99
V. Conclusions générales	103
VI. Notes	110







LUXEMBOURG, LIEU DE LA CONFÉRENCE INTERNATIONALE





ALLOCATION D'OUVERTURE



M. MARS DI BARTOLOMEO, MINISTRE DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE, LUXEMBOURG



M. FERNAND SAUER, COMMISSION EUROPÉENNE

PRÉSENTATION DU RAPPORT DE BASE



PROFESSOR YVES JORENS, UNIVERSITÉ DE GAND, BELGIQUE



MME ANNE VAN LANCKER, DÉPUTÉE EUROPÉENNE



**ALLOCUTION DE CLÔTURE
M. RON HENDRIKS (AIM)**

LES ORGANISATEURS



**PHILIPPE SWENNEN, CRISTINA VALLINA, WILLY PALM, RITA KESSLER (AIM)
(DE GAUCHE À DROITE)**



**FERNAND LEPAGE (aloss) CLAUDE EWEN (MSS) MICHEL SCHMITZ (CSML)
(DE GAUCHE À DROITE)**

REVUE DE PRESSE

Quotidien

samedi 9 et dimanche 10 avril 2009

Une législation pour les soins

Lors d'une conférence, la notion de solidarité des soins dans une Europe unie était au centre des discussions. Une législation pour chaque pays est inévitable.



Théâtre en anglais au LG



Fort, Dignité, une pièce écrite en langue anglaise abordant les problèmes d'immigration et de l'emploi, sera présentée dans le cadre du projet d'établissement "Tous Liés" à la suite des fêtes de l'école de gare de Luxembourg les 15 et 16 avril à partir de 20 h. La pièce est destinée à être jouée spécialement pour 21 élèves qui l'interprètent. La pièce a été développée dans une optique pédagogique et est destinée à être jouée dans une étape d'intégration importante pour chaque élève. Justine Goebler m'a invité pour le 9 mars à venir travailler au LG, avec qui nous nous sommes d'accord. Je ne me doutais pas en apprenant, au début notre travail, que le pro

Seite 16 Tageblatt

Politik

Gesundheitsleistungen und gemeinsamer Markt Zeit, zu reagieren

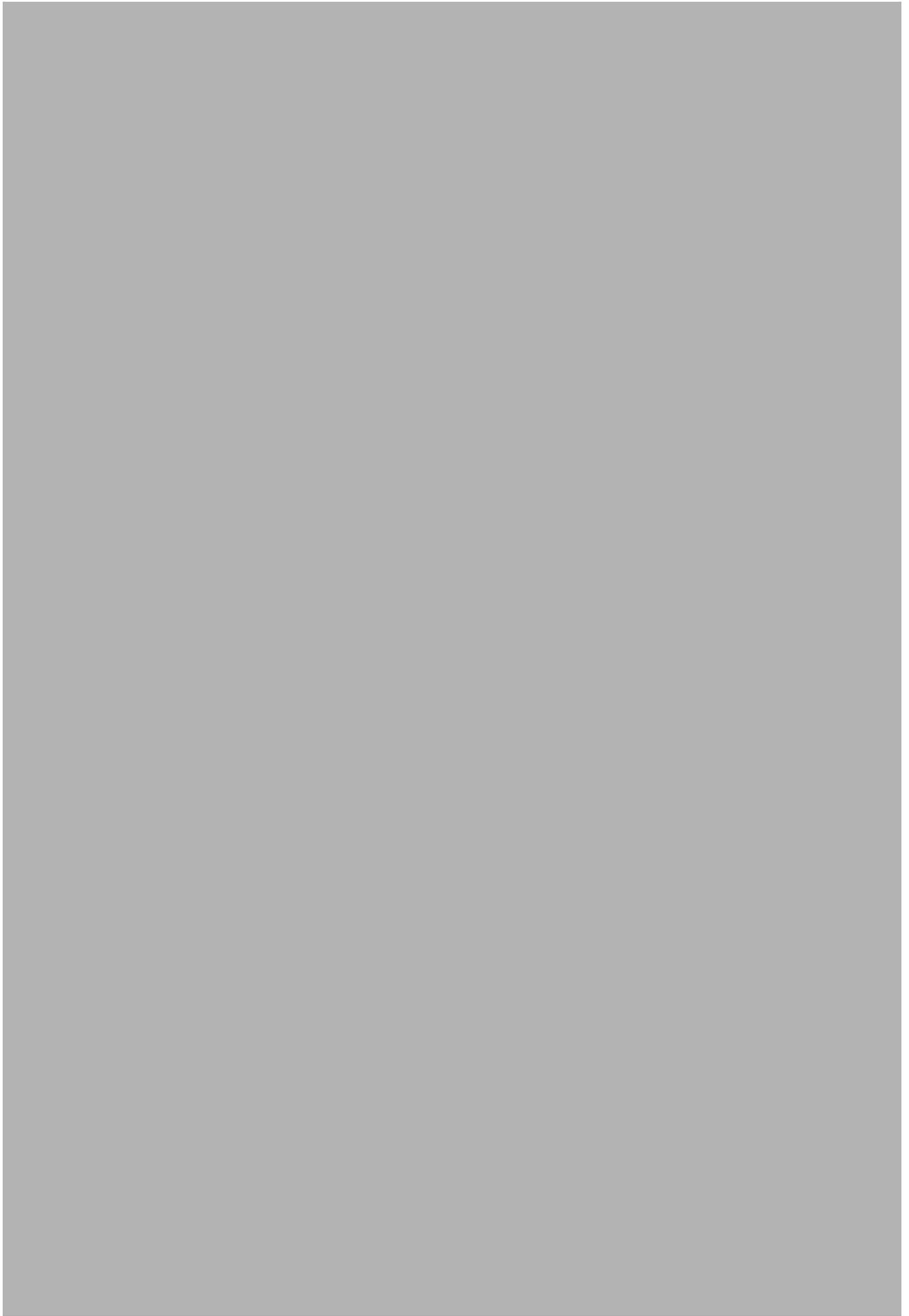


PARTIE II

**CONFÉRENCE INTERNATIONALE
DU 8 AVRIL 2005**



ALLOCUTION D'OUVERTURE



Mars DI BARTOLOMEO

*MINISTRE DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
LUXEMBOURG*

Mesdames, Messieurs,

Tout d'abord, je vous souhaite la bienvenue à Luxembourg et je tiens à vous remercier de votre participation à notre conférence. Bienvenue aux représentants du Parlement européen, aux délégations gouvernementales des différents États membres, aux représentants des institutions européennes, aux personnes du milieu académique ainsi qu'aux acteurs du secteur sanitaire et social.

Je tiens aussi à féliciter les organisateurs de la conférence, à savoir l'AIM, l'Association internationale de la mutualité, l'aloss, l'Association luxembourgeoise des organismes de sécurité sociale et le Conseil supérieur de la mutualité luxembourgeoise.

Merci de participer à cette conférence qui retient tout mon engagement et qui traite du thème très important de l'accès aux soins de santé dans un marché unique et de l'impact sur les systèmes légaux et complémentaires.

Les soins de santé dans une Europe unie doivent continuer à obéir aux critères et aux objectifs mis en place par des générations entières, c'est-à-dire correspondre à un système performant, assurant des soins de qualité et garantissant un libre accès aux concernés, sans distinction de leur situation sociale, et fondé sur le principe de la solidarité entre les différents acteurs.

L'avenir de ce système doit nous préoccuper. Quand le thème a été retenu, la directive Bolkestein était en pleine discussion. Elle le reste d'ailleurs mais nous avons constaté une certaine évolution en la matière. A l'heure actuelle il est très fortement envisagé que le secteur de la santé ne sera pas inclus dans le champ d'application de la directive, dont le texte devra être remodelé. Cependant ne soyons pas dupes, le sujet reste d'actualité même si les premiers dangers ont été écartés.

Avant la conférence, je viens de parler avec la rapportrice du Parlement européen sur la directive Bolkestein. Nous nous devons de suivre la discussion non pas seulement en matière de services de santé, mais aussi dans le domaine des services d'intérêt général. L'évolution sur le plan européen a une très forte influence sur nos systèmes nationaux qui ont été construits à grands efforts et à grands frais et que nous devons sauvegarder et développer dans le bon sens.

Nous sommes très contents d'avoir aujourd'hui la possibilité d'échanger nos vues avec celles d'un expert reconnu qui est le professeur Yves Jorens de l'Université de Gand. A notre demande, le professeur Jorens a rédigé un

rapport d'une qualité exceptionnelle qui va constituer la base de nos discussions dans les tables rondes respectives.

Fort d'une expérience ministérielle de seulement huit mois, j'ai appris beaucoup de choses dans cette période. J'ai appris que si la politique ne s'occupe pas de sujets prioritaires, ceux-ci continuent à évoluer et à se développer. Pour ma part, j'ai tiré la conclusion qu'on a intérêt à se préparer et à s'engager dans la discussion. Il ne suffit pas de laisser le terrain à des fonctionnaires, aussi bien intentionnés et motivés qu'ils soient. Il faut engager la politique dès les premiers pas.

Conscient que la politique ne peut pas tout résoudre, j'estime quand même qu'elle peut jouer le rôle d'arbitre en recherchant l'équilibre entre les différents intérêts. Concernant le sujet qui nous préoccupe aujourd'hui, il y a des intérêts qu'on doit garder en point de mire: à côté de la libre circulation des services et du libre échange, il y a la qualité des services et le libre accès aux soins de santé.

Parfois on a tendance à dire que les soins de santé sont des services. Certes, ce sont des services, mais ce ne sont pas des services comme tous les autres. Ce ne sont pas des services marchands qui obéissent à la seule idée de la concurrence. Nous ne sommes pas seulement en présence de deux partenaires, l'un qui fait l'offre et l'autre qui fait la demande, mais il y a un troisième partenaire, celui qui garantit le financement. C'est la collectivité qui, par voie de conséquence, doit garder le droit d'intervenir et de déterminer le cadre général.

Je ne veux certainement pas monopoliser la discussion, mais j'ai voulu insister sur un certain nombre de points qui me sont chers et qui, j'espère, seront présents dans nos débats d'aujourd'hui. Certainement nous n'allons pas trancher toutes les questions mais je suis sûr que les conclusions de nos discussions nous armeront pour les débats futurs.

Retenu par des obligations ministérielles pendant la matinée en participant respectivement à la réunion du Conseil du Gouvernement luxembourgeois et à une réunion informelle du Conseil des ministres du Travail et de l'Emploi de l'Union européenne, j'aurai le plaisir de vous rejoindre pour les discussions de cet après-midi.

Finalement, je vous souhaite une conférence intéressante et surtout fructueuse.

Je vous remercie.

Fernand SAUER

*DIRECTEUR
DG SANTÉ ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS
COMMISSION EUROPÉENNE*

Minister, Honourable Member of Parliament,

Ladies and Gentlemen,

I am very pleased to be able to participate in this International Conference on access to health care in an internal market co-organised by the "Association Internationale de la Mutualité", under the auspices of the Luxembourg Presidency of the European Union.

Let me thank on this occasion Ron Hendriks and Willy Palm, from AIM, for their invaluable contribution to the Commission's reflection work on patient mobility as well as a strong partner in our EU Health Forum.

Recognition of the European dimension of healthcare

- Healthcare issues are primarily national in nature. The fundamental responsibility for ensuring universal access to high-quality care, funded through solidarity, lies with the Member States.
- But there are a variety of trends creating a European dimension to these issues.
- Jurisprudence from the European Court of Justice on the rights of patients to seek healthcare in other countries and be reimbursed is one major aspect.
- Also common challenges for all health systems of coping with the need to adapt to constant developments in medical technologies and techniques; the ageing of the European population changing overall health needs; and rising public expectations, as discussed by Health ministers under the Dutch Presidency.

First elements of a European strategy now in place

- An important report on Health and the Internal Market was finalised in 2001 for my directorate by a group of governmental experts chaired by Hans Stein. This report and other contributions were the subject of a major conference in Minorca under Spanish Presidency in June 2002.
- The Commission brought together health ministers together with representatives of patients, professionals, providers and purchasers of healthcare and the European Parliament in a high-level reflection process on patient mobility which agreed a wide-ranging report in December 2003.

- Three Commissioners, responsible respectively for health employment and internal market, were involved in this process, leading to a close cooperation between their services.
- The key result of this patient mobility reflection process was the recognition of the importance of the European dimension for national health systems, and the potential value that European cooperation can bring in helping Member States to achieve their objectives.
- The Commission set out proposals for developing a European response to these challenges in April 2004:
 - establishing a High Level Group on health services and medical care to take forward the recommendations of the reflection process;
 - and extending the open method of coordination to healthcare and long-term care.

Practical collaboration through the High Level Group will help improve health service across Europe

Work is being taken forward in seven main areas.

- on **cross-border healthcare purchasing and provision**, looking at issues such as the financial impact and sustainability of cross-border healthcare; developing a purchasing framework; and patients' rights and responsibilities;
- on **health professionals**, looking at issues beyond recognition of qualifications to subjects to such as continuing professional development and the impact of health professional migration within the Union;
- on **centres of reference**, developing principles for a European system of centres of reference that could pool resources on tackling very rare diseases, for example, and where we hope to see pilot projects in 2006;
- on **health technology assessment**, where the High Level Group has developed orientations for a network which the public health programme could help finance this year;
- on **information and e-health**, and looking at the key elements of information strategies for health services;
- developing **impact assessment** methodologies to take account of the impact of proposals on health services;
- and developing collaboration on **patient safety**, as described at the conference also supported by the Presidency here in Luxembourg earlier this week.

The future Health & Consumer Protection programme will better support to health system cooperation

- My directorate and the health research directorate have already been able to support some activities on healthcare cooperation under the current public health programme, but in a limited way.
- However, on Wednesday the Commission adopted a proposal for a new Health and Consumer Protection Programme to run from 2007 to 2013 within the so-called “financial perspectives package”. This programme will be expanded both in scope and in size.
- In terms of size, the new programme would have a total budget of over 1.2 billion Euros – a major increase on our current resources.
- And we also propose adding a specific new strand of action to support cooperation between Member States on health services.
- Of course, health expenditure will still be undertaken within the Member States, not through this programme. So this very much respects subsidiarity.
- Nevertheless, this new programme will allow us to turn the many ideas for areas where European collaboration can add value into practical initiatives.
- The start of the European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) next month in Stockholm adds another dimension to what the EU will be able to do for the health of its citizens.

Nevertheless, questions about the impact of European rules on health systems remain

- One of the main recommendations of the patient mobility reflection process was that legal certainty about the application of European rules needed to be improved.
- This need for greater clarity remains and my colleagues dealing with internal market aspects will address this today.
- There has been a great deal of discussion about these questions, in particular with regard to the proposed directive on services in the internal market (the “Bolkestein” directive proposal). That debate will be lively today!
- I would simply like to underline that we must always bear in mind the patients’ perspective in the middle of these discussions.
- Whatever mechanism we choose, we must be sure that it provides sufficient certainty and clarity for patients to be clear about what their rights under European law. Providers and policy-makers also need to know what the situation is in order to plan and manage services.

This conference is therefore very timely in providing an opportunity to discuss these issues

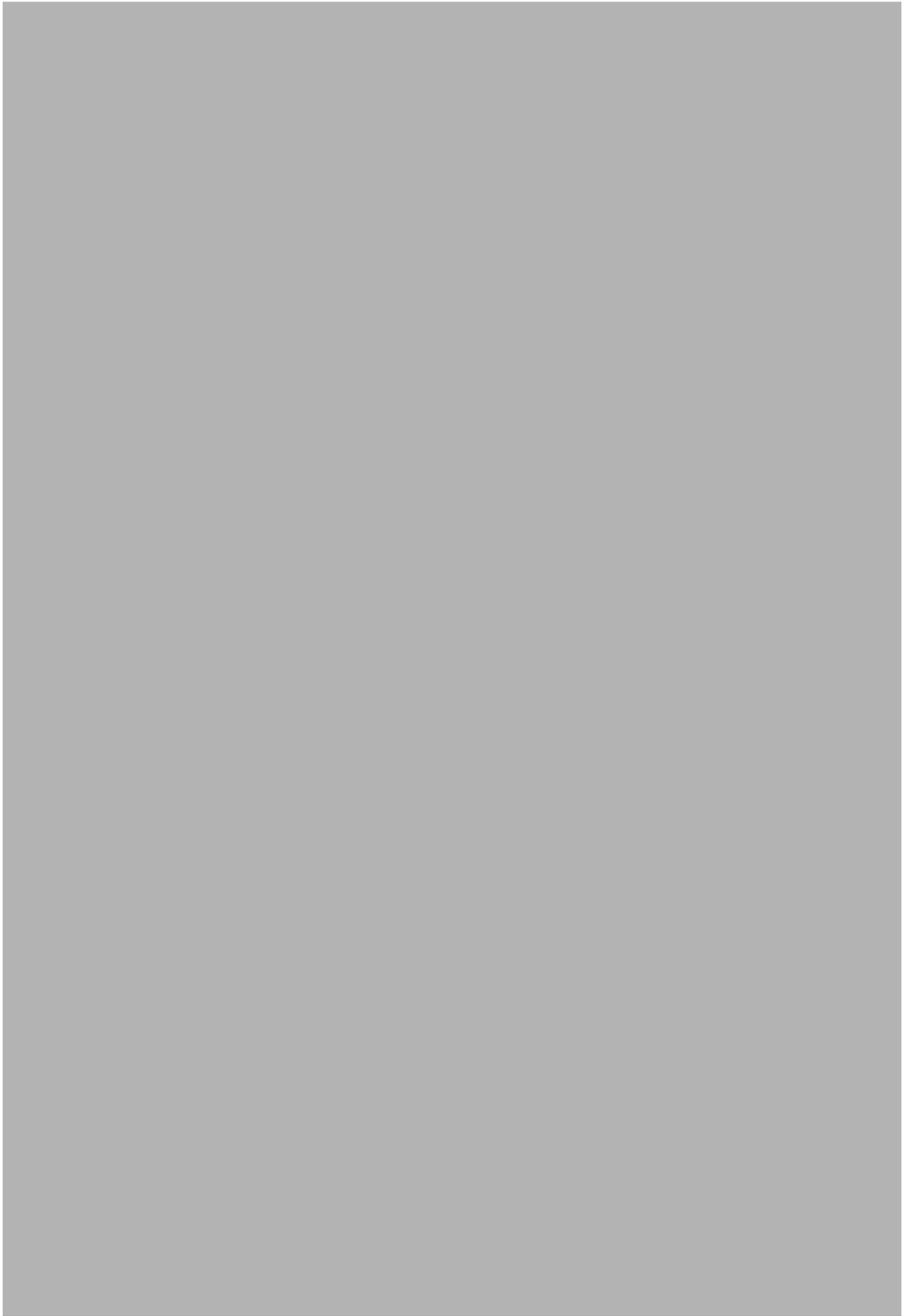
- I therefore congratulate the *Association Internationale de la Mutualité* for organising this event, and the Luxembourg minister for lending his support to today's conference.
- Speakers and participants will address the various issues relating to legal certainty throughout this day.
- Other colleagues from the Commission are contributing in each of the sessions that will take place today:
 - Geraldine Fages in the session on health services and the internal market.
 - Anne Houtman in the session on health insurance and internal market
 - Jérôme Vignon in the session on social services of general interest.
- I think that the range of Commission participants indicates the seriousness that our Institution attaches to these issues.
- The preparatory work undertaken by Professor Jorens is also provides a valuable overview of the complex nature of the issues to be addressed.

Conclusion

- Health and healthcare now become priority issues for citizens across the European Union.
- Whilst respecting subsidiarity, enabling patients to have healthcare in other Member States is of significant value to European citizens.
- It has a great potential to demonstrate the benefits of European integration in a very tangible way to citizens, and to help improve the effectiveness and efficiency of European health systems overall.
- This needs a proper cooperation framework and accompanying measures to be put in place, which we are working to develop.
- It also requires clarity and certainty about how European rules apply to the health sector, in a way that enables professionals and policy-makers to plan and manage systems and patients to get access to the high-quality care they seek in a way that ensures that systems are financially sustainable.
- This conference is a valuable opportunity to address these issues and prepare solutions to these complex issues.

I look forward to the results of our discussions today.

PRÉSENTATION DU RAPPORT DE BASE



Yves JORENS

PROFESSEUR DE DROIT DE SÉCURITÉ SOCIALE ET DE DROIT SOCIAL EUROPÉEN
DE L'UNIVERSITÉ DE GAND
BELGIQUE

General introduction

Welfare states are national states. The organisation of health care systems are therefore a matter for the Member States, notwithstanding the gradual, but limited expansion of the competences of the European Union in the field of social policy and public health.

But far more important than the increase in competences attributed in the European Treaty to the European Union, has been and is the influence of the internal market rules. It cannot be denied that health care is an economic market where goods and services are delivered and that in principle could be supplied by private actors operating in a purely commercial market. On the other hand, health care is not a normal market as there is information asymmetry: Suppliers still determine demand, rather than the well-informed consumers. In addition, health care is a fundamental right.

The health care market, therefore, cannot be left completely open to free competition and all Member States have therefore also a widely developed system of collective responsibility and solidarity.

The combination of these two elements of solidarity on the one hand and more economic oriented elements from the free market on the other hand, requires legal fine-tuning. This fine-tuning is an ongoing process, where the European Court of Justice plays the most important role.

Here we would like to discuss a few issues.

I. Access to Health Care in an Internal Market: Impact for Statutory and Complementary Systems

1. Free movement of patients: the relation between the Treaty-based and the Regulation-based Method of Patient Mobility

A. Two methods of mobility

Up until 1998, Community nationals seeking medical treatment in another Member State at the expense of their national health insurance institution had no choice other than to rely on Article 22 § 1 (c) of Regulation (EC) No 1408/71.

The 1998 Kohll judgment of the Court of Justice paved the way for a second method of planned health care abroad, stemming directly from the Treaty. Two different procedures, the one having no primacy over the other - govern therefore now the assumption of health care costs incurred in another

Member State. The Court's reasoning is centred around the advantages the Regulation offers its beneficiaries being that they are entitled to treatment in the other Member States "on conditions as favourable as those enjoyed by insured persons covered by the legislation of those other States".

Admittedly, these are advantages which the Treaty-based procedure does not offer, cannot offer, for lack of a restriction to the free provision of services. Indeed, the mere fact that the national health institution or sickness fund refuses to pay for health care expenses incurred abroad is not sufficient to hold it liable for restricting the free movement of services.

The Court, reiterating its "facultative" interpretation of Article 22, stated in *Vanbraekel* that this provision "does not have the effect of preventing extra reimbursement, additional to that resulting from the application of the system of the Member State [of] treatment [], when the system [of the Member State of affiliation] is more beneficial"

B. Partial incompatibility in respect of extramural care

Vanbraekel was concerned with intramural care for which, even under the Treaty-based procedure, prior authorisation must be obtained. Let us consider now a hypothetical case, which is identical in terms of facts with *Vanbraekel*, except that the cross-border receipt of extramural care is at stake. If the system of cover which is in place in the Member State of treatment is more beneficial to the patient than that in force in the Member State of affiliation, it can be argued that the added value of the Regulation-based procedure makes up for the prior authorisation requirement associated with that procedure. By contrast, if the amount of reimbursement provided by the system of the Member State of treatment is less than the amount which application of the legislation in force in the Member State of affiliation would afford to the patient concerned, Article 22 (1) (c) of the Regulation falls foul of the Treaty provisions in relation to services. Indeed, not only would the patient have a lower level of cover when he received outpatient care abroad than when he underwent the same treatment in the Member State of affiliation - which may deter or even prevent him from applying to foreign health care providers- but in addition, he would not have been required to request prior authorisation. Therefore, in such a case, the Regulation would be incompatible with the free provision of services, and this incompatibility could not just be offset by the granting of an additional reimbursement within the meaning of *Vanbraekel*.

During the revision process of Regulation 1408/71, the issue was raised as to whether the Court's health care rulings should be incorporated into the new coordination regulation. In that regard, it is however to be regretted that the Council has not seized the opportunity, on adoption of the new coordination regulation, to at least implicitly refer to the Treaty-based method of patient mobility, instead making it appear as if Regulation (EC) No 883/2004 will be the one route for patients wishing to be treated in another Member State at

the expense of the national health insurance institution. We believe that the Community legislature ought to take account of the one method while regulating the other, as the Commission has satisfactorily done in Article 23 of its Proposal for a Directive on services in the internal market, intended to codify the Court's health care cases.

2. The active provision of services by foreign medical service providers

However, the case law of the Court raised also questions concerning the active provision of services by foreign medical service providers. Service provision in the health care sector is complicated by aspects of social security.

A. The minor contribution of the recognition instruments

The mobility of medical doctors has been the subject of Community secondary legislation, in the form of a doctors Directive 93/16/EEC according to which the service provider "shall be subject to the disciplinary provisions of a professional or administrative nature which are directly linked to professional qualifications, such as the definition of the profession, the use of titles and serious professional malpractice which is directly and specifically linked to consumer protection and safety, which are applicable in the host Member State to professionals who pursue the same profession in that Member State".

The scope of this article is less than crystal-clear and far from legal certainty lending itself to divergent national interpretations. However at the same time, the Court's services case law has gradually developed to embrace of a "qualified" country of origin principle, on the basis of which a conditional mutual recognition applies. The lawful pursuit of similar activities in the Member State of establishment constitutes minimum, yet sufficient proof of the provider's aptitude as well as of the quality of his services. Conditional, as the host Member State is able to impose its non-discriminatory legislation in the event and to the extent that the legislation of the Member State of establishment of the service provider fails to safeguard a legitimate aim of public interest. If on the other hand the Draft services "Bolkestein" directive were to be adopted, it would become the frame of reference within which the free provision of medical services is to take place. The showpiece of the Draft's chapter on the free movement of services is the country of origin principle, pursuant to which Member States shall ensure that providers are subject only to the national provisions of their Member State of origin which fall within the coordinated field. To a large extent, the Draft services directive draws the consequences of the case law of the Court of Justice. In view of that, the mere exclusion from the Draft's scope of the provision of health-care-related services, would not place the provision of health care outside the ambit of the internal market. However, the draft services directive goes significantly beyond that under the Treaty provisions. It applies to the entire

field of service regulation, which is only declared coordinated, without prior harmonisation of the general interest. Whereas under the Treaty provisions, the host Member State may impose its legislation if and to the extent that the general good is not sufficiently protected by the rules to which the foreign provider is subject in the home Member State, and room is left for a wider margin of appreciation in the presence of sensitive matters and/or diverse standards, the Draft services directive, without instituting it, almost irrefutably presumes a European-wide equivalence in the protection of the general interest envisaging a virtually absolute and unconditional implementation of the home State model. Furthermore, the Proposal for a Directive on services in the internal market adds nothing to the thorny issue of the connection between the intra-Community provision of health care services and the incidence of aspects of social security; the question as to whether, and if so, under which conditions, these services should give rise to a financial intervention by the national health insurance institution in the host Member State remains unanswered.

B. The "Activation" of the health care cases

The requirement of prior authorisation for the assumption of health care costs incurred abroad constitutes a barrier to the freedom to provide services, not only for insured persons, but also for service providers, the nature of the domestic health care system being irrelevant.

In general, Member States will be held liable of restricting the free provision of services whenever they deter patients from seeking medical treatment from a health care provider established in another Member State. This leads to an Europeanisation of the range of providers whom the patient is entitled to visit.

1. Europeanisation of the range of providers: about contracted and non-contracted providers and its reimbursement

This Europeanisation should not be construed by reference to the nature of the national health care system. Which would imply that where Member States operating a reimbursement system, should henceforth cover the medical services provided by any doctor established in the European Union, Member States with a benefits-in-kind system, would have smaller repercussions. It would merely mean that the sickness funds cannot discriminate between domestic providers and providers established in another Member State. We do not think that this Eurospeak argument is well-founded.

Member States operating exclusive contracting systems cannot veil the restrictive effect of the prior authorisation requirement by putting forward that it applies to (domestic and foreign) non-contracted health care providers. In other words, even if foreign health care providers have an equal opportunity to conclude agreements with the national health insurance institution, the

prior authorisation requirement for non-contracted care will still work to the detriment of foreign health care providers. The same line of reasoning should apply with respect to the level of assumption of the medical services supplied by foreign health care providers. Member States cannot evade the prohibition contained in Article 49 ECT by reimbursing the costs incurred abroad to the (lower) level of cover they happen to use in respect of care provided by domestic non-contracted providers

C. The temporary provision of extramural care by medical doctors in the host member state

Accordingly, a health care provider established in a Member State where he lawfully provides medical services, is entitled to provide those services on a temporary and occasional basis in the host Member State. As an intrinsic corollary of the qualification of health care professionals as service providers, the Articles 49 and 50 ECT, as construed in the health care cases, have detracted from the powers of the Member States to define, in the presence of an intra-Community situation, the range of providers who are entitled to supply medical services at the expense of the national health insurance schemes. The services of foreign health care professionals who lawfully provide health care in their Member State of establishment are eligible for coverage under the national health insurance scheme of the Member State of affiliation of the patient, irrespective of whether the insured person travels to the Member State of establishment of the health care professional to receive these services or whether the latter provides these services temporarily in the territory of the host Member State, in which the patient is insured. On the other hand, they appear to leave intact Member States' power to define the personal scope of these schemes, their power to determine the treatments which are covered and the extent to which they are covered, and lastly, their power to lay down the conditions on which benefits are granted.

II. Health Insurance and the Internal Market

1. Competition in health care systems

EU law of course does not force the Member States to introduce competition rules in their health care systems. Introducing elements of competition, in an attempt to increase efficiency and cost-reduction, makes them however vulnerable for application of competition rules.

The whole problem of the application of competition law to social security regimes deals with one fundamental issue: is the state or are other organisations authorised to set up any form of solidarity between the members of a certain collective group confronted with certain risks?

2. Competition Law

A. Are social security institutions undertakings?

Are health institutions undertakings? The basic test is whether the activity, at least in principle, could be carried on by a private undertaking in order to make profits and it faces actual or potential competition by a private company. As health care providers perform economic activities, it cannot be ignored that they have to be qualified as undertakings. The Court of Justice has however developed various exclusions in order to limit to a certain extent the spectrum of competition law.

B. Exemptions

1. Imperium

Activities resulting from the exercise of sovereign powers are not economic activities, as there is no actual or potential competition by private companies. Could it e.g. be said of the German Health Care Institutions that they are not subject to the anti-competition rules as they have a statutory duty to provide benefits in kind? But a sovereign exemption does not apply even when a body is exercising official authority, if it trades products or services alongside private undertakings that seek to make a profit. So it is not because certain health institutions- as in Germany - act under public law and form part of the administration that they would not fall under the anti-competition rules. This exception will be difficult to use.

In many health care systems, associations of medical health care providers play an important role and are granted specific powers as being the main and only responsible organisation to license and register practitioners or the remuneration/fees of the health care providers are negotiated between their professional associations and the state. Its decision may sometimes be adopted by law or made binding upon the whole profession. In this respect the questions raises if a high degree of state intervention leads to the conclusion that such associations lack the necessary autonomy to be engaged in economic activities or rather carry out their tasks as executor of the state? The issue here at stake however is not that these activities would not be economic activities, but who is responsible for the distortion of competition: the state under Article 86 or undertakings under Articles 81 and 82?

2. Social activities

A second group of activities exempted from the application of the competition rules are purely social activities. This concept is an invention from the Court of Justice. When judging if an economic activity takes place, one should examine how much space the legislator has left for a free market system when designing the system and to what extent the solidarity principle

has been developed. However, balancing on the very thin line between the economic and the social character of an institution is not an easy task and the cases of the Court of Justice show how difficult it is to draw the line between social and economic activities. In addition there is the growing difficulty in defining the concept of social security. What are the typical social security components?

Elements such as contributions related to income, no relation between contributions and benefits, compulsory affiliation and no real possibility to influence the level of contributions, seem to point in the direction that one could not speak about undertakings. This last element however has become questionable following the ECJ's AOK case on German sickness funds. It seems logical that when sickness insurance funds can differentiate (part of) their level of contributions, irrespective of income, they will be considered as undertakings. Are contributions not to a certain extent also the financial compensation for delivering services? For the Court, however this one element of competition is not sufficient, deviating in that respect from the famous Poucet and Pistre case. The Court however pointed out that the funds might engage in operations that were not social, but economic in nature. Organisations therefore can partly be an undertaking and partly not.

Notwithstanding the clear elements of competition between the German sickness insurance funds, the Court did not want to consider them as undertakings. Perhaps the Court herewith wanted to make clear that one should not only look at the internal organisation, but rather at the ultimate aim (solidarity and redistribution) of the system.

The problem remains however that the line between entities being undertakings and entities that are not undertakings is very unclear and impossible to draw in general. Therefore no general statement can be made with respect to the application of competition rules in the health care sector

C. Health care institutions as purchaser of products

Health organisers act not only as suppliers of benefits, but as purchasers of health care products by contracting out or demanding certain health care services or purchasing medical equipment or pharmaceuticals. Does the non-application of the competition rules also apply to these activities? Is an activity on an upstream market (purchasing goods or services) not subject to competition law if there is no downstream activity (reselling to the citizens). The Court held that it would be incorrect, when determining the nature of that subsequent activity, to dissociate the activity of purchasing goods from the subsequent use to which they are put. The activities on the supply side determine the character of these activities on the purchaser's side. An explanation could probably be found in the fact that as the insurance activities of these entities are strongly influenced by the solidarity principle, the entities concerned have no commercial interest when buying care on the market. The conclusion could however be different when the care they buy is

not used for their patients/insured persons, but is sold to health care providers in other Member States.

The fact that these activities do not fall under the anti-competition rules, however, does not exclude the applicability of EU law, in particular the public procurement directives.

D. Prohibited conduct: cartel prohibition and abuse of dominant position

Competition rules forbid several conducts, as e.g. cartel prohibition. This could be the case if

health care providers agree amongst each other -not to contract under certain tariffs when negotiating collaboration agreements with the health insurance institutions. Or health insurance institutions that purchase together health care from health care providers could form a forbidden cartel as this could in certain circumstances lead to forbidden joint purchasing agreements. But could we e.g. also speak about abuse of dominant position in cases where a health insurance institution with a dominant position refuses to conclude a contract with a health care provider? Imagine the situation where a health insurance fund that occupies a certain region has a dominant position and refuses to offer contracts to certain medical providers. This is as such not really forbidden. Anti-competition law does not forbid a dominant position, but only if one abuses this position. This could e.g. be the case when a health insurance institution concludes that demand for a certain service has not increased with respect to last year and as a result will not allow it to sign a contract with new health providers.

But what to be said about e.g. the French complementary CMU (Couverture Maladies Universelles) system where beneficiaries are free to choose between either the statutory sickness fund and traditional complementary insurance, as mutual benefit societies, provident institutions and commercial insurance companies. Does this participation of the French public sickness funds in administering free complementary health insurance not lead to a dominant position and unfair competition? This could be believed. The same doubts could also be expressed with respect to the Flemish long-term insurance care, where commercial insurers compete with mutual health funds, responsible for the public health systems. Or what to be said about the fact that under Belgian law, insured people are obliged to accept the complementary services offered by the mutual health funds - responsible for the public health system - they are insured with?

E. State aid

In the health care sector, the state gives many times certain financial advantages to health insurance funds, like subsidies, or forms of tax relief, credit facilities. Is this state aid? Or what if e.g. the state were to cover the deficit of certain hospitals? Or what about the compensation paid out of a risk-equalisation fund? The answer to this question remained unclear not

least as a result of the fact that the case law of the Court of Justice and the Court of First Instance differed. It has to be said that the Court of Justice's approach in the Altmark case is more balanced, thereby examining more closely the operation of public service obligations and the services supplied in connection with a discharge of the public service obligation, which will not be recognised whenever the undertaking's activities have no connection with the provision of public service obligations. It remains to be seen however whether the approach is satisfactory or still too theoretical for relying on a typical undertaking well-run and adequately provided, except in cases of public procurement, where it is presumed that market conditions prevail.

3. The internal market and voluntary health insurance

A. The possible application of the non-life insurance directives

Notwithstanding the dominance of solidarity-based statutory health care systems in the European Union, it cannot be neglected that voluntary health insurance plays a more and more important role in health protection. However, any Member State will, even when introducing private insurance companies for the execution of their health care system, prescribe certain statutory guarantees, such as the obligation to accept insurers or the prohibition of risks selection, exactly in order to protect the consumer/insured person. To what extent is the introduction of such guarantees contrary to the principles of the non-life insurance directives? Can social objectives therefore only be guaranteed through a statutory system of social security?

1. Field of application

The question if voluntary statutory health insurance falls under the field of application of the third non-life insurance directives is far from clear. Substitutive health insurance, providing private cover for persons excluded or exempted from statutory protection, seems to be included in the scope of application of EU insurance law. There is one certainty. For the applicability of the Directives, it is important according to the Court that insurances are offered at their own risk. But how should this concept be interpreted? Is the concept of "own risk" limited to the "insurance risk", i.e. the financial risk as a consequence of an uncertainty element characteristic for every insurance relation or does it refer to any company-business risk? Is there convergence between the concept of economic activity under the competition rules and the activities which fall under the field of application of the third non-life insurance directive? Can we therefore say that the third non-life insurance directive does not apply when the insurers are performing a purely social activity?

2. The content of the third non-life insurance directive

Application of the non-life insurance directives, Member States shall not adopt provisions requiring the prior approval or systematic notification of general and special policy conditions or scales of premiums. A full harmonisation in the field of non-life insurance rates was clearly not the intention of the Community legislator. The question remains however whether other national regulations, not dealing with the business of insurance, are also forbidden by this article? This would imply that regulations other than those concerning financial supervision (such as e.g. obligation of acceptance, a minimum package of benefits to be provided), would not be possible either.

3. Limits of Article 54: general good exception

But even when certain measures are not in conformity with Article 29, an exception and justification may be sought under the general good exception.

It remains unclear however how broad this exception might be interpreted and in particular, whether this article also applies when private insurance companies substitute entirely the statutory system of social protection? Under a narrow interpretation the directive would only apply to private insurances that exist apart from the public statutory system and fulfil for a part of the population the function that the statutory public system fulfils for the rest of the population. There are however arguments in favour of a broad interpretation.

4. Procurement directives

Even when social security institutions do not fall under competition law because they are not undertakings, they are not exempt from EU law. In particular, discriminatory public procurement is considered to create significant barriers to trade. But do health care institutions fall under the field of application of the procurement directives? Therefore institutions do not have to be a formal part of the state, but could be said to be active in name of the state. In the public market it is not the commercial characteristics of private entrepreneurship that prevail in as much as the aim of the public sector is not the maximisation of profits, but the serving of public interest. Consequently, whenever bodies or entities, like health care institutions, perform activities not with a commercial intention and to maximize profits, but to provide goods and services for the public and thus in the general interest, these institutions are active on the public market and therefore the public procurement laws will be applicable. However procurement rules will apply, irrespective of the fact whether it pursues a general interest needs or just commercial interests. Health care institutions purchasing for their own purposes equipment and buildings, will therefore have to apply the public procurement directives. In the case of health care institutions that provide benefits in kind, the public procurement directives apply to relations between the health care institutions and the performers of services.

During the last years the private sector is also becoming increasingly involved in delivering public services. In this public private cooperation the state no longer delivers the services. If contracting authorities award their public contracts via private undertakings under their control, these entities cannot be classified as contracting authorities within the meaning of the directives. In a certain way the Court of Justice found a response to this by stating in cases where a contracting authority has established an undertaking in order to enter into contracts for the sole purpose of avoiding the requirements specified in public procurement law, then the relevant directives should apply.

Concluding remarks

The whole problem of the application of competition rules is dealing with the question which criteria an insurance system has to meet to be considered as "a social security system" allowing it to escape from full application of the internal market rules. It is remarkable that exactly an important aspect of what is social security, is answered differently by the Court, most of the time depending on the European instrument in question. A crucial policy question is thus at what point of this "balance of solidarity" the degree of solidarity in a given scheme will not suffice to be exempted from European economic law. Are certain types of solidarity (income solidarity, solidarity by scope, risk solidarity, intergenerational solidarity and solidarity between schemes) more decisive than others for the outcome of this weighing exercise and which? How far can the Court go in this respect without compromising its own authority? The different cases have however shown that social objectives can be introduced as a safeguard against full application of the competition rules and this not only in the public sector. Article 86 (2) could thus be successfully invoked in order to set aside the application of the competition rules, in particular when the activity does not fulfil the conditions in order to qualify as a "core" solidarity activity but, still, displays enough solidarity aspects, including compulsory affiliation. A balance is herewith found between competition law and social law. This tendency is important in a time where social security is more and more shifting from a public to a mixed private-public system. Even when private elements are introduced in social security systems, it doesn't seem that the free market will apply without mercy.

III. The Notion of "Social Services of General Interest" as counterweight to the internal market rules

1. Services of general interest

The last part of our report examined a concept in Community law that could constitute a safeguard or counterbalance to this increasing influence of market-based rules. The practicability of this concept is to be viewed in the first place on a looser conceptual level under the denominator of "services of

general interest", which are tackled in a recent Commission White Paper. The topic of services of general interest has acquired an inerasable place on the political agenda of the European Union.

To this very day, at the level of the European Union, the services of general interest debate is still very closely linked to the "services of general economic interest" concept in Article 86(2). This is not surprising, as the Treaty itself concentrates mainly on economic activities. The term "services of general interest" is only used where it is not necessary to specify the specific nature of the services concerned or where the text also refers to non-economic activities. This could lead to new Babylonian misunderstandings, as the term "services of general interest", conceived to function as a general term, thus becomes (maybe too) strongly related to non-economic services, with the risk of ending up as a synonym of "non-economic services". On a strictly legal level however it is only the sub-concept of "services of general economic interest" as it appears in the Treaty that can be used as a decisive derogation to the provisions of Community law.

Article 86 has been described as the "Article reconciling Community objectives with the fulfilment of the mission of general economic interest entrusted by public authorities".

The interpretation of this article has produced a long list of complex and from time to time puzzling case law from the Court of Justice, however showing an obvious change in approach of the Court of Justice to its interpretation, from economic measurement to value judgement. This certainly points to future opportunities with regard to recourse to Article 86(2) as a counterweight for the normal application of Treaty rules before the Court of Justice. This status is reinforced by Article 16 EC.

2. Health care as a social service of general interest

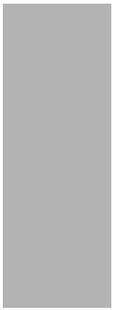
Putting the Babel-like confusion relating to the term and the historical connection of the concept to the network industries aside, one straightforwardly agrees that the concept of services of general interest, as services of which the provision to the citizens is deemed very important in a given society and therefore is submitted to a number of common values and principles (like human dignity, solidarity, social justice, social cohesion...), fits perfectly for health care. As a strongly person-oriented sector, health care is to be considered as a "social service of general interest", -independent of the question whether the health care sector and its subdivisions are to be considered economic or non-economic- and therefore subject to additional requirements. In a nutshell, health care evidently is a part of this "pillar of the European model of society".

But legally binding provisions on "services of general interest" are as we have seen absent in Community law. We have only article 86 §2, which aims at "economic" services, which as we have also seen is exactly a troublesome

qualification. It is impossible to draw up a list of "a priori non-economic services": what is sheltered from internal market and competition rules today, can be an economic activity tomorrow, depending on changing views on the role of the state and political reorientations in the Member States. In this view the importance of Article 86(2) for justifying national measures aiming at solidarity or other social objectives could be major and this Article could become the key element in finding a balance between the application of EU competition rules and socially inspired activities, as a "third way" next to the "state prerogative" and "solidarity"- exemptions.

But should this issue continue to be dealt with on a case-by-case basis? Is Art. 86(2) EC case-law considered to be the right path to mitigate potential undesired impact of European economic law on health care policy? Should the Treaty provide for a general derogation clause for social security and if so, how to define "social security"? Must the answer rather be found in secondary legislation? Could e.g. a consensus be reached on a European legislative framework on standards for health care as a service of general economic interest, in which common values are laid down and thus legal safeguards as to solidarity, equality, accessibility, affordability, etc..., would become a part of Community law? Expressing this kind of considerations could be building castles in the air, but touching on emanations of the legal uncertainty regarding the relation between national health care policies and the EU internal market and competition policies, there is a strong case for these issues to be sorted out within the scope for policymaking of the Community. If not, the legislative powers of the Community probably condemn themselves, as they are still doing, to tail along after the case-to-case solutions of the Court.

Either way, it could be argued that also basic health care insurance can be qualified as an economic activity, without being robbed of the elemental solidarity grounds it is based on. The final result probably will not differ much from the current situation, but the institutions managing health care schemes would then be put in a situation of more legal certainty, as their activities would be considered as an economic activity, to which competition law is applicable in principle, but for which clear safeguards (on the basis of Art. 86(2) EC, future primary or secondary legislation) can be provided in order to protect the fundamental principles most health protection schemes are based on.



Anne VAN LANCKER

DÉPUTÉE EUROPÉENNE

MEMBRE DE LA COMMISSION DE L'EMPLOI ET DES AFFAIRES SOCIALES

I would like to thank the Luxembourg Presidency of the European Council for organising this important conference on access to health care at a crucial moment in the European agenda and to give me the opportunity of speaking on behalf of the European Parliament.

Health care is a booming source of economic activity. Therefore, it's an important issue in the framework of the Lisbon agenda. Whilst recognizing that the creation of an internal market for services can stimulate economic growth and create jobs, it is equally important to stress that this should be done in a balanced way, especially in the case

Access to good quality health care is one of the major preoccupations of the European citizens. Health care systems in the Member states have developed over time for the well-being of people. Access to health care nowadays is considered as a fundamental right in Europe and the principles the systems are based upon- solidarity, inclusion, quality, access for all, - are core values for the European social model. For this reason, health care should never be considered as just an internal market issue. It should also be a common social challenge in the framework of the European social agenda.

However, as clearly demonstrated by professor Jorens, the competence of the EU in the field of health care remains rather limited. This limited competence of the EU makes the EU interventions, in the form of a positive integration, still rare. Given the very sensible character of national health care and social protection issues, a certain reticence is even understandable.

However, there are many reasons why the EU should get more involved in a positive way with health care.

- Firstly, although member states have different systems of organising and financing health care, the systems are facing many common challenges: the ageing of the population and the changing care needs of the elderly, the development of medical science and techniques, the need for more prevention care, the lack of sufficient qualified care providers, f.e.
- Secondly, citizens in Europe use their right to free movement more frequently. They live or reside in another member state and have access to care
- Thirdly, health care is not excluded from the application of the internal market rules. The European Court of Justice has repeatedly recognised health care as a service within the meaning of the Treaty and confirmed that patients, as recipients of services, must be able to enjoy the free movement of services that the Treaty guarantees.

The process of positively coordinating health care at the EU level has been very modest and slow up till now.

Already in 1992 the Council stated in a recommendation that the "Member States should maintain and develop high quality health care systems". And although in 1999 the Council recommended health care as one of the four areas of social protection, where reinforced cooperation is necessary, there still is no real strategy at EU-level. After delivering its joint report in March 2003, Council did not show overwhelming enthusiasm to the work more ambitiously on health care at EU level.

Last week the European Parliaments' Committee on employment voted its report on the European Commissions' Communication on "Modernising social protection for the development of high quality, accessible and sustainable health care and long-term care". We warmly welcomed the fact that the European Commission wants to assist Member States in de modernisation and reform of their health care systems through the "open method coordination". We also strongly supported the 3 basic objectives of universal access for all to health care, high quality of care and long-term sustainability.

Parliament considers this Communication as a useful supplement to the Commissions Communication on the 'High level process on patients mobility and the development of health care in the EU", because together they could constitute at last a more comprehensive strategy to develop common views for European health care systems and social protections systems. It surely is high time to deliver!

Despite of this (still rare) initiatives of positive integration of European initiatives in the field of health services, we observe however a growing impact of the European internal market rules (by negative integration). The qualification of health services as a service in the sense of the Treaty makes the competition rules, the free provision of services, the state aid rules and the procurement directives apply. The full application of these kind of rules (especially the competition law and state aid rules) to our national health systems, could, as underlined by Jorens, put the accessibility to our systems under huge pressure. Therefore, it's absolutely necessary that a fair balance should be found between social issues (accessibility, high quality of health ...) and internal market topics.

An analysis of recent rulings of the Court of Justice makes me more hopeful in this regard. It seems to me that efforts are made to find such a balance: the Court does not apply in a blind way its competition rules to health systems, but tries to take all aspects and characteristics of the national health system at stake in consideration.

Despite of this 'good' rulings of the Court of Justice in the field of the health services, being member of the EP, I am, of course, not fully happy with the evolution that a 'European policy in the health sector' is developed by the

judges of the ECJ. Indeed, doing nothing on the political side is not a good option. Health care policies should be directed by politicians, not only by judges.

But although the EU health Ministers already acknowledged this in 2002, progress is limited. There was no real enthusiasm to start a real Open Method of Coordination with clear objectives, action plans and indicators. And in the outcome of the modernisation process of the regulation 1408/71, the problems of reimbursing costs of health care, were not properly addressed.

On the other hand, I miss such a fair balance between social topics and internal market rules in the proposal for a directive concerning services in the internal market of January 2004. This directive will have an enormous impact on health care. Indeed, it does not only deal with reimbursement of costs, but also deals with the health care sector as it does with any other service sector.

For the majority of the European Parliament this is unacceptable. Health care services do not belong in an internal market directive that does not consider the specific features and requirements of this sector. Let me give three reasons for this.

1. As I said before, in EU access to high quality health care is a fundamental right. European health care systems are therefore based on solidarity and universal coverage and embedded in social protection systems. Provision of high quality care, equally accessible to all citizens is considered a core task of public authorities, that invest large amounts of public money in this sector.
2. Health care providers form part of complex system of interactions between many players and there are many built-in checks and balances. Not only customers and suppliers are involved, but also a third party that pays the major part of the bill. Price mechanisms based on the supply and demand do not work here. Therefore healthcare financiers make agreements with care providers on price, content and volume of care.
3. Patients are not ordinary consumers of care. They are vulnerable and dependent. Health care is increasingly complex and patients do not have access all necessary information. Information asymmetry between patients and health care providers is a specific feature of the health care sector.

The services directive does not respect these specific features at all.

The chapter on freedom of establishment obliges member states to simplify and remove a large number of authorisations and licensing procedures and to limit the number of documents required for access and exercise of a service. It also obliges member states to set up a major screening exercise to identify and assess procedures and conditions that service providers have to comply with. If these are not non-discriminatory, necessary and proportional, they should be abolished.

However, authorisations and licensing procedures in health care aim to guarantee the quality of care providers and equal access to care and the conditions that should be screened include national legislation on planning, price fixing mechanisms, the not-for-profit character of health care, staff requirements in health care institutions and referral systems. But these are basic instruments of health care authorities to ensure quality, accessibility and sustainability of health care!

The chapter on free movement of services introduces the principle of the country of origin. According to this principle, health care providers wishing to provide care on a temporary basis abroad would only be subject to the provisions of the member states of their establishment. These provisions include requirements governing the behaviour of the care provider, the quality or content of care, advertising, contracts and the care providers' liability.

Although some of the general and specific exceptions to the country of origin principle may be helpful to avoid the worst-case scenarios for health care systems, it is obvious that, given the enormous diversity in the organisations of health care between the 25 member states of Union and without any previous harmonisation, the principle of the country of origin can simply not be applied to health care. It would open a door for competition between health care conditions and legal requirements. And provide a spiral of deregulation. Such a scenario could only be detrimental for patients and the quality of care.

Therefore I am convinced as rapporteur the European Parliament will follow my advice to exclude health care services completely from the scope of the services directive.

Having said that, this does not mean that health care will be safeguarded from the application of internal rules. Indeed, the European Court of Justice will continue to jurisdiction on these issues and the European Commission started several infringement procedures.

Furthermore, the application of internal market rules is not limited to cases where patients move abroad for health care reasons, but also applies to cases where care providers move.

Finally, there is a need for positive impulses for development of national health care systems and cross border cooperation.

Therefore, the EU should speed up its legislative and coordinating action in this field.

(1) Firstly, the legal uncertainty for patients getting their care abroad without prior authorisation in unwilling member states, that do not comply with the ruling of the European Court of Justice should be stopped by law.

The report of the high level process on patient mobility recommended that secondary legislation could include further provisions updating the regulation on the coordination of social security systems (Reg 1408/171), or general

provisions on free movement of patients or specific clarifications on the application of community law to health services.

It is a missed opportunity that Council did not solve part of this problem whilst dealing with the modernisation regulation 883/2004.

I think that - whilst exempting health care services from the services directive - Council should at the same time reach a political agreement on the issue of reimbursement of health care costs.

(2) Secondly, health care services must be safeguarded in a positive way through a framework directive on services of general interest. In its white paper on SGI, the commission fully recognised the general interest of social and health services. The Commission argued for a systematic approach to identify the specific characteristics of social and health services and to clarify the framework in which they can operate and can be modernised. Therefore, the Parliament is happy with the initiative taken by the European Commission to publish a communication on social services of general interest, taking into consideration the particularities of the health care sector. This could be an important step towards a proposal for a special legislative instrument dealing exclusively with the social and health services.

I know that this is not an easy thing to do, given the differences in health care systems between member states and the sensitiveness of the issue. But a clear definition recognising the specificity of social and health care services of general interest could provide the building blocks for a legal provision that would stop internal market rules from being blindly applied to these services.

Recently, a majority in parliament supported the idea of a framework directive on services of general interest. The future constitution provides for a new legal basis for such a framework directive. (art. 86§2) But the commission should not wait for ratification of the constitution to start working on such a framework directive.

(3) Thirdly, the open method of coordination on health care and long term care must be launched as soon as possible. The 3 basic objectives (quality, accessibility and sustainability) need to be worked out more in detail in order to identify common principles for the definition of health care as a service of general interest.

If the open method of coordination is taken seriously, it will also contribute to a process of mutual learning and exchange of best practices and thus to improvement of health care systems of the member states.

I sincerely hope that this high level conference will convince European politicians of the need for action and bring them some fresh ideas to build out a coherent strategy on health care in Europe.



SESSION 1

LES SERVICES DE SANTÉ ET LE MARCHÉ INTÉRIEUR



Robert KIEFFER

*PRÉSIDENT
UNION DES CAISSES DE MALADIE
LUXEMBOURG*

1) Introduction

Dans la première partie de son rapport sur l'accès aux soins de santé dans un marché unique, le professeur Jorens nous a dressé un état des lieux extrêmement détaillé quant à la coexistence des deux procédures d'accès aux soins transfrontaliers. Il s'agit, d'une part, de la procédure traditionnelle prévue à l'article 22 du règlement 1408/71 avec l'exigence d'une autorisation préalable. Il s'agit, d'autre part, de la procédure nouvelle résultant directement du traité instituant la Communauté européenne (articles 49 et 50) qui se fonde sur le principe de la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté.

En outre, il a mis en évidence les difficultés pour les systèmes nationaux de santé qui résultent de la nature particulière des soins de santé en tant que services. En effet, la prestation de ces services se déroule dans un cadre triangulaire ou intervient à côté du médecin et du patient également l'organisme de financement. Elle nécessite donc un certain conventionnement entre les prestataires et l'organisme de financement.

N'étant pas un expert en droit communautaire, mais un gestionnaire de l'assurance maladie, je voudrais vous présenter mes réflexions concernant les conséquences pratiques de cette jurisprudence sur la gestion des systèmes de soins de santé.

Je vais vous présenter ces conséquences de la perspective d'un petit pays, qui, à l'opposé de la plupart des pays européens, subit les répercussions de cette jurisprudence avec un impact amplifié. En effet, le Grand-Duché de Luxembourg avec sa population résidente de 450.000 habitants présente certaines particularités qui le distinguent des autres pays.

En premier lieu, la taille réduite de la population entraîne nécessairement que l'offre de soins de santé ne peut pas couvrir tous les domaines spécialisés de la médecine à l'intérieur de son territoire et que le Luxembourg est obligé de recourir aux soins de santé offerts par les autres pays européens. Ainsi, le nombre de transferts à l'étranger sur autorisation préalable concerne plus de 2% de la population résidente.

Ensuite, l'exiguïté du territoire fait que chaque résident du pays se trouve à moins de 30 kilomètres d'une frontière, de sorte que la distance aux prestataires étrangers ne constitue guère de barrière pour l'accès aux soins.

De même, la pratique répandue des langues française et allemande supprime toute barrière linguistique vis-à-vis des pays avoisinants que sont l'Allemagne, la Belgique et la France.

Le problème de l'accès aux soins à l'étranger se pose donc du point de vue quantitatif d'une manière beaucoup plus aiguë que tel ne semble être le cas dans les autres pays européens.

2) Le problème du conventionnement des prestataires de soins

Dans ce contexte, je voudrais focaliser mon attention sur une caractéristique essentielle des systèmes de soins nationaux, caractéristique qui me semble totalement mise en cause au niveau européen par les libertés fondamentales incluses dans le traité.

2.1 La situation au niveau national

La caractéristique particulière des systèmes de soins de santé est précisément celle que les prestataires de soins de santé ne peuvent pas fournir librement leurs services à l'intérieur d'un pays, lorsque ces services sont financés par la collectivité sur la base du principe de solidarité.

Dans tous les Etats membres, on constate que le développement de la sécurité sociale sous quelque forme que ce soit en matière de soins de santé, a conduit historiquement à des formes de régulation extrêmement poussées du marché des soins de santé. Que cette régulation ait lieu dans le cadre de services nationaux de santé, centralisés ou décentralisés ou qu'elle ait lieu dans le cadre de systèmes d'assurance sociale, type remboursement, type prestation en nature ou type mixte (comme au Luxembourg), cette régulation a en définitive comme objectif de contrôler l'offre de soins de santé.

La finalité de ce contrôle consiste évidemment dans la limitation de la croissance des dépenses de santé en vue d'assurer l'équilibre financier. En effet, dans la mesure où ces soins de santé sont pris en charge totalement ou partiellement par un tiers, à savoir la collectivité publique, les mécanismes économiques classiques de l'offre, de la demande et de la fixation des prix ne fonctionnent plus normalement. Il s'agit justement de maîtriser la demande induite par l'offre des prestataires et de restreindre le hasard moral résultant du fait que les patients n'ont plus à supporter le coût intégral des services.

Ce contrôle a également pour objectif de garantir la qualité des soins et d'agir sur l'asymétrie d'information entre le patient et le prestataire.

Que cette régulation ne soit pas un simple accessoire de la politique sociale, mais constitue un pilier fondamental de cette politique, peut être documenté par le fait que, dans la législation sur l'assurance maladie au Luxembourg, le chapitre relatif aux relations conventionnelles avec les prestataires occupe un quart des articles de la loi sur l'assurance maladie.

Quelles que soient les formes que cette régulation du marché des soins de santé ait prises au niveau national, cette régulation s'inscrit depuis toujours dans le cadre de la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, compétence qui ne devrait pas être mise en cause par le droit communautaire.

2.2 La situation au niveau européen

Que se passe-t-il maintenant, si l'on passe du niveau national au niveau européen. Que le principe de la régulation du marché des soins de santé par des relations conventionnelles avec les prestataires ait une raison d'être est documenté par le fait que chaque Etat membre la pratique avec des degrés de contrainte plus ou moins forts. Il faudrait donc conclure que le principe de la régulation du marché des soins de santé a également une validité au niveau européen puisqu'il est pratiqué dans tous les Etats membres qui composent l'Union européenne et qu'il constitue une caractéristique fondamentale du système de soins de chaque Etat membre.

Mais tel n'est pas le cas.

La Cour de justice européenne a jugé que malgré la nature particulière de certains services – et dans le cas présent des soins de santé – cette nature particulière ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de la libre circulation. Il s'ensuit que toute tentative par une législation nationale de restreindre la prise en charge de prestations transfrontalières - soit par le déremboursement, soit par un remboursement réduit, soit par une autorisation préalable - au motif que le prestataire étranger ne soit pas soumis aux relations conventionnelles, est considérée comme une entrave à la libre prestation de services. A remarquer que ces restrictions restent parfaitement valables à l'intérieur de chaque Etat membre.

On constate donc qu'en passant du niveau national au niveau européen, on est en présence d'une rupture dans la logique de la prise en charge des prestations. Les prestations d'un médecin non conventionné doivent être prises en charge différemment selon que le médecin réside de ce côté de la frontière ou de l'autre côté de la frontière. Il s'ensuit que la régulation prévue au niveau national ne fonctionne plus pour les prestations transfrontalières.

Il est évident que cette situation affecte davantage un petit pays où la demande transfrontalière de soins de santé est importante en comparaison avec les grands pays où cette demande est nettement plus réduite, en raison de l'offre plus complète de soins à l'intérieur de leur territoire. Pour un petit pays, comme le Luxembourg, la question de la possibilité d'un contrôle de l'offre de soins se pose donc concrètement. En outre, la proximité de l'offre transfrontalière qui n'est plus soumise aux contraintes de la régulation du marché luxembourgeois, provoque un fort sentiment de discrimination à rebours des prestataires luxembourgeois, ce qui rend extrêmement difficile les négociations avec le corps médical.

Ce qui est paradoxal, c'est le fait que la grande majorité des soins de santé en Europe soient délivrés dans le cadre de prestataires de soins conventionnés sous une forme ou une autre avec leur système de santé. Ce n'est qu'une minorité de soins qui sont prestés en dehors d'un tel système (notamment les patients privés et les personnes ne disposant pas de couverture sociale). Et ce sont les caractéristiques commerciales de cette minorité de soins de santé qui devraient maintenant s'appliquer à tous les soins transfrontaliers.

3) Quelles conséquences au niveau politique ?

Il faut se demander si ce défaut de continuité dans le traitement des prestations transfrontalières correspond à une véritable volonté politique au niveau européen ou s'il résulte d'une application mécanique d'une certaine hiérarchie des principes, à savoir que la libre prestation de services transfrontalière prime le droit des Etats membres d'aménager leur système de sécurité sociale.

La première hypothèse d'une volonté politique explicite au niveau européen de ne plus restreindre la libre prestation de services devrait logiquement aboutir au niveau national dans la suppression de toutes les limitations quant à la prise en charge de prestations fournies par des prestataires non conventionnés. Face aux difficultés croissantes du maintien de l'équilibre financier des systèmes de soins de santé nationaux, une telle volonté n'est manifestement pas décelable dans les différents Etats membres.

La deuxième hypothèse d'une résultante mécanique de l'application d'une certaine hiérarchie des normes me semble davantage plausible.

Aussi se pose-t-il la question de savoir s'il est possible de maintenir au niveau européen cette caractéristique fondamentale des systèmes de santé nationaux, à savoir le principe du conventionnement des prestataires en dépit du principe de la libre circulation des services.

Comme le principe de la libre prestation de service figure directement dans le traité, il ne suffira pas d'exclure de la Directive relative aux services dans le marché intérieur les services de santé et les services d'intérêt général financés par des fonds publics.

En effet, il faut se demander s'il est justifié de qualifier indistinctement tous les soins de santé comme services au sens de l'article 50 du traité. En raison de la relation triangulaire particulière entre le patient, le prestataire et l'organisme de financement et de la nécessaire régulation existant dans cette relation, il faudrait distinguer entre les soins de santé financés par la solidarité et les soins de santé ne tombant pas sous un tel financement solidaire.

A mon avis personnel, il sera nécessaire de créer au niveau du traité une dérogation à la libre circulation des services pour les services de santé qui sont financés par la solidarité, quitte à prévoir qu'un règlement ou une

directive spécifique fixe les règles applicables aux soins transfrontaliers financés par la solidarité.

Par exemple, pour un pays comme le Luxembourg avec un niveau élevé des coûts des soins de santé, il serait parfaitement possible d'accepter la prise en charge des soins transfrontaliers sans autorisation préalable aux tarifs sociaux du pays d'accueil, à la condition que ces soins de santé soient prestés par des prestataires conventionnés dans le pays d'accueil et selon les règles applicables dans ce pays d'accueil.

Un tel type de solution pour les soins transfrontaliers qui se réfère aux principes de la coordination contenue au règlement 1408/71, respecterait cette caractéristique essentielle des systèmes de soins de santé.

D'ailleurs, il fournirait une solution pour des cas problématiques qui subsistent actuellement au Luxembourg. Pour des traitements indispensables qui ne peuvent pas être réalisés au Luxembourg, il n'existe aucun tarif au Luxembourg puisqu'il n'est pas possible d'en déterminer le coût de revient. Quel montant rembourser à un patient qui s'est fait traiter à l'étranger chez un médecin ou dans un hôpital non-conventionné et qui présente des factures établies pour un patient privé ? Le fait de s'adresser à un médecin ou un hôpital conventionné produirait au moins des factures selon les tarifs sociaux du pays d'accueil.

Toutefois il est évident que cette solution ne serait pas, pour le moment, économiquement supportable pour les pays où le niveau des coûts des soins de santé est nettement inférieur à celui du pays d'accueil du patient.



Isabel DE LA MATA BARRANCO

CONSEILLER SANTÉ
REPRÉSENTATION PERMANENTE DE L'ESPAGNE AUPRÈS DE L'UE
ESPAGNE

Les services de santé sont des services: il y a toujours une offre et une demande, celui qui offre et celui qui demande-reçoit. Mais ils sont des services spéciaux.

Dans le système sanitaire public espagnol, il y a quelques nuances à la conception classique de service. Celui qui offre c'est celui qui paie et celui qui reçoit ne paie pas, au moins directement (avec l'exception des médicaments)

Les services sanitaires publics sont gérés par les régions. Les professionnels de la santé qui travaillent dans les centres de santé ou les hôpitaux sont des fonctionnaires. Ils doivent passer un concours, ils reçoivent un salaire et il y a toute une procédure pour changer de poste de travail. Ils ne sont pas des professionnels indépendants qui offrent ses services et qui sont payés par acte médical.

C'est l'Administration, de l'État et régionale, qui planifie, organise, finance, offre et fournit les services et soins de santé. C'est pour cela que pour l'Espagne les services de santé sont des services, mais spéciaux.

Le système de santé privé est parallèle, un système séparé.

Jusqu'à récemment, les patients n'avaient pas beaucoup de choix. Chaque personne, chaque citoyen était attribué un médecin généraliste, en fonction du domicile. Et selon le médecin généraliste, sont attribués le médecin spécialiste et l'hôpital de référence. Mais, cela permet avec pas beaucoup d'argent, plus ou moins 1000 Euro par personne et par année, d'avoir un état de santé pas mauvais, le septième dans la classification de l'OMS et avoir une espérance de vie qui est entre les meilleures du monde, surtout pour les femmes. Et tout ça avec une protection sociale dans d'autres domaines qui est loin de celle d'autres pays (il n'y a pas d'allocations familiales directes, on commence seulement maintenant à discuter la couverture de la dépendance, les soins pour les personnes âgées ne sont pas grandement publics, etc).

Notre système de santé n'est pas un système de sécurité sociale. C'est très difficile à faire comprendre cela. La Sécurité Sociale est une chose et la Santé une chose différente. Ce sont des Ministères différents, ce sont des services différents, ce sont des budgets différents et ce sont des objectifs différents. Les soins de santé sont payés par les impôts. Les paiements pour la sécurité sociale (une partie du salaire du travailleur et une partie payée par l'employeur) sont destinés à la pension de retraite, le chômage, les paiements du salaire en cas de maladie, maternité ou invalidité, entre autres.

La carte sanitaire européenne est une carte de sécurité sociale pas une carte de santé. Non seulement parce qu'elle n'a pas des données de santé, mais parce que il y a des personnes qui ont droit à des soins de santé (tous les résidents en Espagne ont droit aux soins de santé), mais ils n'ont pas de couverture de sécurité sociale. La carte sanitaire espagnole est octroyée à toutes les personnes ayant le droit aux soins du système national de santé (dans les différentes régions ou régimes). Mais la carte «sanitaire» européenne est seulement pour les personnes qui ont la sécurité sociale. Cela laisse à l'écart au moins 2 millions de personnes, par exemple les fonctionnaires. Le droit à la sécurité sociale, c'est un droit pour les travailleurs/pensionnés, de protection sociale, mais les droits à la santé sont liés à la résidence en Espagne et parfois à la citoyenneté.

Le règlement 1408/71 n'est pas la panacée. Il y a aussi des situations à côté: les accords transfrontaliers, avec le Portugal ou la France, les citoyens européens qui se déplacent «sans papiers» pour obtenir traitement, les fonctionnaires, les personnes qui vivent entre deux pays, etc.

L'Espagne est un pays avec des caractéristiques spéciales, on a le soleil, les gens aiment bien y venir en vacances et même s'y installer pendant la retraite. Je voulais vous montrer une figure avec la réalité en Espagne. La première colonne, ce sont les résidents de l'Espace Économique Européen (l'Islande et le Lichtenstein non compris) qui résident légalement –avec carte de résidence– en Espagne, par région. La deuxième colonne montre les ressortissants des mêmes pays (sauf la Suisse) qui sont inscrits à la Commune.

414.610 ressortissants de l'Espace Economique Européen avec une carte légale de résident en Espagne, mais 598.990 qui sont inscrits dans la commune, c'est-à-dire qui habitent en Espagne. C'est-à-dire, qu'il y a 180 000 personnes plus qui réellement habitent que celles qui sont censées habiter. Ce sont des ressortissants européens, ils n'ont pas de problèmes pour avoir une carte de résidence légale, mais, pour une raison ou l'autre ils préfèrent avoir une double résidence, une effective dans leur pays d'origine et une en Espagne.

Cela rend la planification sanitaire très difficile. Le fait que vous êtes inscrit à la commune donne le droit à la carte sanitaire, aux soins de santé. Mais, au même temps, vous n'êtes pas un résident légal et le service régional de santé ne reçoit pas d'argent pour vous.

Cette population «flottante» provoque des problèmes de planification sanitaire (on sait qu'ils sont là, mais pas d'une façon régulière). Au même temps, provoque des problèmes de soins, parce que parfois ils reçoivent les soins de santé en Espagne et parfois dans leurs pays d'origine.

Les ressortissants étrangers qui font recours aux soins de santé peuvent se classer en 4 domaines:

- les personnes à la retraite qui habitent en Espagne
- les personnes à la retraite qui passent des séjours assez longs (6 mois) mais qui gardent ses droits de pension dans le pays d'origine
- les touristes
- les touristes sanitaires (ils profitent du tourisme pour se faire soigner; la reproduction artificielle est bien connue dans ce domaine, et les prothèses de hanche; ou bien le recours aux urgences hospitalières comme une façon de rentrer sans payer et sans liste d'attente, il en est de même pour les médicaments pour les personnes à la retraite qui ne sont pas payants).

Il y a deux sujets différents qu'on veut signaler et délimiter clairement: l'argent et les patients, le remboursement des soins donnés et le traitement adéquat. Le règlement 1408/71 garantit le droit aux soins et le remboursement, mais ne s'occupe pas du traitement, des problèmes d'information, de suivie, etc. Les Ministères de la Santé s'occupent des patients; cela veut dire faire le suivi, les personnes arrivent avec une histoire de santé ou non et elles repartent avec une histoire de santé ou non, mais le suivi du dossier médical, les données du patient est une affaire non réglé. Il faut se mettre d'accord avec les médecins traitants dans le pays d'origine et dans le pays de destination. Il y a des sujets cliniques, des sujets personnels (les personnes très malades parfois veulent retourner dans son pays d'origine pour être avec leurs proches, la langue, la méconnaissance du système, etc.). Les problèmes du déplacement de patients en Europe n'est pas seulement un problème de reconnaissance du droit et de remboursement, est beaucoup plus large.

	Legally residents EEE (falta Islandia y Liechstein)	Inscriptions at the Commune EEE (falta Suiza, Islandia y Liechstein)
TOTAL	414.610	598.990
ANDALUCÍA	81.032	109.018
ARAGÓN	4.031	3.941
ASTURIAS (PRINCIPADO DE)	3.778	3.965
BALEARS (ILLES)	37.263	56.856
CANARIAS	54.694	81.873
CANTABRIA	1.774	1.885
CASTILLA Y LEÓN	8.907	10.599
CASTILLA-LA MANCHA	2.790	3.406
CATALUÑA	64.464	76.219
COMUNIDAD VALENCIANA	73.541	157.913
EXTREMADURA	3.114	3.155
GALICIA	13.033	16.344
MADRID (COMUNIDAD DE)	45.717	47.121
MURCIA (REGIÓN DE)	7.682	9.880
NAVARRA (COMUN. FORAL DE)	2.448	4.015
PAÍS VASCO	8.560	10.481
RIOJA (LA)	1.245	1.854
Ceuta y Melilla	433	465



Eva LUKACS

*CONSEILLER DU DÉPARTEMENT DES AFFAIRES INTERNATIONALES ET DE L'UE
MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES AFFAIRES SOCIALES ET FAMILIALES
HONGRIE*

Ladies and Gentlemen, it is a pleasure for me to be here, and let me address some questions which are relevant from the Hungarian point of view. As it has been outlined by the previous speakers, we have three main reference points here regarding health services and the internal market: the Treaty of Rome, especially its provisions on the freedom of establishment and the freedom to provide services; Regulation 1408/71/EEC concerning the coordination of social security connected to the free movement of persons and, as third, the new Services Directive proposal. Regarding the Treaty of Rome, Hungary tries to deal with the principles of freedom of establishment and freedom to provide services along the same lines: stress is put on the persons who render and receive services.

As regards service provision, we believe that in order to maintain a high-quality service, the person actually providing the service must be taken as a reference point. The Hungarian regulation is the same for persons rendering health care services as self-employed or employees of a company, established either in Hungary or in another Member State. The basis for health care service provision is the possession of an appropriate (Hungarian or foreign) degree, the recognition of EC diplomas gains grounds in the directives on the mutual recognition of diplomas. In Hungary, there is an independent authority, designed for dealing with applications, and since our accession in May 2004, we have received and approved 1,240 applications, out of which 70% were doctors, and then 10-10% dentists and nurses. These health care professionals are welcome in Hungary, they are offered the opportunity to provide services on the same footing as their Hungarian colleagues, being active privately or in a contracted form, for a longer period or only incidentally. This framework for service provision is very useful in Community Law and there are numerous possibilities to pursue cross-border activity to persons as well as to companies.

However, in our opinion the Treaty itself has its limits. In respect of health care, the Treaty lays down that "Community action in the field of public health shall fully respect the responsibilities of the Member States for the organisation and delivery of health-services and medical-care". In our opinion this provision enjoys priority over the general rules laid down for free movement of services, and certain Member State competencies shall be preserved. In our view, Community action, thus, cannot intervene into national competencies in the way envisaged by the Services Directive proposal, hence the country of origin principle and the planned elimination of

certain authorisations, territorial restrictions, tariff setting and so on, would definitely be an interference with both national sovereignty and national competencies. Based on this, Hungary at present is not able to support the inclusion of health-care services into the Services Directive proposal, aimed at conserving the right of Member States to fully effectuate their regulatory and controlling powers.

However, it is only one side of the coin. As regards service provision, since the famous judgment of the ECJ in *Luisi and Carbone*, it is clear that the freedom to provide services also encompasses the right of service recipients to receive services. In this regard, the Hungarian position is completely different from our position concerning the Services Directive proposal. This way of thinking already brings us closer to the framework of Regulation 1408/71/EEC on the coordination of social security schemes and to Article 23 of the Services Directive proposal. In order to highlight the Hungarian position, it is necessary to mention, that since the EU accession, based on Regulation 1408/71/EEC, Hungary issued 200,000 E111 forms - the European Health Insurance Card is going to be issued as from the 1st of January, 2006 - and out of these 200,000 E111 forms, up to now, only 175 pieces have been invoiced by other Member States. This is a very small number, even if invoicing sometimes happens years after the actual medical treatment was provided. Similarly, we issued a small number of E112 forms, namely 122, meaning that prior approval was given to foreign medical care in only 122 cases. In both cases, the National Health Insurance Fund (NHIF) is required to bear the total cost of the treatment, which, taking into account the potential tariff differences, might be rather unpredictable. Clearly, the *Kohll and Decker* case and the subsequent case-law have brought a new element into the system of patients' rights. Now it is common sense, following these judgments, that Member States are obliged to reimburse the costs of non-hospital services even if prior approval has not been given. In these cases no E form is used, and the level of reimbursement is equivalent to the tariffs used in inland financing. Theoretically, hence the actual costs do not exceed Hungarian tariffs, this case law might not really affect finances, and is not so much unpredictable as is Regulation 1408/71/EEC. Let us take a couple of remarks regarding the legal situation and the actual practice connected to the Regulation and the case law.

In 1998, when Hungary first faced the challenging *Kohll and Decker* judgment, it has been quite undisputed that it is not going to have any concerns to Hungary. There has been a consensus that benefit-in-kind systems – such as the Hungarian one –, in which the service provider possesses an authorisation to operate, on the basis of which it is contracted and subsequently reimbursed by the NHIF, and patients are given free of charge health care services, does not fall within the ambit of this judgement. However, with the passage of time and the announcement of new cases (*Vanbraekel* etc.) it became clear that the decisions had far reaching legal

consequences also for the Hungarian system and new procedures has to be invented for its implementation. Being in the course of the accession negotiations and the legal approximation process, we tried to establish connecting points between Regulation 1408/71/EEC and the Kohll and Decker case law and finalise the legal amendments accordingly. As a result, as from the 1st of May 2004, the Hungarian Act LXXXIII of 1997 on Compulsory Health Insurance and its implementing government decree contain express provisions both on the application of Regulation 1408/71/EEC and on the application of the Kohll and Decker case-law. According to Article 27 of the Act, insured persons are entitled to obtain non-hospital medical care without prior approval in other Member States, and they have entitlement to reimbursement according to the Hungarian tariffs not exceeding the actual cost of the treatment. The Act expressly defines “non-hospital care”. It includes services of a general practitioners’ practice, dental treatments and in certain cases, after due consultation with a general practitioner, it can be extended to other medical services as well. From a legal point of view, the Hungarian law contains already what has been put forward by the judgements of the ECJ and what is planned to be accomplished by Article 23 of the Services Directive proposal. This is the reason, why Hungary has not expressed serious concerns regarding Article 23 of the Services Directive proposal. Indeed, support has been emphasised throughout the consultation process with a stress to place this implementing provision into Regulation 1408/71/EEC due to transparency and legal certainty reasons.

It should be noted, however, that in the last one year, we have received not a single application based on the provision implementing the Kohll and Decker case law (Article 27 of the Act). It means, that there was not one Hungarian insured person who wanted to avail himself of this provision. On the contrary, as it has been mentioned already, we issued 200,000 E111 forms among which 300 forms have been required after the treatment has been obtained. Though on a very small scale, practice has shown that persons who had obtained medical treatment in a Member State without an E111 form rather applied for it after the treatment instead of referring to the Kohll and Decker opportunity. It is quite understandable as the reimbursement tariffs are very different. Regulation 1408/71/EEC provides for total reimbursement (in terms of the hosting states’ norms) while the Kohll and Decker case law only provides for Hungarian tariffs. It is noteworthy to emphasise, that a country with low(er) health care tariffs, like Hungary, is much more challenged by Regulation 1408/71/EEC (speaking also of Regulation 631/2004/EC) than by the Kohll and Decker case law in financial terms.

In sum, Hungary applies both the Regulation and the relevant case-law, however, in our view, further elaborations might be necessary regarding the additional payment principle appearing in the Vanbraekel case. The additional payment principle in the Vanbraekel case, even if seems logical from a legal

point of view, might be very difficult to apply in practice, and abuses might not be excluded. We would put it forward for further discussion.

I would lastly reiterate our position regarding the Services Directive proposal. Hungary does not have any problems with Article 23 of the proposal, hence we already apply its Hungarian implementation (at least the legal basis has been invented). It would be, however, an appropriate step to insert this article or an article of similar wording into Regulation 1408/71/EEC. In our view, it is misleading to apply two different sets of rules for the same groups and reason, only because there are different reimbursement mechanisms.

And last but not least, based on our experiences with EC law, it seems to us that the provision of services in the field of health-care is most delicate in cross-border areas, especially between Hungary and Slovakia or Hungary and Austria. That is why we have frontier co-operations with Slovakia, outside the scope of Regulation 1408/71/EEC or partially inside, and we firmly believe that this sort of co-operations are going to result in very fruitful sorting out of the issues of patient mobility.

Ladislav ŠVEC

*DIRECTEUR
CENTRE POUR REMBOURSEMENTS INTERNATIONAUX (CMU)
RÉPUBLIQUE TCHÈQUE*

As everybody knows the legal basis for discussions of last few years are judgements of ECJ providing repeatedly, that health care has to be considered as a service in the sense of free movement of services.

Jurisdiction of ECJ comes at the same time, when many European systems feel the necessity of reforms in order to reach higher effectiveness, taking into account future common European challenges like ageing of population and introducing of a new high costly methods of health treatment.

Surely it is not just a game of chance that these breaking judgements and reforming effort of particular states met at the same time, time which can be described as an epoch of new technologies, time of even easier access of patients to informations, time of even higher privat sector influence to public services, time where borders are losing their sense, time when processes running in one place are directly influencing happenings in other part of the planet, time which is usually defined as a globalisation,.

In this situation issue of cross border providing health care in a framework of EU can be seen from two perspectives. As more or less unnecessary further financial burden of already embarrassed public health insurance schemes, or we can see it positively, as an accelerant of necessary changes in national law on public health.

Anyway, discussions about health care as a service are all the more complicated due to the fact, that there are a very different systems among particular EU countries and that is why their approach to particular decisions of ECJ has also to be different. In that situation it 's hard to find uniform view which would be in compliance with free movements of services on one side and all the interests of member states on other side. State by state also differs possible financial, legal and organisational impact of ECJ judgements and following EU commision proposals introduction to the practice.

Approach of particular states differs, but one aspect of public discussion is the same probably for most of them. It is the fact, that everything what is connected with access to public services, financing of system and costs of health care is considered as one of the most important and sharpest political issues. Due to this fact discussions and consideration on possibilities of free european market of health services are not probably everywhere and always based only on objective analysis and assessments, but very often also on fear of changes.

Summarising very briefly the Czech approach to the problemacy it's necessary to state, that we consider jurisdiction of ECJ and it's interpretation of Treaty, binding on us and on the practise of our institutions. Of course this approach concerns situations, where decision of ECJ is clear and where are no doubts about the right way of its interpretation. Unfortunately there are still many questions staying and further jurisdiction of ECJ is impatiently expected.

Current situation, when decisions of ECJ, concerning entitlements of insurees are not transposed to any other EU legal act we consider undesirable and bringing legal uncertainty not only to insurees, but also to institution which should apply national, but also EU law in practice.

From our point of view the best solution would be to add results of ECJ jurisdiction to directly applicable Regulation 1408/71 (resp. 883/2004), dealing beside others with issues concering reimbursement of health care provided to insurees of one state in the territory of other state. The advantage of this solution is coverage of all issues connected with insurees entitlements in one legal act. Anyway, the results of ECJ jurisdiction should be as soon as possible transposed to EU legal act, either to the Regulation or to the Directive.

Talking about movement of patients, which is the most important part of issue, we know already first figures concerning 2004. During first year of our membership, Czech health insurance funds authorised treatment abroad in 23 cases. Seven applications were refused. On the other hand 210 foreign insurees were treated in the Czech Republic on E112 basis.

Unfortunately we have no exact figures about number of reimbursements on the basis of free movement of services principles. We know only that number of reimbursements according Czech tarrifs is not too high. The fundamental barrier for more often use of this freedom by Czech insurees is low level of reimbursements tarrifs according Czech law in comparison with costs of treatment provided in countries, which are potentialy interesting for our insurees.

According known figures and further assessments we can generally see, that Czech Republics' system is more provider of health care to foreign citizens and insurees than a consumer of health care abroad.

Talking about free movement of providers we suppose that the way of facilitation of services providing has to be more discussed and that the principle of state of origin cannot be fully applied in this sector. Especially without strenghten of trust and cooperation between particular countries we can hardly move on.

As it was mentioned before, there are stil many questions not explicitly responded by ECJ. One of these questions concerns providing of services by foreign provider in the territory of the state of insurance. Especially for the

systems based on contracting the providers, where insurees are not entitled to any reimbursement if they were treated by not contracted doctor, it seems to be very interesting and important to find out, whether current or future ECJ judgements can constitute legal basis for patient's reimbursement. Positive answer could probably lead to concrete changes not only in our national law.

Finally we can say, that development in the field of EU law is actually pushing to liberalisation of health sector and partially weakens regulatory power of member states. On the other hand this move of EU law can be seen also positively as an accelerant and as a part of necessary changes in our national legislations and as a pressure to improving of services providing in the framework of our public schemes.

In other words possible problems of our national health systems are not and are not going to be caused by application of EU freedoms, but more by objective challenges of today's world and lack of political courage on national level to respond to them and to make a necessary changes in time.





Géraldine FAGES

ADMINISTRATEUR
DG MARCHÉ INTÉRIEUR ET SERVICES
COMMISSION EUROPÉENNE

Je suis contente de prendre la suite de Monsieur Švec qui nous a donné une vision si positive du futur. Ma présentation portera sur la proposition de directive relative aux services dans le Marché Intérieur¹⁾. D'autres en ont parlé avant moi.

Je souhaiterais vous expliquer pourquoi la précédente Commission européenne a adopté cette proposition de Directive et pourquoi elle a décidé d'inclure les services de santé dans cette proposition.

1. Pourquoi une Directive services ?

Cette proposition de Directive, puisqu'il s'agit d'une proposition, trouve son origine dans le processus de Lisbonne. Elle vise à établir un véritable marché intérieur pour les services afin d'exploiter le potentiel en terme de création d'emplois et de croissance qui réside dans le secteur des services.

Cette Directive vise à faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services et la prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne.

Cette proposition trouve aussi son origine dans un rapport de juillet 2002²⁾ sur le fonctionnement du marché intérieur des services. Rapport qui a été très mal intitulé puisqu'en fait on aurait dû l'appeler « rapport sur le non-fonctionnement du marché intérieur des services » ! Ce rapport est un véritable constat d'échec de mise en œuvre de ces libertés fondamentales. La réponse de la Commission à ce défi que représente la création d'un véritable marché intérieur des services dans l'Union européenne s'inscrit dans cette constatation que jusqu'à présent l'application directe des libertés garanties par le Traité n'a pas fonctionné.

2. Pourquoi une approche horizontale ?

L'approche suivie par la Commission est une approche horizontale. Elle choque dans le domaine des services. Tous les orateurs l'ont dit : les services de santé ne sont pas des services comme les autres. Pourquoi donc avoir suivie cette approche ?

Parce qu'en fait, lorsqu'on se détache de la nature du service: service de santé, de tourisme, de sécurité privée, on se rend compte que d'un point de vue juridique, les prestataires de services dans l'exercice de leurs libertés se

1) COM (2004) 2 final du 13.01.04.

2) COM (2002) 441 final du 30.07.02.

heurtent aux mêmes obstacles. Ce n'est pas avec cet objectif en tête que nous avons mis tous les services dans le même panier. Nous avons cherché à établir une nomenclature des obstacles auxquels se heurtent les prestataires de services et à y remédier.

De plus, je dois souligner que la proposition « Services » prend en compte la spécificité des services de santé. De nombreuses références sont faites dans les articles de la Proposition à la nécessité de protéger la santé publique. La Commission ne l'avait peut-être pas assez fait et la Présidence luxembourgeoise a bien amélioré le texte de ce point de vue. La Présidence luxembourgeoise a publié un nouveau texte qui se trouve sur le site Internet sur lequel les modifications apportées par le groupe de travail du Conseil sont clairement indiquées. Vous constaterez, si vous le lisez, que la plupart des ajouts concernent les questions de santé.

3. Pourquoi la précédente Commission a-t-elle décidé d'inclure les services de santé dans la Directive services ?

La responsabilité initiale en incombe à la Cour de Justice. Tout le monde a évoqué ici les arrêts Kohll, Decker et suivants³⁾. La Cour a confirmé, réitéré que les services de santé sont des services au sens du Traité. A partir de là, la Cour a développé une jurisprudence sur le remboursement des soins de santé. C'est cette question de la mobilité des patients qui, si je peux m'exprimer ainsi, encombre le rôle de la Cour et les armoires de la Commission.

Certains qui se sont exprimés avant moi, ont attiré l'attention sur les questions suscitées par la proposition de directive, dans sa partie concernant la liberté d'établissement. Oui, il y a des problèmes en matière de liberté d'établissement et nous avons reçu des plaintes de la part de professionnels qui font face à des difficultés dans l'exercice de cette liberté. Oui, il y a quelques plaintes en matière d'application du principe du pays d'origine au domaine des services de santé. Mais, ce n'est rien à côté des plaintes que nous recevons de patients qui se heurtent à des refus d'autorisation pour se rendre dans un autre Etat Membre afin d'y être soignés ou à des refus de remboursement de la part de leur organisme de sécurité sociale.

L'article 23 relatif à la prise en charge des soins de santé est la raison pour laquelle la Commission a décidé d'inclure les services de santé dans le champ d'application de la Directive. En effet, les patients ne comprendraient pas que cette Directive services qui est l'instrument historique de mise en oeuvre de la libre prestation de services ne traite pas de cette question qu'ils considèrent comme cruciale. On l'a dit, la santé publique est une des préoccupations essentielles du citoyen européen et le citoyen européen ne

3) Arrêt Kohll, affaire C-155/96 du 28.04.98, arrêt Decker, affaire C-120/95 du 28.04.98, arrêt Smits et Peerbooms, affaire C-157/99 du 12.07.01, arrêt Vanbraekel, affaire C-368/98 du 12.07.01, arrêt Müller-Fauré et Van Riet, affaire C-385/99 du 13 mai 2003, arrêt Inizan affaire C-56/01 du 23.10.03, arrêt Leichtle, affaire C-8/02 du 18 mars 2004.

comprendrait pas que finalement cette Directive « Services » soit une Directive business et pas une Directive citoyenne.

4. La prise en charge des soins de santé – L'article 23 de la proposition

Toute une section de la proposition de Directive est consacrée aux droits des destinataires de services. L'article 23 en est une composante essentielle. Cet article 23 constitue la transposition pure et simple des jugements de la Cour. Nous ne sommes pas allés plus loin en ce qui concerne les éléments essentiels.

L'article 23 stipule que les Etats membres doivent rembourser les soins non hospitaliers même en l'absence d'autorisation préalable. En ce qui concerne les soins hospitaliers, une autorisation peut toujours être exigée. En ce qui concerne les conditions de fond d'octroi de cette autorisation, la proposition renvoie aux conditions établies par le Règlement 1408/71 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Elle impose aussi le respect de conditions de transparence destinées à encadrer le pouvoir discrétionnaire des Etats membres.

En ce qui concerne la question des tarifs de remboursement, l'article 23 précise que les soins doivent être remboursés aux tarifs applicables dans l'Etat membre d'origine du patient. L'article 23 précise dorénavant à la demande de certains Etats membres que le patient ne peut pas tirer profit de la libre circulation. En aucun cas, il ne pourra lui être remboursé plus que ce qu'il a dépensé.

Cet article 23 a pour objectif de garantir les droits des patients tels qu'ils ont été reconnus par la Cour de Justice. Certains diront pourquoi la jurisprudence ne suffit-elle pas ? Parce qu'à l'évidence, elle ne suffit pas, elle n'apporte pas la sécurité juridique nécessaire pour que les patients puissent en toute sérénité d'esprit franchir une frontière pour aller voir un médecin. Certains l'ont dit avant moi, la grande majorité des Etats Membres n'ont pas transposé la jurisprudence. Les services de la Commission ont rédigé un rapport sur la base des contributions des Etats Membres dont il ressort que la plupart des Etats Membres n'ont pas pris de mesures de mise en application de la jurisprudence⁴⁾.

Ainsi, à l'heure actuelle, au sein de l'Europe il y a des patients qui peuvent circuler parce que leurs Etats Membres se sont mis en conformité et d'autres qui ne circulent pas parce que leurs Etats Membres ne se sont pas mis en conformité. Et tout ça finit devant la Cour de Justice.

Sept arrêts ont été rendus par la Cour de Justice. Nous avons quatre questions préjudicielles devant la Cour. Nous n'en avons plus que deux, puisque la Cour d'un Etat membre a estimé que compte tenu de ses développements, la jurisprudence de la Cour était assez claire et lui

4) SEC(2003) 900 du 28.07.03.

permettait de rendre ses propres jugements. Nous avons cependant deux nouveaux cas devant la Cour et nous continuerons à avoir des recours préjudiciels de la part des cours nationales qui seront de plus en plus souvent saisies et nous aurons des arrêts rendus sans recours préjudiciels par les Cours nationales si nous ne prenons pas la peine de clarifier dans un texte communautaire les droits des patients en matière de remboursement. Les objectifs de la directive Services sont de garantir les droits des patients et d'améliorer la sécurité juridique. Ce dernier point répond à une demande explicite du High Level Reflection Group on patient mobility and healthcare development, qui réunissait les Etats Membres, ceux-là mêmes qui aujourd'hui hésitent à franchir le pas. Un troisième élément est aussi très important, plusieurs orateurs l'ont souligné: il ne faut pas laisser s'établir une « République des Juges ». Il appartient maintenant au législateur communautaire de se saisir de cette question. Tout le monde dit que c'est une question importante et que le législateur communautaire doit s'en préoccuper. Je ne crois pas que la meilleure façon de s'en préoccuper soit de renvoyer cette question à plus tard. De toute façon et tout le monde l'a dit, les règles du marché intérieur continueront à s'appliquer avec ou sans Directive «services» et dans ce cas, nous aurons de la jurisprudence.

Une attention particulière doit être portée à la définition des soins de santé qui figure dans la proposition. Sur ce point, nous allons plus loin que la jurisprudence. Il s'agit d'une question importante puisqu'elle permet de rendre opérationnelle la distinction entre soins hospitaliers et non hospitaliers et donc de déterminer le champ d'application de l'obligation de disposer d'une autorisation. Le législateur communautaire doit trancher cette question.

5. Autres dispositions particulièrement pertinentes pour les services de santé

Mis à part l'article 23, d'autres dispositions de la proposition de la Directive doivent être évoquées en relation avec les services de santé. Elles concernent la liberté d'établissement et l'application du principe du pays d'origine.

Je traiterai de ces sujets très brièvement compte tenu du temps qui m'est imparti.

En ce qui concerne la liberté d'établissement, l'article 15 de la proposition a été souvent évoqué en relation avec les services de santé. Cet article établit une liste des exigences souvent imposées par les Etats membres aux prestataires de services. Ces exigences produisent des effets restrictifs importants pour la liberté d'établissement. Cependant, elles peuvent être justifiées selon les circonstances et compte tenu des objectifs poursuivis par les Etats membres en les imposant. Il s'agit donc d'une différence fondamentale avec l'article 14 qui identifie des exigences interdites c'est à

dire des exigences qui ont été déclarées incompatibles avec la liberté d'établissement par la Cour. Par exemple, l'article 15 fait figurer parmi les exigences à évaluer, « les exigences qui imposent un nombre minimum d'employés » (article 15 f)). Imposer un nombre minimum de personnel médical par lits d'hôpitaux apparaît justifié par des raisons de santé publique. En revanche dans un autre secteur, cette exigence pourra ne pas être justifiée.

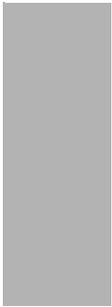
En ce qui concerne les exigences à évaluer, l'alternative est la suivante : soit nous procédons à cette évaluation en commun selon la procédure prévue par la Directive soit nous laissons la Cour décider. A nouveau, il est dans l'intérêt de tous de procéder à cette évaluation mutuelle. Outre qu'elle permet d'écartier les aléas du contentieux, elle permet aussi un échange d'expérience et de bonnes pratiques qui ne peut être que profitable à toutes les parties intéressées.

Le principe du pays d'origine, l'article 16 de la proposition n'a jamais été envisagé de manière absolue par la Commission. Il est assorti d'un grand nombre de dérogation et d'exceptions. Dans le domaine de la santé, son application sera limitée dans la mesure où déjà, en pratique, ces services exigent souvent un établissement. Dans ce cas, il n'y a pas d'application du principe du pays d'origine et le prestataire de services relève de la législation de l'Etat membre dans lequel il est établi.

Dans les cas de prestation de services transfrontalières, par exemple, un docteur ou une sage-femme qui se rendent chez des patients, dans un autre Etat membre, pour des consultations, il est important de noter que la directive prévoit une dérogation au principe du pays d'origine pour les matières couvertes par la directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles. Ceci signifie que l'Etat membre de prestation pourra vérifier les qualifications professionnelles du prestataire (dans la mesure où elles ne sont pas harmonisées au niveau communautaire) comme il le ferait pour un prestataire établi sur son territoire. Les Etats membres pourront exiger une déclaration préalable à la prestation de services ou un enregistrement temporaire pro-forma à l'ordre professionnel. Ils pourront également imposer leurs règles disciplinaires directement liées aux qualifications professionnelles. Outre cette dérogation, la directive comprend d'autres dérogations qui permettent d'empêcher par exemple, la prestation de certains services pour des questions de santé publique – ce qui permet d'interdire la prestation de certains traitements ou service médicaux.

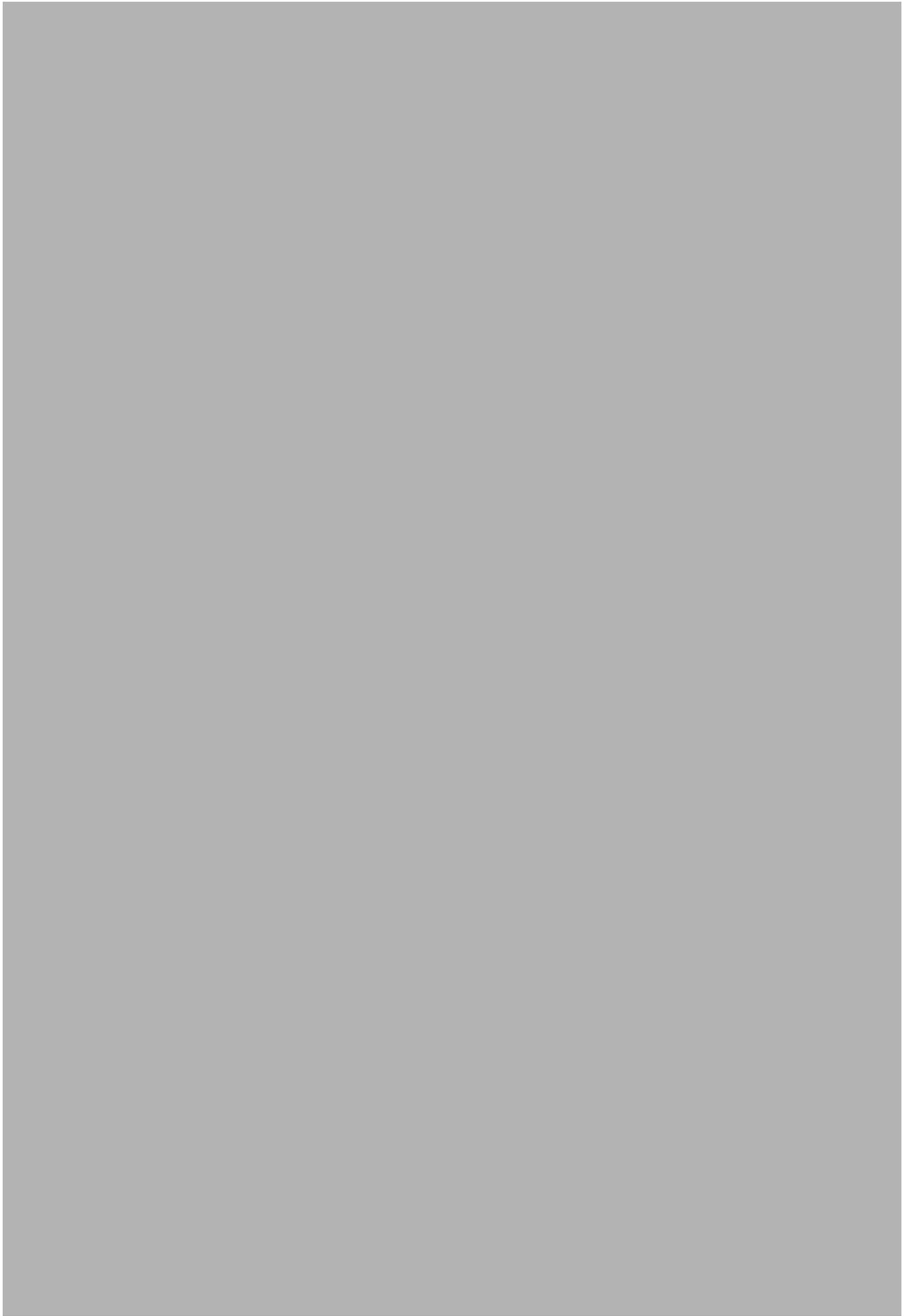
6. Conclusion

En conclusion, je voudrai rappeler les déclarations du Commissaire McCreevy au Parlement européen, au Conseil et à la presse. Il a clairement indiqué que la balle était dans le camp du Parlement. C'est maintenant au Parlement à prendre ses responsabilités et à amender, comme il le souhaite, la proposition de Directive. Le Commissaire McCreevy a indiqué que si des amendements dans le sens d'une exclusion des services de santé étaient proposés, il pourrait les considérer favorablement.



SESSION 2

L'ASSURANCE MALADIE ET LE MARCHÉ INTÉRIEUR



Geert Jan HAMILTON

*DIRECTEUR LÉGISLATION ET AFFAIRES JURIDIQUES
MINISTÈRE DE LA SANTÉ, DE LA PROTECTION SOCIALE ET DES SPORTS
PAYS-BAS*

It is a great pleasure to be back in this illustrious hall, where in 1998 so many people convened to discuss the effects of the famous Decker and Kohll rulings. These rulings shocked quite a few people because, for the first time, the European Court of Justice had set aside national social health insurance legislation which had been in place for ages and which everyone considered so solid. Certain governments were very shocked; they were even afraid that their national systems would fall apart. Well, seven years later we know that no system has fallen apart, but we have become very much aware how much European internal market regulations influence our national health systems and in fact, any change that you would consider, has to be examined under European law. Sometimes the confrontation of plans with European law threatens to stifle things too much. We sometimes are even afraid to bring about changes, because someone may say: "It is contrary to European law".

I want to illustrate this on the basis of recent experience in the Netherlands where we are bringing about a new universal health insurance system as from January 1st 2006, if our Senate approves because they are at stake at the moment.

This morning we heard a lot about a draft for a services directive. We all know that we have in place since about 15 years three directives for non-life insurances. Insurance is a very complicated product. It has to do with confidence, with trust. People pay for something unexpected that they do not want to happen, but that might happen in the future. Every European Union Country had a whole set of national rules to cover this area. To complete the internal market in direct insurances it was considered absolutely necessary to have these directives, because we wanted more freedom for companies to provide insurance services all through the European Union.

Two interesting features of these directives are:

- one single authorisation is valid for an insurer to become active throughout the Community;
- supervision, particularly the prudential control, is done by the home Member State.

Perhaps you notice certain parallels with the services directive that we discussed this morning. Of course all the rules of the insurance directives are there to make sure that the consumer gets what he expects. If a Danish man wants to buy insurance from a Portuguese firm, he has to be just as certain that he gets what he pays for, as when he goes to a firm of his own country.

Now these directives do not apply to insurances forming part of a statutory system of social security. And here you see the dichotomy that we seem to have under European law: we have statutory systems of social security where Member States have a great deal of autonomy to set their own rules on the one hand, and on the other hand we have free insurances where European law applies. Now, as Professor Jorens stated in his report, it is unfortunately not always very clear, where a social security system starts or ends, and where private insurance begins. There is an area of uncertainty in between.

Of course we all have a feeling of what social security and social health insurance means – everybody having access to a certain benefits package, reasonable premiums etc – but there is no clear definition of social security.

There is one certainty that we have, and, as is often the case when there first was uncertainty, it has been the European Court of Justice that provided it. The European Court of Justice in a famous case, *Commission versus Belgium*¹⁾, ruled that insurance undertakings covering the risk of accidents at work remain within the scope of the insurance directives, even when they act in the context of a statutory scheme of social security, if those undertakings operate at their own risk with a view to profit. So what shows us this ruling? That at the same time, you can be a private insurance company, and part of a statutory social security scheme. If a country leaves the execution of a social security scheme to private companies, with a profit orientation and running a certain insurance risk, then they have to meet the conditions of the insurance directives.

Now in the Netherlands for many years there have been efforts to create a new health insurance system. We have a long-standing desire in our country to bring about more competition among insurers in health care and among providers of care. We wanted a system that responds better to demands, desires, needs of patients and insurers. We want a social system that offers some choice to the citizens. You have to realize at the moment we have “duality” in our system. We have a statutory system for about 60% of the population and we have private insurance for about 40% of the population. And with this history of a split system you can imagine that there has always been a big debate, whether a new system for all should be a public health insurance model with more competition among the insurance agencies, or if it should be a private health insurance regime with a certain degree of necessary regulation applying to all insurance agencies. That was the choice: public or private.

1) *European Court of Justice, Commission/Belgium, case C-206/98, ECR 2000, I-3509.*

From the beginning a shroud of legal doubts has surrounded any proposal. In particular it was unclear if, in a private system, public preconditions the government wanted to impose on insurers were in accordance with EU competition law and the European insurance directives. And it was also unclear if you can materialize a public system, based on competition among insurance agencies. In fact, it was a lawyer's paradise and, as I am a lawyer, I enjoyed myself a great deal in the last few years. There were many different opinions, one saying "this cannot be done", and another saying "that cannot be done". There were interesting paradoxes, because from our private insurance side there were appeals to the government to make the system private and, when the government expressed doubts if it could impose rules on private insurers, these insurers would say "Oh yes, you can, European law leaves a lot of room for you to impose certain rules on us which are necessary for the public good".

But a clear framework to examine reform plans was lacking and this of course forced the government to be very careful. It led to the dilemma that I alluded to: change is so risky from a European law perspective that you do not change at all.

Under the last cabinets politically speaking there was a preference with the government to install a system of just ordinary private insurance, where every citizen would be privately insured against the health-care risk, but with certain preconditions:

- an obligation for citizens to have themselves insured against the risk of health care costs for a basic package;
- any insurer wanting to be in the system should have to accept any citizen that wanted to have health insurance with that company;
- insurers should be free to set their nominal premiums, but they should not differentiate in their rates on the basis of age, sex, social background and health condition of the insured people;
- to make that possible, a system of risk structure compensation should be installed.

These elements were considered vital in the public interest. Now as things turned out, we made a law exactly containing these elements. The law (Health Insurance Act) has been accepted by the second Chamber of Parliament and is now pending with the Senate²). We succeeded in finishing for the time being our debate on the European law aspect of the new legislation. As there were so many different opinions the new Minister who came into office in 2003, decided to start serious consultations with the European Commission on this issue. There were talks with DG internal market, DG employment and social affairs and DG public health. And the debate ended with, what some of

2) The Senate accepted the law on 14 June 2005; *Zorgverzekeringswet*, *Staatsblad*, 2005, 358.

you may have heard of as, the *Bolkestein* letter³⁾ which is another *Bolkestein* product than the services directive discussed this morning, but in fact, the content of that letter was enough for the Dutch government to see it as the green light to proceed as they wanted. Of course, the Commission did not commit itself entirely, but came up with a rather strong opinion giving an answer to the question whether the legislation that we wanted to develop, could be considered compatible with the insurance directives. Here article 54 of the Third non-life insurance directive plays a role, because it contains a possible exemption for Member States to regulate insurances in a specific manner. This Article reads “Notwithstanding any provision to the contrary, a Member State in which contracts covering health risks may serve as a partial or complete alternative to health cover provided by the statutory social security system, may require that those contracts comply with specific legal provisions adopted by the Member State to protect the general good”.

There had been a lot of discussion on the extent to which you could use this exemption. The *Bolkestein* letter says in this respect that “this proviso also covers the situation where a Member State decides to entirely assign the cover of statutory social security health insurance to private insurance undertakings which must conduct such an activity at their own risk, following insurance techniques and on the basis of contractual relationships governed by private law”. In short the letter says there is ground to impose certain rules on private insurers, when an insurance scheme fulfils the function of a social insurance. Although the letter does not give legal guarantees, these parts of the letter are very important. The Commission says: the objective of the Dutch government is to guarantee health-care as a basic social right. This means that all residents in the Netherlands should have access to health insurance guaranteeing a basic package of essential care in return for acceptable premium. To ensure that goal the Dutch government wishes to require that the proposed health insurance regime is based on a few principles:

- open enrolment;
- a basic minimum cover defined by the government and which must be provided by any health insurer;
- the right of insurers to set their own premium rates as long as there is no discrimination on the basis of age, sex, health status and other circumstances;
- an equalisation fund to compensate insurers' losses because of the risk profile of their portfolio.

3) Letter of Commissioner F. Bolkestein on the Dutch Health Insurance System, 25 November 2003, CAB/PvB/D(03)0848.

And then a crucial quote: “I believe that these principles could be justified under Article 54 of the Third non-life insurance directive, as they appear necessary to ensure the legitimate objectives pursued by the Dutch government”.

This statement which, of course, did not take away that the Dutch government fully has to take its own responsibility for the framework of law that they are staging, is an important opinion of the European Commission. I think it reflects a trend which we have also seen in the EC-CoJ jurisprudence that social objectives have a mitigating influence on free market principles. And this trend, on its turn, can be seen as a recognition of the fact that governments of Member States must be able to aim for social objectives also outside the strictly public domain. We do not have the situation in Europe that, what is in the public interest, should fully and only be a State responsibility, and that the alternative is only the free market. That is not the choice of the European social model. There are in-between areas where you have to recognize, that certain social values have to be balanced with the internal market principles. I want to emphasize that this is an important trend in European legal development.

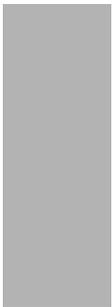
When we look back at the last seven years, since our Decker and Kohll conference, we see much more clarity now on the importance of public service within an internal market context, and the possibilities to find social solutions in a market environment. On what has happened in law and jurisprudence Professor Jorens has written his magnificent report showing all the new answers which bring about more legal certainty, although the ultimate level of legal certainty of course has not yet been obtained.

But we are making progress in certain fields. I want to finish by referring to another part of the *Bolkestein* letter. And that is where the commissioner writes: “I do not think that it would be proportionate to apply the requirements to any complementary insurance cover offered by private insurance which goes beyond the basic social security package of cover laid down in the social security framework”. So, governments do not have much room to regulate complementary health insurance in the public interest. I would like to remind you that already in the year 2000 the European Parliament, so eloquently represented here this morning, passed a resolution on supplementary health insurance⁴⁾. In it the European Parliament expressed the notion that supplementary insurance will play increasingly important roles in covering various health risks. The Commission was called upon to present a green paper and there was a call for a proposal for a directive where elements like no-discriminatory use of medical data, no medical examinations, life-long insurance could be part of rules that may be necessary also for complementary insurance.

4) Resolution of the European Parliament of 2000 (2000/2009 INI).

The position of the Dutch Ministry of Health is that it would be very interesting to revitalise the discussion on this resolution, because it did not have a proper follow-up yet. What was called for is not yet there. Nevertheless the relationship between basic coverage and complementary coverage is a very important one, in for instance France, in Germany, in many different countries. So I would like to hear what the feelings are among this audience. Do not you think that particularly the situation for complementary insurances requires a new discussion on the inclusion of social elements in insurance regulations in Europe?

Thank you very much.



Dermot SMYTH

*ASSISTANT SECRÉTAIRE
MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES ENFANTS
IRLANDE*

I wear three hats: I look after the budget of the Irish health system, I also have a role as head of International unit and I am also responsible for the regulation of private health insurance.

Let me start by giving a brief account of the Irish system because I do regard it actually as unique.

- We combine public and private health care.
- In private health insurance, we have an open market following on from the single market provisions. Three private health insurers are competing: one quite recently, one is an international organisation (BUPA), and one is a semi-state company which is on the road to deregulation.
- We have quite an extraordinary situation where half our population have private health insurance and yet the entire population has general eligibility for hospital services in public hospitals. For GP services, only 30% are eligible.
- A further complication is that half of the total private beds in our country are delivered in public hospitals.

This very Irish patch work actually works. As confirmed by OECD, it does deliver quality care, with choice both in terms of accessibility to public or private beds as well as what must be one of the cheapest private health insurance regimes in the world, albeit subsidised to a certain degree by the State. Also the majority of our hospital consultants have public contracts but they are allowed to engage in public and private practice outside public hospitals. We have tax relief available on health insurance premiums and we have private hospital developments encouraged through generous capital tax allowances. So the background is really a combination of systematic encouragement by the government towards generating extra capacity on the private side while at the same time ensuring sufficiently large public capacity delivered.

Let me briefly describe the derogatory framework for private health insurance we have in our country.

- Community rating: the same premium for a specific level of benefit irrespective of health status,
- Open enrolment: insurers are obliged to accept all candidates that are on the waiting list for some firm irrespective of the beneficial cover and pre-existing conditions,

- Life-time cover: an insurer cannot refuse to renew an insured person's health insurance cover irrespective of age or changes in health status,
- A basic minimum level of benefit: in fact it is the lowest level of benefit of private care available in the public hospital system. It covers about 10% of the plans that are actually covered by health insurance in Ireland.
- We also operate a risk-equalisation scheme although it has not actually started yet because the conditions under which it would start have not yet commenced. But that may change at any point depending on how the market is going. And that would involve compensating for natural transfers between insurers, or to members with profiles differing beyond specified levels, which I think has some elements we have different from the Dutch system. I must say that it is interesting for our teams to relate more to actual pathology of experience according to the report by Professor Jorens.
- We will be looking at life-time community rating in the future for this will allow persons of all ages to take out health insurance or provide that those who do not do so until older will be subject to late entry loadings. Up to now we have extended community rate for open enrolment up to people under 65.

So what is the perception by people in the country about it? According to recent research by an independent health insurance authority, people prefer if community rating were really straight. An overwhelming majority consider the type of medical cover to be much more important than the type of combination offered. So people are interested more in access to care immediately than in a choice of French wines. 94% of those with health insurance agree that insurance is a necessity and not a luxury, and is seen as a vehicle that provides fast access to services. The public system has not delivered access to people quickly enough and has waiting lists which we are trying to address.

As to the internal market issues, we are very acutely aware that developments in our market must take account of the EU regulatory framework. We have had a lot of dealings with the European Commission when introducing our system, which came into effect after legislation in 1994. The Commission has recognised on a number of occasions that private health insurance in Ireland can be regarded as alternative to the statutory social regime and confirmed our right to benefit from the rules referred to in Article 54 of the non-life insurance Directive.

They also recognised the need for risk-equalisation, and rejected a notion that involves State aids. However while the Commission has accepted our right to have these legal provisions it has noted that anything we do must be proportionate. The EU principles of necessity and proportionality obviously come into effect which we fully recognise.

At the moment the regulatory framework we have is challenged before the Court of First Instance. We are confident that what we do is consistent with European legislation. I would like to quote the OECD in this context: *“Adequate regulatory and informational tools are required to steer insurers towards efficiency-based competition, especially when equity considerations are paramount. As for when private health insurance represents a primary form of cover for certain sections of the population it only covers essential services. Regular safeguards are needed to enhance competition in the private health insurance market because of market imperfections such as information asymmetry, and insurance incentives to encourage enrolment and retention of lower risk persons”*.

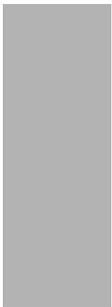
Obviously the extent to which community rules should extend to individual Member States is open to debate. But given the role private health insurance has played in the provision of care to the Irish population, it is essential in our view that this continues to be recognised by the Community. And I think there are lessons to be learned from the Irish experience. There is not one necessary system to be into effect in any one country, but maybe a combination of systems which can help to address what is a fundamental problem of resourcing.

As a deviation from the script, let me just say that it is not an easy position for politicians to address the issues discussed today, also given the complexity of health care. Anything which damages their system or maybe filters proper control is a problem, exposing them to criticism at home. However, the fact is that ECJ have intervened because there isn't anything in place. The Commission has worked very hard over recent years in different fora to produce a framework which meets a problem, a case-law problem which exists now and is not going to go away. I was very interested to hear an official from the Veneto region talk about contracts before regulation. I understand that point of view - in fact as a pragmatist I have a lot of sympathy for it - but I also think we should continue to work in the context of the high level process. That is where the influence on the political system at Council level can be felt best and most directly. That is the highest level of decision-making, these people are accountable. It is through the work of the high level group on for instance exchange of information - that may sound anaemic, believe me it is not, exchange of information is crucial for having a proper market - that we may get an answer to the problem.

And we must get an answer and we do not have much time. I must remind people that we have a case coming up next year, the Watts case, where the undue delay issue on inpatient care, is up for judgement. If that decision goes against the UK government position and if undue delay is more easily defined, everything is up for grabs then. A solution must come through the governments, the civil servants, influenced by fora like this. How to do it? I think it is through a proper assessment of where the real problems are. I was surprised to hear from the Czech delegate that so little use is made of the

Kohll and Decker judgments for non-hospital care. We have the same experience in Ireland. We have a public treatment purchase fund for people traveling abroad directly. We see very little take-up of it. It makes one think.

Thanks very much.



Daniel LENOIR

*DIRECTEUR GÉNÉRAL
MUTUALITÉ FRANÇAISE
FRANCE*

Merci. Je dois dire que c'est un peu une surprise pour moi d'intervenir cet après-midi puisque je n'avais pas prévu de le faire. Mais c'est volontiers, puisque les responsables de l'AIM me l'ont demandé. Je demande un peu d'indulgence puisque j'ai improvisé cette intervention dans la matinée. Ce n'est pas celle d'un représentant du Gouvernement français, puisqu'il n'est pas là, mais l'intervention d'un point de vue personnel de quelqu'un qui est attaché aux valeurs de solidarité et mutualistes, des réflexions issues de mon engagement en France depuis plus de 10 ans dans la gestion de l'assurance-maladie obligatoire et complémentaire. Je voudrais féliciter au passage Yves Jorens pour son rapport qui a le mérite de présenter un état complet de la question. Je voudrais revenir sur le contexte auquel nos systèmes nationaux de protection sociale, en général et d'assurance-maladie, en particulier, sont confrontés.

Ces faits de la jurisprudence, en réalité, même si les critères ne sont pas toujours très précis, ont conduit, de facto, à séparer ce qui relève de la sécurité sociale, un régime public obligatoire de ce qui relève de la protection sociale complémentaire. C'est parti d'une distinction essentielle entre l'activité et le statut de l'organisme, et la jurisprudence européenne a considéré dans de multiples arrêts -la France a été à l'origine d'un certain nombre d'entre eux- que c'était l'activité qui primait sur la nature de l'organisme, et ce depuis 1993, l'arrêt Poucet-Pistre. Chacun s'en souvient et en particulier je m'en souviens puisque quelque temps après j'ai pris la direction de la Mutualité Sociale Agricole. L'arrêt COREVA disait l'inverse, c'est-à-dire que la MSA, organisme chargé d'un régime public, dès lors qu'il s'agissait d'un régime facultatif, était considérée comme une entreprise. Et récemment cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de 2004.

En conséquence, les régimes obligatoires ont été considérés comme étant en dehors du champ de la concurrence relevant de la compétence des Etats. Il a été dit par les principaux intervenants que les régimes complémentaires facultatifs, étaient dans le champ de l'article 85 du Traité. C'est bien le résultat de la jurisprudence et c'est bien la Cour de Justice qui a eu un effet réglementaire bien plus que les Directives assurances elles-mêmes. Il faut bien voir les conséquences que cela a eu sur les systèmes de type bismarckien, comme le système français car historiquement, il y avait dans ces systèmes une porosité entre les dispositifs obligatoires et facultatifs. C'est le cas en France où la protection sociale s'est étendue à partir de 1945 par la généralisation de dispositifs facultatifs progressivement généralisés et

rendus obligatoires. Cela a été le cas, par exemple, des retraites complémentaires qui ne sont pas considérées comme étant dans le champ de la concurrence. Il en fut de même plus récemment pour l'assurance-maladie avec la mise en place d'une généralisation puisqu'elle date de la loi CMU de 1999, ou l'extension de la couverture générale aux indépendants qui est également récente. Je m'honore d'avoir contribué à cette extension pour les accidents du travail dans l'agriculture.

Il ne faut pas oublier que cette distinction plus stricte, cela a été aussi rappelé tout à l'heure, s'est faite dans un contexte où la volonté des pouvoirs publics a été de maîtriser les forces sociales et, pour dire les choses plus brutalement, plus schématiquement, de plafonner le niveau de prélèvement obligatoire dans notre société. Je voudrais dire un mot sur les difficultés de maîtrise de ces dépenses.

Aujourd'hui, on assiste à une augmentation sans croissance apparente des dépenses publiques de protection sociale pour les deux principaux segments que sont l'assurance-maladie ou la retraite. La retraite, par l'effet du vieillissement, n'a plus de croissance apparente puisqu'on a abandonné l'idée d'abaisser l'âge de la retraite, mais chacun sait que l'espérance de vie continue à augmenter. C'est vrai aussi de l'assurance-maladie puisque chacun sait que les coûts de couverture de l'assurance-maladie - à niveau de couverture équivalente - ont augmenté du fait de l'évolution des techniques médicales.

Ces effets de croissance spontanée ont été accentués par la difficulté de gérer le risque, notamment, en maladie et d'optimiser la dépense de santé, le rapport entre la dépense et la réponse en termes d'offres de santé. Cela a des conséquences qui ne sont pas récentes sur les restrictions de la prise en charge d'un certain nombre de domaines tels que le handicap, mais on peut penser à un sujet qui est devant nous, celui de la dépendance. Il existe également une tendance à un désengagement ou à un moindre engagement par rapport aux besoins en matière de maladie ou de retraite.

Je crois que l'on peut analyser les différentes réformes et, notamment la réforme de l'assurance-maladie du 13 août 2004 en France, comme étant la mise en place d'une responsabilité plus importante des régimes complémentaires d'assurance-maladie. Je termine sur ces éléments de contexte de la situation française, mais je pense qu'elle est vraie au niveau européen, cette responsabilité croissante des régimes d'assurance, sociaux, mais facultatifs, fait face à une aspiration à la couverture des risques et, notamment des risques aux personnes, en étant peut-être le signe d'une société qui vieillit. Les risques, même s'ils ne sont plus pris en charge totalement ou bien dont on voit qu'ils ne pourront plus l'être totalement par des régimes obligatoires, restent par nature des risques sociaux. Je parle évidemment de la maladie ou l'on peut parler, comme je l'ai dit tout à l'heure, de la retraite ou de la dépendance. Des risques sociaux par la généralité de

l'aspiration à la couverture. Tout le monde aspire à être couvert en maladie par extension, à l'ensemble de la population sans le risque que ferait courir la société une non-couverture d'une partie de la population quelle qu'elle soit. Je rappelle –j'ai parlé de la loi sur la couverture maladie universelle– que la mise en place d'une couverture complémentaire au titre de la CMU était le résultat du fait que la part complémentaire avait augmenté et qu'une partie des citoyens français n'avaient plus accès à une complémentaire par leurs propres moyens. Cela a conduit à un effort public.

Face à cette situation, je crois qu'un des enjeux dans l'Europe de demain, c'est de développer une approche solidaire et facultative. Solidaire et facultative, cela veut dire à la fois qui n'est pas dans le monopole public mais qui ne relève pas pour autant des seules règles de l'article 85, des règles de la concurrence qui s'appliquent au marché unique. Je vais développer dans les deux minutes et demie qui me restent principalement le premier point qui est l'expérience française.

Nous avons eu à faire face à une situation contentieuse, introduite par la Fédération Française des Sociétés d'Assurance, sur les contrats d'assurance mutualiste et qui était lié à l'existence d'une exonération sur la taxe des contrats d'assurance –qui était très ancienne, puisqu'elle datait de 1944– exonération liée au caractère solidaire et non lucratif de la prise en charge du contrat d'assurance-maladie. Bien sûr, la France et la Mutualité ont défendu les principes sur lesquels s'appuyaient cette exonération, notamment le caractère non lucratif de la couverture, le caractère solidaire, prévu dans le code de la mutualité. Il n'en ressort pas moins que finalement l'idée qui est au centre de la jurisprudence européenne s'est imposée: ce n'est pas la nature de l'organisme qui a conduit à l'exonération, mais bien la nature de l'opération. Cela a conduit les pouvoirs publics français à mettre en place une exonération liée à, ce qu'on appelle, les «contrats solidaires», c'est-à-dire les contrats qui ne prévoient aucune sélection médicale ni de tarification en fonction de l'état de santé des personnes qui sont couvertes.

Cette idée de règles relatives au contrat se développe aujourd'hui par la réforme française, puisque les contrats complémentaires sont appelés à devenir également des «contrats responsables», c'est-à-dire des contrats qui évitent l'inflation inutile des dépenses et respectent le cadre d'organisation des soins prévu par la réforme. C'est d'ailleurs le point de vue de la Mutualité Française et c'est l'idée qu'elle avait évoquée et à laquelle nous tenons, de généraliser ce type de dispositif au travers d'un crédit d'impôt qui, certes, a pour objectif de favoriser l'accès à une complémentaire pour l'ensemble de la population, mais aussi de respecter les critères de responsabilité et de solidarité. On voit bien que derrière cela – et ça rejoint l'atelier suivant sur les services sociaux d'intérêt général – on introduit l'idée que les aides publiques en France sont des aides sociales et fiscales, liées à l'activité et non au statut. J'ajoute que cela conduira nécessairement les Etats à clarifier les critères d'intérêt général.

Mais cela pose aussi d'autres questions. Il me semble que nous tenons à cette solution, mais que probablement, nous devons aller plus loin. La première question: est-ce que nous pourrions (cela fait allusion à la situation aux Pays-Bas) nous limiter ou accepter que sur les risques sociaux, des critères de solidarité et de responsabilité ne soient respectés qu'à travers des mesures incitatives? Est-ce que ces domaines qui servent de relais du marché, de la libre adhésion, ne doivent pas faire l'objet, compte tenu de leur importance, d'une réglementation propre? Je pense notamment à l'assurance-maladie, et l'on voit aujourd'hui à travers la croissance de la dépense en fonction de l'âge, la nécessité de garantir le caractère viager pour tous de l'assurance-maladie. Est-ce qu'il ne faudra pas aussi, même si le critère d'activité s'est imposé face au critère d'entreprise, que ce type d'activité ne soit pas prioritairement exercé par des organismes dont c'est la vocation, c'est-à-dire qui maintiennent des principes chers à l'AIM: la gestion par les adhérents et le caractère non lucratif?

Est-ce qu'il ne faudra pas enfin, dès lors qu'on a réussi à concilier le caractère solidaire et le libre jeu, sinon de la concurrence du moins de la libre adhésion dans le marché intérieur de demain, développer notre capacité d'acheteur avisé? Certes, et j'y suis particulièrement sensible, l'ouverture du marché des services de santé doit respecter, cela a été dit ce matin, des critères de sécurité et de qualité, mais il doit aussi être l'occasion de peser sur l'offre sur ces coûts et sur son organisation. Je finirai par un dernier point. Je crois que la question qui se posera dans les organismes internationaux est la suivante: quels sont les outils de mesure que nous avons? Car il me semble qu'aujourd'hui l'outil de mesure est assez fruste, comme l'étaient les PIB d'hier, ne prend que le taux de prélèvement obligatoire. Je crois qu'il faudra que les organismes internationaux s'attachent au niveau de prélèvement social selon les différentes formes qu'ils peuvent prendre.

Je vous remercie de votre attention.

Susanne WEBER-MOSDORF

*DIRECTRICE
MINISTÈRE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
ALLEMAGNE*

Ich nehme das Wort auf Deutsch, herzlichen Dank.

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich werde nicht versuchen, Ihnen das deutsche Sozialversicherungssystem oder auch nur die Krankenversicherung zu erklären, das ist so komplex mit seiner Selbstverwaltung und unserem föderalen System, das könnten andere hier im Saal, die von der deutschen Krankenversicherung kommen, auch besser. Ich möchte nur darauf eingehen, wie wir in Deutschland die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes anwenden und ich möchte noch ein paar allgemeine gesundheitspolitische Bemerkungen zu der Rechtsprechung des EUGH machen.

Herzlichen Dank zunächst noch einmal an die Veranstalter. Ich finde, es ist wichtig und nützlich, einmal die Gesamtschau der europäischen Rechtsprechung herzustellen und diese in Bezug zur nationalen Gesundheitsvorsorge zu setzen. Meine Einschätzung ist, dass der Bericht, der uns vorgelegt worden ist, ein sehr nützlicher und umfangreicher Bericht ist. Ich glaube, es ist die erste umfassenden Gesamtschau überhaupt. Also herzlichen Dank dafür.

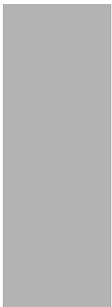
Wenn wir jetzt in dieser Konferenz über Urteile des Europäischen Gerichtshofes sprechen, dann sprechen wir über hochpolitische Fragen, nämlich über die Frage der Balance der Binnenmarktregeln mit den Regeln der nationalen Gesundheitsversorgung. Wenn man jetzt die Urteile des Europäischen Gerichtshofes nimmt und wie Fähnchen auf ein Puzzle setzt, dann wird die Landschaft der Patientenfreizügigkeit immer weiter abgesteckt. Es kommt dann ein Gesamtbild heraus, das manche von den Mitgliedstaaten erst gar nicht sehen und erkennen wollten. Vereinfacht gesagt, sieht dieses Gesamtbild so aus, dass wir erstens zur Kenntnis nehmen müssen, dass die nationalen Gesundheitssysteme nicht gegen den Binnenmarkt abgeschottet werden können - der Watts-Fall wird das - auch für die staatlich organisierten Gesundheitssysteme - sehr deutlich machen. Zweitens, dass es die Freizügigkeit von Patienten ist, die die nationalen Regelungsgrenzen überschreitet. Wenn wir dieses sehen und wissen, dann müssen die national Verantwortlichen im Gesundheitswesen für sich beanspruchen, dass sie selbst als national Verantwortliche die Balance und die Grenzen der Binnenmarktfreiheiten auch abstecken - nicht, indem sie fragen: Was ist juristisch machbar, was ist juristisch mit dem Binnenmarkt vereinbar?, sondern: Was wollen wir politisch und was ist politisch notwendig? Die deutsche Bundesregierung hat diese Entscheidung für sich so getroffen,

dass die Binnenmarktfreiheiten für die Bürger umgesetzt werden. In einem Land mitten in Europa mit so vielen Grenzen wie Deutschland sie hat, ist es selbstverständlich, dass die Bürger über die Grenzen gehen, um die nächstgelegenen Gesundheitsdienstleistungen – Ärzte, auch Krankenhäuser – in Anspruch zu nehmen. Die Krankenversicherungen haben sich darauf eingestellt und haben sehr pragmatisch hier auch Lösungen gefunden. Die deutsche Regierung hat die europäische Rechtsprechung deshalb auch im Gesundheitsmodernisierungsgesetz umgesetzt. Die Bürger, die in anderen Ländern ihre Gesundheitsdienstleistungen in Anspruch nehmen, können danach die Kostenerstattung in Deutschland geltend machen. Das ist neu in einem System der Sachleistungen. Und es wurde zweitens folgendes geregelt: Die Krankenversicherungen können auch mit Dienstleistern in anderen Ländern Verträge abschließen. Der ungarische Kollege hat heute Morgen darauf hingewiesen, dass mehr Deutsche nach Ungarn kommen als umgekehrt. Das ist so, wir haben dieses ermöglicht. Wir haben dieses auch vor allem im Sinne der Patienten so ermöglicht. Gleichzeitig hat die Bundesregierung im Gesundheitsmodernisierungsgesetz auch dafür gesorgt, dass national der Wettbewerb verstärkt wurde, der Wettbewerb zwischen den Anbietern, der Wettbewerb zwischen den Krankenkassen, weil wir die Effizienzmöglichkeiten des Wettbewerbs auch nutzen wollen. Insofern, denke ich, können wir durchaus mit den Grundaussagen der europäischen Rechtsprechung leben. Wir wollen mehr Wettbewerb, aber Wettbewerb um Qualität, um bessere Qualität, und keinen Wettbewerb um die geringsten Kosten. Deshalb müssen wir immer im Auge haben, dass die Dienstleistungen nicht nur einfache Dienstleistungen im Sinne des Gütermarktes sind, wie es heute Morgen gesagt wurde, sondern Dienstleistungen im Gesundheitswesen sind etwas ganz Besonderes. In Deutschland haben wir seit der Einführung der sozialen Marktwirtschaft nach dem Zweiten Weltkrieg im Konsens darüber festgehalten, dass es für die Gesundheitspolitik und die Marktwirtschaft insgesamt einen stabilen ordnungspolitischen Rahmen geben muss – ganz besonders im Gesundheitswesen, wo es um die Sicherheit und Gesundheit der Menschen geht. Dieser bewährte Konsens sollte in einem sozialen Europa genauso gelten. Ich denke, die Politik muss sicherstellen, dass dieser Konsens auf der europäischen Ebene auch hergestellt und überhaupt erst einmal diskutiert wird. Frau van Lancker hat heute Morgen darauf hingewiesen, dass sich die Gesundheitsminister zu wenig darum kümmern, wie der Binnenmarkt auch auf die nationale Gesundheitssysteme wirke. Ich denke, sie müssten dieses tun, sie müssten selbst diesen Konsens auf europäischer Ebene herstellen. Es ist nämlich eine politische Frage und keine reine Binnenmarktfrage, wer, wenn er krank ist, Zugang zu welchem Gesundheitssystem und zu welchen Konditionen hat. Wir haben in Europa auch unter den Gesundheitsministern den Konsens, dass unabhängig vom Gesundheitszustand und unabhängig von der jeweiligen finanziellen Situation der einzelne an allen Orten Europas eine notwendige Behandlung erhalten

soll. Dieser Konsens hat Eingang gefunden in die Regelungen zur Koordinierung der sozialen Sicherung. Das Krankheitsrisiko darf nicht ein existentielles Lebensrisiko werden, und die Erhaltung der Gesundheit und die Versorgung bei Krankheit kann nicht den Kräften des freien Marktes von Angebot und Nachfrage überlassen werden. Dies gilt ganz besonders auch für das System der Risikovorsorge und die Frage, in welcher Weise die Risikovorsorge finanziert wird, nämlich über eine solidarische Versicherung oder eine private Versicherung. Die deutschen Bürger sind zu 90 % in gesetzlichen Versicherungen versichert und zu 10 % in privaten. Vor dem Hintergrund waren wir auch sehr froh über die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes zum Festbetragsurteil. Er hat entsprechend eine solidarische Versicherung oder eine gesetzliche Versicherung, wie sie in Deutschland vorherrsche, mit obligatorischen Beiträgen und gleichen Leistungen unabhängig vom Beitrag, kein Unternehmen sei und deshalb nicht dem Wettbewerb ausgesetzt werden darf. Ich glaube aber, dass dieses Urteil uns nur eine kurze Atempause gibt. Welche Auffassung wird der EuGH vertreten, wenn die gesetzliche Versicherung durch private Elemente ergänzt würde. Verschiedene Vorstellungen sind hier im politischen Raum, und möglicherweise kommt dann der Europäische Gerichtshof zu einer anderen Auffassung. Und dies ist ein Beispiel dafür, dass die Politik die Prärogative hat, zu bestimmen, was dem Binnenmarkt überlassen werden soll und was nicht. Es sind die national verantwortlichen Gesundheitsminister, die sagen müssen, wie die Balance zwischen Freizügigkeit einerseits und Qualitätsstandard für den Patienten, den Bürger andererseits herzustellen ist, auch die Balance zwischen dem Wettbewerb der Anbieter und der Versorgungssicherheit, sowie die Balance zwischen Versorgungsverantwortung einerseits und Wahlfreiheit andererseits wie auch der Nachhaltigkeit der Finanzierung. Vielleicht brauchen wir so etwas wie eine Gesundheitscharta der Gesundheitsminister für die europäische Ebene, einen Kompass als Rahmen für die Binnenmarktinitiative, die derzeit in den unterschiedlichen Bereichen der EU unternommen werden. Gerade die Diskussion um die Dienstleistungsrichtlinie hat dazu geführt, dass sich die Gesundheitsminister sehr darüber bewusst werden, dass andere Kommissionen ihre nationale Gesundheitspolitik mitbestimmen. Ich denke, insofern sind sie auch inzwischen bereit, eine gemeinsame Haltung zu bilden zu all den Initiativen, die derzeit zu entscheiden sind, so die gesamte Fragestellung um die Daseinsvorsorge. Die Gesundheitsminister haben sich bei der Dienstleistungsrichtlinie schon darauf geeinigt, dass der Gesundheitsbereich gar nicht zum Anwendungsbereich gehören solle und dass die Frage der Kostenerstattung für die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Gesundheitsdienstleistungen nicht dort verankert werden solle, sondern in der 1408, der Verordnung zur Koordinierung der sozialen Sicherheit. Diese müsse angepasst werden an neue Bedürfnisse, neue Anforderungen. Die Gesundheitsminister müssen weiter eine Haltung gewinnen zum Monti-Paket, zur Daseinsvorsorge insgesamt: Nämlich welche

Spezifikation sie hat und welche Freiräume zur Gestaltung der Daseinsvorsorge auf nationaler Ebene gesichert werden sollen. Vor allem müssen sich die Gesundheitsminister auch darüber im klaren werden, auf welche Weise, mit welchen Instrumenten Rechtssicherheit zu schaffen sein wird für die Bürger, die die Freizügigkeit zur Nutzung der grenzüberschreitenden Möglichkeiten in Anspruch nehmen wollen. Insofern war die Gesamtschau an Rechtsprechung, die wir heute bekommen haben eine wichtige Grundlage, aus deren Analyse die politischen Entscheidungen zu treffen sind.

Ich danke Ihnen.



Anne HOUTMAN

*DIRECTRICE
DG MARCHÉ INTÉRIEUR ET SERVICES
COMMISSION EUROPÉENNE*

Bonjour à tous. Je voudrais remercier les organisateurs et tout particulièrement le Professeur Jorens, qui a pu rassembler dans son rapport une expertise sur un domaine extrêmement complexe qui est la santé et l'impact de la législation communautaire.

Je me limiterai à rappeler la logique et les principes généraux de l'approche de la Commission européenne plutôt que de présenter des règles détaillées.

D'abord, il faut remarquer, qu'il n'y a pas en droit communautaire, de droit secondaire spécifique à l'assurance-maladie. On applique certaines Directives et en particulier la Directive sur l'assurance non-vie de 1992. D'autres textes horizontaux s'appliquent également, notamment les Directives en matière de marchés publics ainsi que les règles en matière de concurrence, qui couvrent à la fois les règles anti-trust et les règles en matière d'aides d'Etat.

Dans cette approche, on s'appuie, en réalité, sur le Traité. C'est aussi ce que fait la Cour de Justice qui a déjà rendu un certain nombre d'arrêts qui concernent le secteur de l'assurance maladie. Il faut savoir qu'il s'agit surtout des questions préjudicielles. Il n'y a que de très rares arrêts où la Commission a apporté des cas d'infraction devant la Cour.

Alors quelle est la logique du Traité? Le Traité permet une coexistence de plusieurs objectifs et de valeurs:

des règles en matière de concurrence, d'anti-trust, qui interdisent les aides d'Etat et les accords entre entreprises;

des articles qui concernent spécifiquement le marché intérieur notamment le principe de la libre prestation des services et le principe de liberté d'établissement;

des articles qui fixent des objectifs en matière de santé publique, de cohésion sociale, de politique sociale;

l'article 16 qui précise que les services d'intérêt général faisant partie du modèle social européen permettant une meilleure cohésion sociale et territoriale.

Le Traité fixe aussi les compétences et des responsabilités partagées entre le niveau communautaire et celui des Etats membres, pour assurer que les opérateurs puissent remplir leurs missions de service public dans des conditions acceptables.

La question d'aujourd'hui est de trouver en fait un équilibre entre ces différents objectifs pour l'assurance maladie. L'article du Traité qui permet de comprendre la philosophie de cette recherche d'équilibre est l'article 86. L'article 86 dit, d'une part, que les règles du marché intérieur et les règles de concurrence s'appliquent à toutes les activités économiques, peu importe la forme juridique (publique ou privé) de l'opérateur.

Mais cet article porte une nuance qui est très importante quand il s'agit des missions d'intérêt économique général et des obligations de service public. Il dit essentiellement que ces règles du marché intérieur et de la concurrence s'arrêtent de s'appliquer au moment où elles empêcheraient l'opérateur chargé d'une mission de service public de remplir sa mission dans des conditions normales. Il faut donc trouver un équilibre entre ces deux groupes d'objectifs sur base des principes de nécessité et de proportionnalité. Et c'est là évidemment que se trouve toute la difficulté.

Un autre équilibre difficile à trouver concerne les compétences. Le Traité et la Cour reconnaissent la compétence des Etats membres pour déterminer le type de système de santé qu'ils souhaitent. Il appartient également aux Etats membres de déterminer leurs objectifs en matière de politique de santé. Toutefois, dans l'exercice de ce droit de choisir le type de système et d'organisation, ils doivent respecter certaines règles communautaires. C'est un peu comme si on disait, vous pouvez aller n'importe où dans le monde, vous pouvez choisir aussi le mode de transport, mais à partir du moment où vous choisissez de prendre une voiture, vous êtes tenus de respecter le code de la route.

Les Etats membres décident du choix de leur système, qui ils veulent couvrir par leur système de sécurité sociale, et des risques qu'ils souhaitent couvrir. Le droit communautaire intervient pour déterminer, en fonction de ces choix, quelles sont les règles à appliquer. Pour être plus spécifique, je vais illustrer ce point par l'application de la Directive sur l'assurance non vie à l'assurance santé. Tout d'abord, il faut rappeler qu'elle ne s'applique pas aux systèmes de sécurité sociale obligatoires publics de base. La Cour a indiqué à plusieurs reprises que la gestion de ce système ne constitue pas une activité économique. Et il est bien clair que les règles du marché intérieur ne s'appliquent que là où il y a un marché. Le critère principal pour la Cour pour déterminer s'il y a un marché ou pas se reflète dans la rencontre entre l'offre, la demande et un prix qui constitue une rémunération pour un service. Est-ce qu'il y a vraiment un échange d'un service pour un certain prix? La Cour considère que les cotisations sociales qui dépendent, en fait, du salaire de l'individu et qui n'ont aucun rapport avec le risque couvert ne constituent pas un prix, et on n'est donc pas en face d'un marché. Pour la Cour un tel système est purement basé sur un système de solidarité; on n'est donc pas dans une économie de marché.

Mais, la Directive s'applique à tous les autres systèmes d'assurance complémentaires et supplémentaires. La Directive s'applique également à partir du moment où l'Etat décide que son système de sécurité sociale de base va être géré par des entreprises privées. S'il fait ce choix là, il fait un choix qui le soumet à la Directive sur l'assurance non-vie.

Toutefois, cette Directive prévoit que, pour un système de sécurité sociale de base, l'Etat membre peut imposer des obligations et des restrictions au libre marché pour autant que ces restrictions et obligations sont nécessaires pour atteindre l'objectif que s'est fixé l'Etat. Par ailleurs, les mesures prises doivent être proportionnelles par rapport à cet objectif et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Enfin, il faut également appliquer le principe de transparence. Les restrictions possibles sont énumérées dans un considérant de la 3ème directive assurance non-vie. L'Etat peut, par exemple, imposer à l'assureur privé l'absence de restriction d'adhésion. Il peut imposer aussi la couverture à vie. Il peut imposer une interdiction de segmentation des risques, par l'imposition d'une tarification uniforme par type de contrat. Il peut aussi imposer des conditions types de couverture qui doivent être respectées par les assureurs au nom de l'intérêt général.

Enfin, les Etats membres peuvent prévoir un système de compensation des risques entre les opérateurs prenant en charge la couverture de base des citoyens. La question s'est posée si ce type de système serait aussi accepté pour les assurances-maladie complémentaires. La position qui a été prise par la Commission en attendant que la Cour se prononce est que, a priori, pour les systèmes complémentaires, ces conditions iraient probablement au-delà de ce qui est nécessaire. Dans le dossier irlandais la Commission s'est bien rendu compte que la frontière entre le système de base et le système complémentaire devenait floue et était, en fait, assez difficile à déterminer. La Commission a accepté dans ce dossier un système de compensation de risques qui, en réalité, va probablement au-delà de ce qu'on appellerait strictement l'assurance de base. Le dossier a été attaqué devant la Cour par un concurrent.

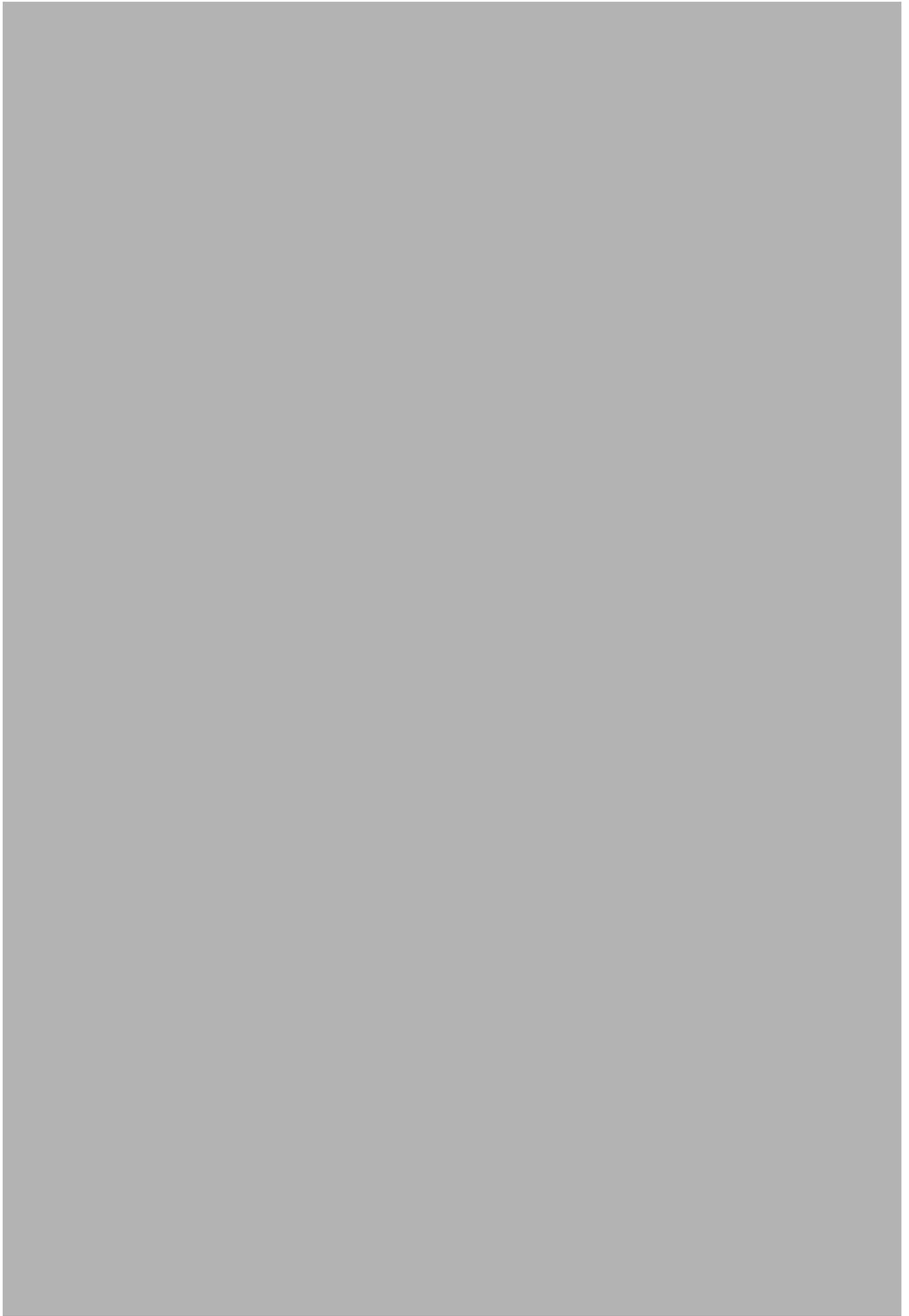
A mon avis, la Cour, jusqu'à présent, a été d'une énorme sagesse dans ses arrêts. Je pense que la série d'arrêts qui ont été rendus, aussi bien sur le droit des patients que sur la notion d'activité économique que sur l'application des règles en matière de marché public, sont d'un grand équilibre. Ils permettent aussi d'utiliser les règles du marché intérieur et de la concurrence comme instruments pour améliorer la qualité et l'efficacité du système de santé publique, ce qui va, à mon avis, dans le sens recherché par les Etats membres tout en maintenant leur budget en équilibre.

Je vous remercie.



SESSION 3

LE CONCEPT DE “SERVICES SOCIAUX D’INTÉRÊT GÉNÉRAL” COMME CONTREPOIDS AUX RÈGLES DU MARCHÉ INTÉRIEUR



Bernhard SPIEGEL

RESPONSABLE DU DÉPARTEMENT SÉCURITÉ SOCIALE
MINISTÈRE FÉDÉRAL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE,
DES GÉNÉRATIONS ET DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS
AUTRICHE

Einleitung

Mein Beitrag ist zweigeteilt: Einerseits werde ich über meine Erfahrungen als Vorsitzender der Freiwilligengruppe des Ausschusses für Sozialschutz (SPC) für die sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse berichten und andererseits auch auf die österreichischen Überlegungen zu diesen Fragen näher eingehen. Die nur sehr knapp bemessene Zeit für den Vortrag erlaubt natürlich keine Detailüberlegungen, sondern nur kurze Hinweise auf die wesentlichen Themen.

1. Arbeiten der informellen Arbeitsgruppe des SPC

Im Rahmen des SPC wurden die Arbeiten an den Fragen der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹⁾ in unmittelbarer Folge des Grünbuchs über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse²⁾ aufgenommen. Dazu wurde eine Freiwilligengruppe³⁾ eingesetzt, mit deren Vorsitz ich betraut wurde. Ziel der Arbeiten dieser Gruppe ist es, dem SPC die in diesen sehr technischen und oftmals auch sehr formaljuristischen Fragen erforderliche Unterstützung zu geben. Als erster Schritt wurde ein Bericht an das SPC erstellt, der zum einen auf die verschiedenen Aspekte der Einflüsse des EG-Rechts auf die sozialen Dienstleistungen verwies und zum anderen auch das große Bedürfnis nach mehr Klarheit betonte.

Diese Vorarbeiten wurden im Weißbuch der Kommission insofern berücksichtigt, als die Sonderstellung der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen anerkannt und eine Sondermitteilung über diese Dienstleistungen für 2005 angekündigt wurde⁴⁾. Das SPC sowie die „Hochrangige Gruppe“ wurden beauftragt, an der Vorbereitung dieser Sondermitteilung mitzuwirken. Zur Unterstützung dieser Arbeiten legte die Freiwilligengruppe des SPC den Mitgliedstaaten einen Fragebogen und ein Hintergrundpapier vor. Der Fragebogen sollte abklären, welche Elemente für die Definition der

1) *Ich wähle bewusst diesen im Einklang mit dem EG-Vertrag stehenden Ausdruck um allfällige Unschärfen bei der Verwendung des Ausdruckes „Daseinsvorsorge“ zu vermeiden.*

2) *KOM (2003) 270 endg. vom 21.5.2003.*

3) *Dieser Gruppe gehörten die folgenden Staaten an: Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Niederlande, Österreich, Portugal, Polen, Spanien und das Vereinigte Königreich.*

4) *KOM (2004) 374 endg. vom 12.5.2004 – Abschnitt 4.4.*

wesentlichen Kriterien der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse herangezogen werden können, welche nationalen Erfahrungen mit den verschiedenen Aspekten des EG-Rechts bereits gemacht wurden, was für Bereiche näher vertieft werden könnten und schließlich, welche Strategie die Union hinsichtlich der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse weiterverfolgen sollte. Das Hintergrundpapier enthält eine kurze Zusammenfassung der wesentlichsten Aspekte des EG-Rechts.

Einen wichtigen Input lieferte auch die Brüsseler Konferenz am 28. und 29.6.2004⁵⁾, deren Schlussfolgerungen bereits den Versuch einer Definition der wesentlichen Kriterien der sozialen Dienstleistungen auf europäischer Ebene enthalten.

Die nationalen Antworten aller 25 Mitgliedstaaten, aber auch jene verschiedenster sonstiger Akteure (insbesondere jene verschiedener NGOs) liegen nunmehr vor. Ein Studium dieser Berichte gibt einen guten Überblick über die Position der Mitgliedstaaten zu diesem Thema. Die Kommission stellte diese Fragebögen-Beantwortungen bei einem Seminar am 1.4.2005 in Brüssel vor. Bei dieser Gelegenheit hatten auch die Vertreter der NGOs auf europäischer Ebene die Möglichkeit, sich vor einem größeren Forum zu äußern.

1.1. Untersuchte Bereiche

Der Fragebogen an die Mitgliedstaaten hatte zum Ziel, einen möglichst weitreichenden Bereich abzudecken. Als „sozialen Dienste“ konnten insbesondere die Systeme der sozialen Sicherheit, die Gesundheitssysteme, die sonstigen Sozialschutzsysteme (z. B. Fürsorge, Pflegedienste, Altenbetreuung usw.), soziales Wohnen aber auch die Systeme der Beschäftigungspolitik und die Bildungssysteme dargestellt werden. Ziel war auch die Herausarbeitung europäischer Gemeinsamkeiten und der Versuch einer Definition. Hinsichtlich des EG-Rechts, das Auswirkungen auf diese sozialen Dienste haben kann, standen die Binnenmarktvorschriften (Waren- und Dienstleistungsverkehr), die Wettbewerbsregeln (einschließlich der Beihilfenvorschriften), die Vergaberegeln aber auch die Außenhandelsbeziehungen (z. B. das GATS) zur Diskussion. Die Mitgliedstaaten hatten große Wahlfreiheiten, welche Punkte jeweils näher behandelt werden sollten.

5) Konferenz „Soziale Dienste von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union – ihre besonderen Charakteristika, ihre Leistungsfähigkeit und Rahmenbedingungen der Dienstleistungserbringung“.

1.2. Ergebnisse der Antworten auf den Fragebogen

Die Gesundheitsdienstleistungen waren einer der wichtigsten Punkte der einzelnen Reaktionen. Die eingereichten Antworten lassen in diesem Bereich bereits einige Schlüsse zu: Hauptsorge für den Gesundheitsbereich dürfte die Dienstleistungsrichtlinie sein, und zwar insbesondere das im Kommissionsentwurf uneingeschränkt vorgesehene Herkunftslandprinzip aber auch die Regelung betreffend die Patientenmobilität⁶⁾. Die Grundsätze des Wettbewerbsrechts dürften im Unterschied dazu keine all zu großen Schwierigkeiten für die Gesundheitsdienstleistungen bereiten. Unter Berufung auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Pucet* und *Pistre*⁷⁾ sowie *AOK*⁸⁾ sind die meisten Mitgliedstaaten der Auffassung, dass die Einrichtungen ihrer Gesundheitssysteme keine Unternehmen im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts seien. Daher würden auch die Grundsätze des Art. 81 EG („Kartellverbot“), Art. 82 EG (missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung) und Art. 87 EG (Beihilfenverbot) für die Gesundheitssysteme keine Probleme bedeuten.

Man kann sich natürlich die Frage stellen, warum nur diese Priorität der Dienstleistungsrichtlinie gesehen wird. Zieht man auch die Antworten in den anderen Bereichen der sozialen Dienste heran, so drängt sich die Vermutung auf, dass immer jene Bereiche als prioritär eingestuft werden, in denen gerade die Kommission Initiativen in Richtung einer gemeinschaftlichen Regelung gesetzt hat⁹⁾. Aus diesem Blickwinkel verwundert daher nicht, dass das Wettbewerbsrecht bei den Gesundheitsleistungen derzeit kein Thema ist (weil diesbezüglich eben derzeit keine Kommissionsvorschläge auf dem Tisch liegen).

Auf der anderen Seite haben aber die Fragebogenantwortungen ein weites Feld aufgezeigt, in dem Gesundheitsleistungen durch das EG-Recht beeinflusst und beeinträchtigt werden können. Ein gutes Beispiel ist der Hinweis eines Mitgliedsstaats auf die Richtlinie 93/104/EG betreffend die Arbeitszeit, die ja aufgrund des *SIMAP*-Urteils¹⁰⁾ im Spitalsbereich tiefgehende Auswirkungen haben kann, wenn nämlich die Bereitschaftsdienstzeiten der Ärzte auf deren Arbeitszeit anzurechnen sind¹¹⁾.

Als Ergebnis der Fragebogenantwortungen kann daher gesagt werden, dass die Mitgliedstaaten sehr wohl die mannigfaltigen Auswirkungen des EG-

6) Art. 23 des Kommissionsentwurfs. Viele Mitgliedstaaten verlangen eine Regelung sämtlicher Aspekte der Patientenmobilität in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer.

7) Urteil vom 16.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91.

8) Urteil vom 16.3.2004, Rs C-264/01 u.a..

9) So wurde z. B. bei den sozialen Wohnraummaßnahmen das Schwergewicht auf die Beihilfenproblematik gelegt, wo ja im Rahmen des „Monti-Pakets“ gerade dieser Bereich ausdrücklich angesprochen wird.

10) Urteil vom 3.10.2000, Rs C-303/98.

11) Dieses Urteil hat somit ganz wesentliche finanzielle Auswirkungen und die Mitgliedstaaten müssen das gesamte Personalwesen in den Spitälern überdenken.

Rechts im Gesundheitsbereich erkannt haben. Der angelaufene Prozess ist somit ein erster Schritt, um voneinander zu lernen, Erfahrungen auszutauschen und nach guten Vorbildern bei bestimmten Fragestellungen zu suchen¹²⁾. Wichtig ist dabei auch, dass die verschiedenen Experten in den Mitgliedstaaten, aber auch in der Kommission, voneinander lernen. Bisher war nämlich wenig Verständnis vorhanden, wenn Wettbewerbsexperten mit Sozial- oder Gesundheitsexperten zusammentrafen. Nunmehr ist aber klar, dass diese beiden Bereiche immer mehr verschränkt sind und daher eine enge Zusammenarbeit unbedingt notwendig ist.

2. Österreichische Überlegungen zu den Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Nach der Zusammenfassung der bisherigen Arbeiten im SPC sollen auch noch einige speziell auf die österreichische Situation abgestellte Überlegungen angefügt werden.

2.1. Position Österreichs

Wegen der starken Ähnlichkeit der österreichischen Krankenkassen zu den deutschen Kassen ist auch Österreich durch das AOK-Urteil beruhigt worden. Wir gehen daher in Österreich davon aus, dass unsere Krankenkassen keine „Unternehmen“ im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts sind¹³⁾. Allerdings ist die Gewissheit natürlich nicht absolut! Hat doch der EuGH selbst darauf hingewiesen, dass die Ausnahme vom EG-Wettbewerbsrecht nur die Festsetzung von Festpreisen für Arzneimittel nach den deutschen Rechtsvorschriften betraf, dass aber auch die deutschen Kassen bei anderen Aufgaben möglicherweise als Unternehmen anzusehen sind. Es bleibt also die bange Frage, ob und allenfalls in welchen anderen Bereichen die österreichischen Kassen als Unternehmen anzusehen sind.

Natürlich wird oft darauf hingewiesen, dass selbst bei Klassifizierung einer Krankenkasse als Unternehmen das EG-Wettbewerbsrecht nicht uneingeschränkt zur Anwendung gelangen muss. Nach Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrags ist nämlich ein Schutz dieser Dienstleistungen zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben von allgemeinem Interesse vorgesehen. Allerdings befindet man sich bei Anwendung dieser Regelung bereits auf der Rechtfertigungsebene. Aus der Sicht eines Mitgliedstaates ist es also viel sicherer, wenn die Einrichtungen der Gesundheitsdienste gar keine Unternehmen im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts sind, als wenn im

12) Ohne es so zu benennen, hat somit hinsichtlich der sozialen Dienstleistungen bereits eine „Methode der offenen Koordinierung“ begonnen.

13) Als wesentliches Unterscheidungskriterium ist bei den österreichischen Krankenkassen noch darauf hinzuweisen, dass in Österreich – anders als in Deutschland – keine freie Kassenwahl besteht, sondern dass durch eine nahezu absolut wirkende Pflichtversicherung die versicherten Personen jeweils einer Kasse gesetzlich zugeordnet werden. Damit liegen in Österreich wohl noch mehr Elemente, die gegen eine Qualifikation als „Unternehmen“ sprechen, vor als in Deutschland.

Einzelfall versucht werden muss, Beschränkungen des Wettbewerbs nach Art. 86 Abs. 2 zu rechtfertigen.

Um die Gefahren deutlicher zu machen ist zunächst davon auszugehen, dass gerade der Gesundheitsbereich kein einheitlicher Markt ist, sondern dass viele verschiedene Märkte nebeneinander bestehen (z. B. Allgemeinmedizin, Zahnmedizin, Krankentransport usw.). Daher ist auch ein Querausgleich der Risiken in einem Marktsegment durch die Vorteile eines anderen Marktes nur sehr eingeschränkt möglich¹⁴⁾. Vor allem wird es dann bedenklich, wenn ein solches Unternehmen nicht (mehr) in der Lage ist, die an sich durch den Staat übertragenen Maßnahmen zufriedenstellend zu erfüllen¹⁵⁾. Wenn wir ein Beispiel herausgreifen wollen, könnten wir die Regelungen im Bereich der Zahnmedizin wählen. Viele Mitgliedstaaten führen gerade in diesem Bereich mehr oder weniger strenge Sparmaßnahmen verbunden mit Leistungsreduktionen ein. Wenn die gesetzliche Krankenversicherung ein Unternehmen ist, wird dann nicht möglicherweise irgendwann der Rubicon überschritten, ab dem Privatversicherungen viel effektivere Behandlungen anbieten können und das System der Pflichtversicherung das Monopol der gesetzlichen Krankenversicherung missbraucht? Wegen der getrennten Märkte ist es schwer zu argumentieren, dass ein Ausgleich zwischen allen Risikobereichen der Krankenversicherung erforderlich ist.

Daher ist aus meiner Sicht auch zur Garantie der einheitlichen Regelung aller verschiedenen Risiken (Solidarprinzip), die von den Gesundheitssystemen der Mitgliedstaaten üblicherweise abgedeckt werden, ganz wichtig, dass die Einrichtungen der österreichischen Krankenversicherung nicht als „Unternehmen“ im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts betrachtet werden. Anderenfalls sehe ich persönlich die Gefahr, dass die Marktmechanismen das Gesundheitssystem auf ein System der Mindestversorgung (Notfälle, Großrisiko) beschränken und die anderen (lukrativen) Bereiche der Privatwirtschaft überlassen werden. Sozial- und gesundheitspolitisch kann eine solche Entwicklung wohl von keinem Mitgliedstaat begrüßt werden.

2.2. Österreichische Erfahrungen mit dem EG-Recht

Nach diesen eher allgemeinen Überlegungen möchte ich auf die konkreten Erfahrungen eingehen, die Österreich bereits mit dem Spannungsverhältnis zwischen den politischen Anforderungen an das Gesundheitssystem und dem EG-Recht gemacht hat:

- Vergabewesen: In Österreich wurde beschlossen, die moderne nationale Krankenversicherungskarte nicht direkt durch die Sozialversicherung produzieren zu lassen, sondern durch privatwirtschaftliche Unternehmen.

14) Hinsichtlich der getrennten Märkte des Krankentransports und des Notfallstransports siehe z. B. EuGH in seinem Urteil vom 25.10.2001, Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner.

15) Hinsichtlich der Unfähigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols zur Vermittlung von Spitzenarbeitskräften und der sich daraus ergebenden EG-Widrigkeit des Monopols siehe EuGH, Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser.

Die Betrauung eines Unternehmens erfolgte zwar im Wege eine Vergabeverfahrens; die komplexen Verfahrensschritte aber auch die sich in der Folge ändernden politischen Vorgaben¹⁶⁾ führten dazu, dass bereits zwei Verfahren hinsichtlich des EG-Vergaberechts beim EuGH anhängig wurden¹⁷⁾. Diese Verfahren weisen auf die Probleme hin, die die öffentliche Hand haben kann, wenn Beschaffungsvorgänge ausgeschrieben werden müssen (z. B. Bestbieter muss nicht unbedingt der wirtschaftlich leistungsfähigste sein, mangelnde Flexibilität bei sich ändernden politischen Zielvorgaben).

Aber noch ein weiteres österreichisches Vergabeverfahren soll erwähnt werden. In der Rechtssache *Tögl*¹⁸⁾ entschied der EuGH, dass auch für die Verträge einer Krankenkasse mit Krankentransportunternehmen des EG-Vergaberecht anzuwenden ist. Nach meiner Kenntnis war es das erste Urteil des EuGH, das dies für den Gesundheitsbereich dermaßen klar zum Ausdruck brachte.

- Hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH in der Rechtssache *Gräbner*¹⁹⁾ entschieden, dass das österreichische Verbot der Tätigkeit als Heilpraktiker durch Personen, die nicht Inhaber eines Arztdiploms sind, nicht den EG-Grundfreiheiten widerspricht. Aus meiner Sicht handelt es sich bei diesem Urteil um einen ganz wichtigen Grundsatz, der auch durch die geplante Dienstleistungsrichtlinie nicht in Frage gestellt werden darf.
- Im Urteil in der Rechtssache *Jauch*²⁰⁾ wurde entschieden, dass das österreichische Pflegegeld eine nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu exportierende Geldleistung bei Krankheit sei. Dabei handelt es sich somit nicht um den Kernbereich der untersuchten Bereiche des EG-Rechts. Allerdings hatte dieses Urteil, das in manchen Fällen zu ungewollten Kumulationen von Pflegesach- und Pflegegeldleistungen führte, dennoch die nationale österreichische Systematik des Pflegegeldes in Frage gestellt. Somit kann auch das EG-Recht betreffend den freien Personenverkehr unmittelbare und tiefgehende Auswirkungen auf das nationale System der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (wie auf das österreichischen Pflegegeldsystem) haben.
- Diese potentiell weitreichenden Auswirkungen des EG-Rechts auf das nationale Gesundheitssystem beziehen sich nach den österreichischen Erfahrungen auch noch auf einen anderen Bereich. Durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Unterpertinger*²¹⁾ wurde entschieden, dass

16) So wurde erst in der Folge verlangt, dass die Krankenversicherungskarte (e-card) nicht nur zur Dokumentation der Anspruchsnachweise, sondern auch als Bürgerkarte zum Einsatz kommen sollte.

17) Urteil vom 18.3.2004, Rs C-314/01, Siemens AG Österreich, und Rs C-229/02, Debis, noch nicht entschieden.

18) Urteil vom 24.9.1998, Rs C-76/97.

19) Urteil vom 11.7.2002, Rs C-294/00.

20) Urteil vom 8.3.2001, Rs C-215/99.

21) Urteil vom 20.11.2003, Rs C-212/01.

ärztliche Untersuchungen z. B. zur Feststellung der Invalidität im Rahmen eines Pensionsverfahrens nicht unter die Steuerbefreiung nach der sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie 77/388/EWG fallen. Auch eine solche Steuerpflicht der ärztlichen Berufe kann zu großen finanziellen Rückwirkungen auf die Gesundheitssysteme führen und damit die Funktion als Dienstleistung von allgemeinem Interesse beeinflussen.

- Ein weiterer Bereich, in dem das österreichische Gesundheitssystem bereits mit dem EG-Recht Erfahrungen sammeln musste, ist die Verschreibung von Arzneimitteln durch die Krankenversicherung. Österreich war der erste Mitgliedstaat, bei dem festgestellt wurde, dass er die Transparenzrichtlinie 89/105/EWG nicht korrekt umgesetzt hat²²⁾. Dabei wurde erstmals entschieden, was unter einer „Positivliste“ im Sinne dieser Richtlinie zu verstehen ist. In der Folge mussten die österreichischen Verfahren zur Verschreibung von Arzneimitteln durch die Krankenversicherung zur Gänze überarbeitet werden, was bei dem großen wirtschaftlichen Interesse der Pharmaindustrie nicht gerade leicht war.

2.3. Fragen aus österreichischer Sicht

Gerade aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesundheitssystems sind aber noch immer wesentliche Fragen der (möglichen) Auswirkungen des EG-Rechts auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ungeklärt.

So wurde in letzter Zeit möglicherweise zu viel Gewicht auf die Dienstleistungsfreiheit gelegt; der freie Warenverkehr wurde sträflich vernachlässigt. Dabei ist gerade der „Einkauf“ von Leistungen durch die Gesundheitssysteme ein Bereich, in dem noch viel umgewälzt werden könnte. Sicherlich ein wichtiges Urteil in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung in der Rechtssache FENIN²³⁾. Darin hat der EuGH ja ganz klar entschieden, dass nationale Gesundheitssysteme nicht als „Unternehmen“ gelten (Solidarprinzip) und daher diese Eigenschaft auch fortwirkt, wenn zur Erfüllung dieser Aufgaben Waren eingekauft werden²⁴⁾. Auf der anderen Seite hat der EuGH in einer Entscheidung Kommission gegen Belgien²⁵⁾ aber entschieden, dass Belgien dadurch gegen den freien Warenverkehr verstoßen hat, in dem für die Kostenerstattung der Krankenversicherung für bestimmte Heilbehelfe und Hilfsmittel (z. B. Rollstühle) zusätzliche Voraussetzungen vorgesehen wurden (Kriterien z. B. hinsichtlich der Radgröße bei Rollstühlen). Wie passt das zusammen? Immerhin werden ja

22) Urteil vom 27.11.2001, Rs C-424/99, *Kommission gegen Österreich*. Hinsichtlich der in dieser Rechtssache noch nicht entschiedenen Fragen ist bereits ein weiteres Verfahren gerichtsanhängig (Rs C-54/03, *Austroplant*, das allerdings noch nicht entschieden ist).

23) Urteil vom 4.3.2003, Rs T-319/99.

24) *Kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung, wenn die Schulden gegenüber den Mitgliedern des Systems viel später als gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern gezahlt werden*.

25) Urteil vom 13.1.2005, Rs C-38/03.

auch die Rollstühle eingekauft um sie dann - außerhalb einer wirtschaftlichen Tätigkeit - den Leistungsberechtigten der sozialen Sicherheit zuzuführen (nach FENIN müsste doch auch dieser Einkauf damit seine wirtschaftliche Bedeutung verlieren). Ich gehe davon aus, dass die meisten Mitgliedstaaten solche Zusatzkriterien vorsehen, wenn die Erstattungsfähigkeit durch die Sozialversicherung festgelegt wird.

Mir ist schon bewusst, dass das FENIN-Urteil zum Wettbewerbsrecht, das Urteil gegen Belgien zu den Binnenmarktvorschriften ergangen ist. Aus diesen beiden Urteilen wird aber das Dilemma sämtlicher sozialen Dienste im Spannungsfeld mit dem EG-Recht deutlich. Einem politischen Entscheidungsträger kann man diese Unterschiede nicht mehr erklären. Dadurch ist bei der politischen Diskussion der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zwar immer eine latente Angst vor den möglichen Einflüssen des EG-Rechts vorhanden; eine Bekämpfung dieser Ängste durch allgemeinverständliche Informationen ist aber nahezu ausgeschlossen.

Als Erklärungsversuch dieses scheinbar völlig unerklärlichen Nebeneinanders verschiedenere Urteile könnte man das Heil im *Freskot*-Urteil²⁶⁾ suchen, das eigentlich viele erhellende Aussagen enthält. Das untersuchte griechische Pflichtversicherungssystem entfaltet keine wirtschaftliche Tätigkeit (damit ist automatisch auch das gesamte EG-Wettbewerbsrecht nicht anwendbar, da die Einrichtungen nicht als „Unternehmen“ zu betrachten sind). Auch handelt es sich bei der Versicherung um keine Dienstleistung nach Art. 49 EG. Allerdings könnten durch die Pflichtversicherung Dienstleistungserbringer (Versicherungsunternehmen) aus anderen Mitgliedstaaten an der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit behindert werden. Da können dann die sozialpolitischen Zielvorgaben als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Aus diesem Blickwinkel könnte (wohlgemerkt: für die Gruppe der eingeschworenen Experten) dieser aus erster Sicht zwischen dem FENIN- und dem Belgien-Urteil vermutete Widerspruch beseitigt werden. Deutlich wird hier aber jedenfalls, dass in der politisch hochbrisanten Frage, wie ein Gesundheitssystem EG-konform gemacht werden muss und wann die Grundsätze des EG-Rechts bereits verletzt sind, selbst Experten Probleme haben, sich zurechtzufinden. Mehr Rechtsklarheit - aus meiner Sicht selbst wenn das gemeinschaftsrechtliche Regelungen erfordert - ist daher unbedingt notwendig.

Eine konsequente Weiterverfolgung des *Freskot*-Urteils könnte aus meiner Sicht auch etwas Licht in das Dunkel bringen, das sich nach den *Kohll*- & *Decker*-Urteilen über die Mitgliedstaaten gebreitet hat. Wäre es nicht viel leichter verständlich, wenn der EuGH gesagt hätte, die nationalen Krankenversicherungssysteme selbst sind keine wirtschaftlichen Dienstleistungen; allerdings wird die Inanspruchnahme von Dienstleistungs-

26) Urteil vom 22.5.2003, Rs C-355/00.

erbringern in anderen Mitgliedstaaten behindert, wenn dafür keine Kostenerstattung geleistet wird. Dann wären nämlich die derzeit noch gerichtsanhängigen Fragen, ob reine Volksgesundheitssysteme wie das britische NHS auch von *Kohll & Decker* betroffen sind²⁷⁾, bereits geklärt. Aber leider hat der EuGH bei dieser Frage der Patientenmobilität für die Gesundheitssysteme keine Klarheit geschaffen, so dass wir auf weitere Urteile angewiesen sind.

2.4. Patientenmobilität aus österreichischer Sicht

Die vorangehenden Überlegungen leiten über zur Frage, welche Haltung Österreich überhaupt zur Patientenmobilität (*Kohll- & Decker-Prinzip*) einnimmt. Gerade dabei handelt es sich nämlich um einen wesentlichen Aspekt der Gesundheitsleistungen in ihrer Rolle als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Nach der österreichischen Rechtslage können Versicherte, die nicht die Vertragseinrichtungen der Krankenkassen aufsuchen, immer und ohne vorherige Genehmigung eine Kostenerstattung nach österreichischem Recht beantragen. In der Folge werden die für die Behandlung durch einen vergleichbaren Vertragspartner der zuständigen österreichischen Krankenkasse vereinbarten Tarife erstattet, wobei allerdings z. B. bei Behandlung durch einen Nichtvertragsarzt 20% des Tarifs aufgrund der höheren Verwaltungskosten der Kasse abgezogen werden. Diese Rechtslage hat Österreich immer schon bei Behandlung durch österreichische Nichtvertragseinrichtungen aber auch weltweit für die Behandlung durch ausländische Leistungserbringer angewendet. Daher ist Österreich der Auffassung, dass wir bisher keine Umsetzungsprobleme bei der *Kohll & Decker*-Judikatur haben.

Umso schmerzlicher ist, dass in der nunmehr vorliegenden Studie der Universität Gent diese österreichische Rechtslage wegen der 20%-igen Reduktion ebenfalls als Behinderung der Dienstleistungsfreiheit gebrandmarkt wird²⁸⁾. Sollte diese Frage tatsächlich einmal vor dem EuGH landen, könnte das ein spannendes Verfahren werden. Wie bereits gesagt, handelt es sich bei dieser 20%-igen Reduktion nämlich um die erhöhten Kosten, die bei der Inanspruchnahme von Nichtvertragspartnern automatisch erwachsen. Nicht vergessen darf dabei werden, dass diese Reduktion auch bei der Inanspruchnahme österreichischer Nichtvertragspartner eintritt. Außerdem wurde auch der österreichische Verfassungsgerichtshof bereits mit dieser Frage befasst. Er kam zum Schluss, dass die Reduktion sachlich wegen der erwiesenermaßen (!) höheren Bearbeitungszeiten gerechtfertigt sind und damit keine Beeinträchtigung des Grundsatzes der freien Arztwahl

27) *Rs C-372/04, Watts, noch nicht entschieden.*

28) *Siehe Fußnote 142 des Berichts.*

vorliegt²⁹⁾. Könnte der EuGH dann überhaupt zu einem anderen Schluss kommen? – Wir sind davon überzeugt, dass das nicht der Fall sein kann!

Allerdings blieb Österreich bisher durch die Patientenmobilität nicht völlig unberührt. Das EG-Recht kann nämlich auch durch ausländische Systeme bewusst in Anspruch genommen werden. So ist es denkbar, dass sich ein Mitgliedstaat entscheidet, bei bestimmten sehr teuren Behandlungen³⁰⁾ nicht selbst die erforderliche medizinische Infrastruktur aufzubauen, sondern seine Versicherten gezielt mit einem E 112 in jene Mitgliedstaaten zu schicken, die bereits diese Leistungen für ihre Versicherten anbieten. Das kann wirtschaftlich gesehen durchaus rentabel sein. Für die solchermaßen „überschwemmten“ Mitgliedstaaten können sich echte Probleme ergeben. Im Extremfall können sich nämlich dann für die eigenen Versicherten Wartelisten aufbauen, was sozialpolitisch ganz schlimm wäre („Europa verschlechtert den Zugang der Inländer zu den Gesundheitsleistungen!“).

Aber besteht eine rechtliche Möglichkeit, gegen eine solche Entwicklung Maßnahmen zu ergreifen? Immerhin besteht ja auch die Verpflichtung, die Dienstleistungsempfänger nicht zu diskriminieren. Natürlich kann der betroffene Mitgliedstaat immer als letzte Notbremse Gründe der öffentlichen Gesundheit als Rechtfertigung einer Diskriminierung ins Spiel bringen³¹⁾. Ob damit aber generell die Hintanreihung der ausländischen Patienten erlaubt ist, kann angezweifelt werden. Bei den bestehenden Engpässen in manchen nationalen Gesundheitssystemen und den unterschiedlichen Entwicklungsstufen in den verschiedenen Mitgliedstaaten könnten sich aus dieser Rechtslage durchaus noch für einige Mitgliedstaaten erhebliche Probleme ergeben, die einer Lösung auf europäischer Ebene bedürfen. Diese Fragen wurden z. B. im Rahmen der laufenden Arbeiten an der Dienstleistungsrichtlinie bisher überhaupt noch nie näher behandelt. Bei dieser Richtlinie stehen nämlich bisher ausschließlich die Leistungserbringer als „behandlungswillige“ Dienstleistungserbringer, die Patienten oder die Sozialversicherungssysteme der Staaten, in denen die Krankenversicherung besteht, im Mittelpunkt der Überlegungen. Natürlich macht es Sinn, über solche *Centres of reference* oder *Centres of excellence* nachzudenken. Das sollte aber auf europäischer Ebene geschehen, wobei sämtliche Aspekte wie z. B. Planung, Forschung oder Finanzierung offen angesprochen werden können. Von einer solchen europäischen Lösung sind wir aber noch weit entfernt.

29) VfGH, Urteil vom 18.3.2000, G 24/98, V 38/98.

30) Z. B. Organtransplantationen, die nur bei einem hohen technischen, wissenschaftlichen aber auch Erfahrungsstandard durchgeführt werden können.

31) Mögliche Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 55 iVm Art. 46 EG.

Zusammenfassung

Die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten sind derzeit auch auf europäischer Ebene wohl einer der am heftigsten diskutierten Bereiche. Dabei muss immer im Vordergrund stehen, dass jede Änderung die Funktion dieser Systeme als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse empfindlich stören kann. Deswegen muss auf europäischer Ebene gerade bei den Gesundheitsdienstleistungen mit großer Vorsicht vorgegangen werden. Allerdings darf man nicht versuchen, sich vor jeglicher Diskussion auf europäischer Ebene gänzlich zu verschließen. Es darf nämlich nie vergessen werden, dass bereits derzeit viele Grundsätze des EG-Vertrages automatisch auch für die Gesundheitssysteme gelten. Daher wäre aus meiner Sicht eine offensive Strategie in Europa der beste Weg um den notwendigen Stellenwert der Gesundheitssysteme als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abzusichern, sei es auch durch gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen. Ein „Tot Stellen“ indem nur z. B. eine Herausnahme der Gesundheitssysteme aus der Dienstleistungsrichtlinie gefordert wird, ist jedenfalls zu wenig. Auch darf die Stellung der Gesundheitssysteme in den anderen Bereichen des EG-Rechts (z. B. Wettbewerbsrecht) nicht vergessen werden. Ein Nachdenken über gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen (z. B. im Rahmen des Art. 86 Abs. 3 EG) darf daher nicht tabuisiert werden. Die nächsten Jahre werden zeigen, wie erfolgreich unsere Bemühungen zur Aufrechterhaltung des Standards unserer Gesundheitssysteme waren.





Jonathan MOGFORD

*RESPONSABLE DES AFFAIRES EUROPÉENNES
DÉPARTEMENT DE LA SANTÉ
ROYAUME-UNI*

Thank you for your invitation to speak this afternoon: can I also thank AIM for an extremely well prepared conference with some very thought-provoking literature which I think will really help take this debate forward.

I will speak mainly from the perspective of the UK NHS, which is a tax-funded, system integrating the financing, commissioning and provision of health services. However, within that legally integrated environment, substantial reforms are taking place, particularly about increasing the role of the independent sector and devolving responsibility to the front line. Some will recognise the challenge of asking the UK for a view on possible secondary legislation when we continue to argue - notably in the Watts case - that tax-funded systems like the NHS are not subject to the Treaty.

As far as Europe is concerned, we have very substantial support to patient mobility. I am responsible for an annual budget of nearly eighty million Euros, which supports healthcare for UK citizens moving around Europe.

As other people have already indicated, there are some very real tensions within the Treaty between the health interests and the single market interests. Slightly simplistically summarised, on the one hand Member States are saying that it is important that they are responsible for the management and organisation of their health systems and on the other hand the European institutions are saying that this is true for as long as it is compatible with the single market. We are still working out what that means.

So, do we think that the social services of general interests are somehow a counterweight to the internal market? This is certainly worth exploring in more detail. Certainly the UK does not underestimate how big a political issue this question actually is in terms of the implications that lie behind it.

The concept of social services of general interest is perhaps best seen as one of a range of options on how to find the balance between the health interests and the single market interests. But there still seems to be a considerable amount of uncertainty about the difference between the different concepts of services of general economic interest, services of general interest and social services of general interest. This needs to be further explored. We do need to look very carefully at what are the implications of going down this route.

Another option might be to accept that there will be an element of ad hoc development in this area, asking ourselves the question how big a problem this is. Some might think, however, that the questions raised by the Services



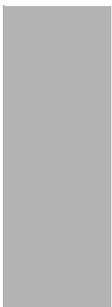
Directive are perhaps indicating that time is running out on this particular option.

A number of speakers have also mentioned revising Regulation 1408. I think this highlights one of my main points, which is that we need to be careful about what is the problem that we are trying to solve here. Is it a problem about patient mobility? Is it a problem about health and the single market? Or is it a much wider problem about economic and social aspects of health-care? The answer to that question probably defines which sort of options you are actually looking at: co-operation, guidelines, legislation.

Underlying all of this, is the need for a more sophisticated dialogue between the economic and social sectors.

To sum up, this is a debate that is only just starting. I think today's conference will be a very useful step forward in building a better understanding of the problem and the real implications of some of the options available to us. What is certain is that there are some very real tensions between the economic and the social objectives in this area and that Member States are concerned to discharge their responsibilities for managing and organising health systems. In that context, the prospect of a Commission's Communication on Social Services of General Interest is welcome. It can build on the outcomes of events like this one. It can help focus discussions during the forthcoming UK presidency.

Thank you very much.



Kari VÄLIMÄKI

*DIRECTEUR GÉNÉRAL
MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ
FINLANDE*

I would like to thank the organisers for organising this conference. There was really a big need to discuss these very complicated issues. However I try to be very brief and simplify these questions because I think Mr Mogford made a really good question - what is the problem we are solving?

I do not think that it is very easy to answer this question. But I would like to say that one of the key problems is the fact that we have been trying to balance the two approaches – on the one hand we try to create internal markets and on the other we have addressed the principle of subsidiarity in social protection.

I think it is absolutely necessary to have more functioning markets in the European Union in order to meet, for example the goals which we have with the employment. And that is why we also need free markets for the services and we welcome the Directive on Services. However, the problem is that it is quite difficult - I would say - almost impossible to claim that social and health services would be fully independent from the free markets.

Health and social services include always economic aspects. Moreover, the four freedoms the EU stresses have to be taken into account also in organising of social and health services at the national level. In practice these two facts mean that we have already gone over the border that separates purely national health and social services and other services of economic interest.

Another problem is that the EU stresses competition and free markets. In social protection we stress solidarity and human rights and hence social protection has been mainly organised by the State and not by free markets. It is very challenging to combine these two approaches in the handlings of the Directive of Services.

As to the Finnish case I would like to say that the municipalities are responsible for providing social and welfare services. If they produce these services by themselves like in the most cases they do, we do not have any problems with the internal market rules. But if they want to purchase these services from the private or third sector, we are at once dealing with the market principles. And then we have to take into account the competition rules.

The Draft Directive of Services concerns the situations where the municipalities are buying these services from the private sector or from the NGOs. The main idea of the draft Directive is that we guarantee for the foreign enterprises the same opportunities and rights to enter Finland and offer these services to the municipalities. The idea of the draft directive is absolutely OK for us. Al-



ready today it is possible for the foreign companies to offer health and social services. We welcome foreign companies. The only thing, we expect them to follow, are Finnish rules in social and health sector that are equal for both domestic and foreign companies.

Health and social services are naturally in the interest of the public. However, until today Finland and most of the other European Member States have been able to live without defining the concept of services of general interest. It is very difficult to define whether the services are of general interest or just services of general economic interest. For example when we speak about child protection, in my opinion we could think that it is a kind of service of general interest. In Finnish case, it is possible to produce these child protection services in the private sector or in the public sector. So despite of the fact that we could regard child protection as a service of general interest, we have to apply the competition rules in child protection when the municipalities buy these services from the private sector. Thus health and social services cannot be automatically regarded as services of general interest in order to be able avoid the application of internal market and competition rules. The application of the competition rules depends on how the production of these services is organised.

Competition rules have caused some problems for the Finnish municipalities but these problems have nothing to do with the Draft Services Directive or the services of general interest. And that is why we are a little bit worried about the approach where we say that health services and social welfare services should be fully excluded from the Services Directive. As I mentioned before we have not needed the concept of service of general interest at all. That is why we think that at this stage, it would be wise to put all the efforts to amend the draft Directive on Services. The major amendment should concern the application of the country of origin principle. If the Services Directive would cover social welfare and health services but the country of origin principle would not be applied to these services, we would not meet major problems with the directive. Naturally there are some other smaller problems with the definitions because at the European Union level we do not have the concept of social services.

We hope that we could first solve the problems concerning the Draft Directive on Services and then come back to question do we need at all the concept of services of general interest.

Jérôme VIGNON

*DIRECTEUR
DG EMPLOI, AFFAIRES SOCIALES ET ÉGALITÉ DES CHANCES
COMMISSION EUROPÉENNE*

Je vais m'en tenir au thème de cet après-midi: la notion de services sociaux d'intérêt général comme contrepoids du marché intérieur. Je m'exprimerai donc en relation étroite avec le rapport du Prof. Jorens puisque ça vient de son rapport. J'aimerais dire qu'il offre un concept global qui, pour l'avenir et les difficultés abordées ce matin, apporte beaucoup, mais que la Commission ne pourra pas complètement partager et je dirai en quoi.

Néanmoins, en utilisant ce concept - et en particulier la référence très précieuse à l'article 86.2 par lequel les services d'intérêt général économique rentrent de plein droit dans la vie communautaire - il rejoint les besoins de clarification auxquels veut répondre la Communication prochaine sur les services sociaux et de santé d'intérêt général. A travers le concept global de contrepoids entre l'intérêt général et le marché intérieur, mise en évidence par le Prof. Jorens, ouvre en germe une perspective structurante qui englobe les thèmes dont nous nous sommes saisis dans les sessions précédentes. En effet, cette notion de contrepoids est une autre manière de parler de conciliation entre, d'une part, la liberté d'accès aux soins - fondamentale dimension du Traité - et, d'autre part, l'universalité de cet accès - fondamentale responsabilité nationale encore soulignée par l'article 52. Il y a donc là une tension et parler de contrepoids, c'est recourir de manière large à une perspective de réconciliation.

Le rapport du Prof. Jorens montre la nécessité de ce contrepoids. Certains se disent, mais est-ce qu'il y a un problème? Oui, il y a un problème et M. Jorens le montre, dans la mesure où les services de santé, de soins, d'assurance-maladie se rattachent clairement à des services d'intérêt général sociaux, donc à une responsabilité directe des Etats et où, en même temps, ils sont de plus en plus considérés comme services économiques, même si, bien entendu, il y a des exceptions comme le cas britannique. Il est donc clair que la réconciliation de ce double aspect pose question.

Le rapport prône aussi une perspective, une forme de réponse, même encore que très générale. La nature de ce contrepoids réside dans l'article 86.2 dans la mesure où justement cet article est capable, dans son principe, de définir les conditions de cette reconnaissance sur la base d'un des principes les plus démocratiques, celui de la proportionnalité. Le Prof. Jorens nous dit qu'il faut habiter, installer en quelque sorte les meubles de la santé, des services de santé dans la perspective où, étant économiques (ce qu'ils ne sont pas toujours), ils appartiennent au grand monde de la Communauté, de la libre circulation, du marché intérieur, de l'ouverture des marchés économiques.

La Commission se reconnaît, dans cette approche, ne serait-ce parce qu'avec le concours de la plate-forme sociale, des Etats membres, des partenaires sociaux, elle a mis sur les fonts baptismaux cette notion de services sociaux d'intérêt général. Elle est apparue pour la première fois dans le Livre Blanc de mai 2004, qui est un point d'orgue dans une attitude nouvelle proactive et co-responsable de la part de la Commission européenne face à ces services économiques d'intérêt général particuliers que peuvent être les services sociaux. Aujourd'hui, grâce au Comité de protection sociale, au questionnaire qu'a évoqué M. Spiegel, aux réactions très intenses de la plate-forme sociale, des partenaires sociaux, du forum de la santé, nous avons énormément avancés dans la perspective d'un langage commun sur, à la fois, ce qu'il y a de spécifiquement commun au-delà des diversités nationales à ces services sociaux et de santé d'intérêt général, mais en même temps sur l'identification de ce qui doit être clarifié, de ce qui est obscur ou incertain pour les opérateurs et les Etats membres dans la rencontre inévitable entre cette spécificité et le grand bain du marché intérieur.

Mais pourtant, la Commission ne peut pas tout suivre. La notion de contreponds risque, en effet, d'être défensive dans une vue dynamique. Il y a même lieu de s'en distancier dans la mesure où contreponds peut suggérer une sorte d'antagonisme entre le marché intérieur qui serait systématiquement dissolvant, négateur de l'intérêt général et la responsabilité des Etats et des acteurs de veiller eux à cet intérêt général qu'ils devraient seuls préserver.

Notre perspective n'est pas manichéiste. La perspective de tous les services de santé, de soins de longue durée, d'assurance-maladie complémentaire ne peut être uniquement enfermée dans une conservation en l'état. Elle est aussi celle de leur développement. Or, ce développement passe aujourd'hui par une diversification des acteurs, par de nouvelles sources de financement, par de nouvelles garanties de qualité et donc aussi par une perspective d'entrée proactive dans la dynamique européenne, celle des échanges qui - d'ores et déjà d'ailleurs - pour ce qui est des soins de santé est organisés par les Etats membres.

Dans le but même d'éviter la polarisation, une médecine à deux vitesses, il faut entrer dans cette modernisation, dans cette diversification qui est, en même temps, une entrée dans l'Europe. Il n'y a pas de contradiction entre la perspective du marché intérieur et celle du développement futur des services de santé.

Les questions à traiter pour le futur ne sont pas seulement de maintenir des droits exclusifs, mais aussi de se placer dans une évolution qui se dessine la capacité régulatrice du marché intérieur. Comment les services de santé actuels, en particulier ceux qui se réclament de statuts spécifiques - notamment associatifs, mutualistes - vont-ils participer au futur

développement dans les champs proprement économiques des services d'intérêt sociaux général? Comment les marchés régulés, les partenariats publics-privés, la fonction régulatrice des nouveaux Etats providence resteront-ils compatibles avec les principes fondamentaux du Traité? C'est à cela qu'il faut que nous répondions. Nous ne devons pas rentrer à reculons dans la perspective du marché intérieur, mais nous pouvons adosser sur la proportionnalité de l'article 86.2, dans une perspective créatrice, respectueuse d'une diversité et promotrice d'un développement indispensable.

Cette perspective dynamique me conduit, en revanche, à souligner la convergence entre, d'une part, les questions à clarifier, qui seront l'objet de la Communication et, d'autre part, le bon usage de l'article 86.2, le *modus operandi* de cet article lorsqu'il s'applique à la situation particulière de ces services économiques d'intérêt général, que seront, de plus en plus, les services de santé, même si, bien entendu, tous ne le sont pas. La preuve du Prof. Jorens déplace la question de la zone grise entre économique et non-économique. Nous sommes invités à abandonner une perspective illusoire de délimitation énumérative en revanche de la garantie d'un traitement équitable au travers de cet article 86.2. Si clarification il y a, elle touche la prise de conscience par les usagers et les opérateurs sociaux que cette frontière accordera une place croissante à la perspective économique.

La seconde chose à clarifier est la notion d'acte légal au moyen duquel l'opérateur de santé, de soins, d'assurance reçoit la mission d'intérêt général social. Là encore, le Prof. Jorens énumère une variété de circonstances, mais qui n'existent pas partout. La balle est dans le camp des Etats membres de quelle façon établissent-ils le rattachement à l'intérêt général des services sociaux et de santé et de tous ce qui contribuent à leur système de santé?

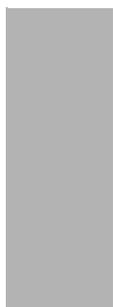
La troisième chose à clarifier concerne l'incertitude dans laquelle se trouvent aujourd'hui les opérateurs, les prestataires, en particulier ceux qui jouissent d'un statut spécifique et notamment non lucratif. Ce statut des droits exclusifs sont-ils bien justifiés au regard de leur mission particulière? Ici M. Jorens nous renvoie utilement à l'acquis de la jurisprudence qui considère désormais une vue large de ces missions, de leurs contraintes, des obligations de service public, pas seulement au nom de leur viabilité économique, mais de l'ensemble de la valeur du service qu'ils rendent.

Enfin, la question de la clarification porte sur la responsabilité systémique des Etats membres, leur responsabilité d'organiser les systèmes de santé, mais pas seulement celle d'accorder, au cas par cas, une autorisation, elle concerne l'ensemble d'un système de soin qui a sa logique et qu'ils leur arrivent parfois de transformer ou de modifier globalement, comme ce fut le cas récemment aux Pays-Bas. Ici, l'article 86.2 pointe sur un test global de proportionnalité qui permet de fonder, au regard du marché intérieur, les

caractéristiques du nouveau système qui se présente souvent comme une ouverture, une diversification.

J'ai conscience de ne pas avoir répondu clairement à la question de la clarification, de ne pas avoir annoncé la réponse à Mme Van Lancker, qui nous a présenté une vue forte et décisive qui va au-delà de la clarification et de la sécurité juridique. Ma collègue, Mme Fages, ce matin s'est référée aux paroles d'ouverture du Commissaire McGreevy et du Président de la Commission Barroso. Elle a indiqué deux choses importantes. La Commission actuellement s'attache au débat politique et parlementaire qui se développe, ainsi qu'au débat citoyen de manière à mettre en perspective l'ensemble des réponses qu'elle apportera de façon cohérente sur tous les outils législatifs, y compris la Directive services mais aussi le paquet concurrence, et qui touchent la spécificité des services sociaux de santé appelés à être, un jour, d'une façon ou d'une autre, économiques.

Cette cohérence, je ne pourrai vous la délivrer aujourd'hui. Mais je crois qu'au-delà de notre impatience pour l'obtenir, et notamment pour que cette communication consacrée aux services sociaux et de santé touche son but, il est important que nous soyons d'accord sur le fait qu'au-delà des diversités, le niveau européen doit lui-même dire quelque chose de commun et d'important au sujet de la dimension de droit fondamental, d'enracinement social dans le modèle social européen de ces services sociaux et de santé, et dire en quoi ceci est profondément respecté et respectable dans le cadre du marché intérieur. Il nous faut à la fois avoir conscience de nos racines et de nous donner des ailes. Je pense que la perspective ouverte par le rapport Jorens nous y aide.



Jozef NIEMIEC

*SECÉTAIRE CONFÉDÉRAL
CONFÉDÉRATION EUROPÉENNE DES SYNDICATS (CES)*

Au nom de la Confédération européenne des syndicats, je voudrais féliciter les organisateurs de cette conférence et l'auteur de l'excellent rapport qui sert de base à nos débats sur « les services sociaux d'intérêt général comme contrepoids aux règles du marché intérieur » qui offrent une opportunité de contribuer ainsi à la recherche de solutions adéquates dans ce domaine au niveau communautaire.

Le séminaire organisé récemment par la Commission a témoigné qu'il y a un large consensus quant à la reconnaissance des spécificités des services sociaux et de santé, mais en même temps a confirmé – comme le fait aussi ce débat – les divergences de points de vue par rapport à leur prise en compte au niveau européen. Il n'est pourtant pas acceptable que l'incertitude demeure quant au lien qui sera fait avec d'autres initiatives communautaires dans le cadre du marché intérieur. La CES est d'avis que le projet de directive sur les services dans le marché intérieur, les propositions de régulation d'aides d'Etat (paquet Altmank) et le livre vert sur les partenariats publics-privés sont susceptibles d'influencer profondément aussi bien la définition que la mise en œuvre des services sociaux, avec un risque que la nature économique de l'activité en constitue un facteur déterminant.

Pour la CES, il n'est pas question de laisser uniquement au marché de résoudre des problèmes sociaux, parce que c'est exactement ses défaillances qui ont obligé les autorités publiques à réagir pour assurer à l'ensemble de la société la réalisation des droits fondamentaux et pour répondre à la demande sociale, en particulier de la part des personnes les plus vulnérables ou exclues. Ces services répondent en fait à des besoins sociaux collectifs et individuels, et pour lesquels il est nécessaire que les pouvoirs publics interviennent comme régulateurs du marché ainsi que comme tiers subsidiant pour élargir l'accès des bénéficiaires aux prestations et assurer certaines normes de qualité.

Avant l'instauration du Marché unique c'étaient les Etats membres (EM) seuls qui assuraient les conditions pour permettre la réalisation de la mission publique par certains services, répondant aux attentes de ses citoyens. Il s'agit maintenant de retrouver au niveau européen cet équilibre qui existait, même s'il pouvait être parfois fragile et en évolution constante, dans le cadre national. Dans ce sens, les SSIG sont perçus par la CES bien plus que comme des contrepoids aux règles du marché intérieur. Si on arrive à trouver des régulations européennes appropriées, elles permettront à l'UE de mettre sur un pied d'égalité deux objectifs inscrits dans les traités: la réalisation des

valeurs telles que la solidarité et la cohésion sociale avec les libertés du marché.

La CES, tout en reconnaissant le principe de subsidiarité et les compétences des Etats membres en matière d'organisation et de financement de services sociaux, reste convaincue qu'il est nécessaire d'introduire un (des) instrument(s) communautaire(s).

D'un côté, les changements sociétaux et les politiques choisies pour faire face aux défis multiples qui sont aujourd'hui posés, conduisent souvent à l'externalisation des tâches réalisées jusqu'à maintenant par le secteur public. Ceci conduit à une concurrence croissante des opérateurs différents (les Etats se réservant, dans ce contexte, le rôle de régulateurs), mais ils se voient soumis de plus en plus aux règles européennes de marché qui réduisent leur champ de manœuvre.

De l'autre côté, la jurisprudence de la Cour européenne de justice intervient dans ce domaine, en l'absence des règles plus claires et précises décidées par les politiques, pour résoudre des conflits entre les obligations de mission publique et les libertés du marché unique. Cette situation n'est pas soutenable, au moins pour deux raisons. La jurisprudence est susceptible d'évolution, et en plus, elle est appliquée à des cas concrets, donc s'il n'y a pas de transposition dans la législation nationale, l'insécurité juridique persiste.

Face à ces défis, le recours à la subsidiarité ne constitue pas du tout une réponse adéquate. La Commission européenne avec le Comité de protection sociale ont donc raison de poser la question, à savoir quel mécanisme ou instrument communautaire servirait le mieux la cause. Pour la CES, le processus lancé par le livre vert et repris par le livre blanc devrait aboutir à l'adoption d'un (d')instrument(s) qui compléterai(en)t l'ensemble des dispositifs réglementaires communautaires afin de permettre aux services sociaux d'intérêt général de se développer et de poursuivre leurs finalités au bénéfice de la société. Il est nécessaire qu'il(s) prenne(nt) en compte la finalité sociale des services sociaux d'intérêt général et la contribution essentielle de ces services à la réalisation des objectifs de l'UE en termes d'emploi et de cohésion sociale. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'objectif de cohésion sociale est et doit être recherché au niveau national mais également au niveau européen.

Les mécanismes communautaires devraient être mis en œuvre à cet effet. Concrètement, cela peut signifier, par exemple, l'échange de bonnes pratiques entre les Etats membres sur l'apport de ces services en termes de cohésion sociale. Pour que ce mécanisme soit vraiment utile, il doit impliquer l'introduction et la définition d'objectifs communs, accompagnés d'indicateurs qui rendraient possible une évaluation réaliste de la situation et des progrès réalisés par le Conseil, autrement dit la mise en œuvre d'une Méthode ouverte de coordination « complète ». Cette MOC pourrait s'inscrire

dans les procédures existant déjà, telle la MOC inclusion pour les services sociaux, ou récemment lancées – telle la MOC santé.

L'idée de créer un observatoire européen sur la qualité des services est intéressante. La CES l'a déjà demandé en 2000. Un tel observatoire, fonctionnant d'une façon transparente, avec la participation des représentants des partenaires sociaux et d'autres acteurs, faciliterait l'analyse indépendante et objective des réalités.

Toutefois, pour la CES, le recours à la seule méthode ouverte de coordination est insuffisant car les EM et les opérateurs de SSIG ont besoin de sécurité juridique pour fournir des prestations de qualité sans être sous le coup d'une jurisprudence fluctuante.

La CES rappelle ses préoccupations (exprimées à plusieurs reprises, et dernièrement dans sa résolution du mois de mars 2004 ayant trait à la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur), à savoir que les initiatives prises dans le cadre de la libéralisation du marché des services ne doivent pas venir mettre en danger d'autres initiatives qui seraient prises pour les SIG. En particulier, il serait erroné

- de réduire les systèmes de réglementation là où cette réglementation est un élément-clef de maîtrise des dépenses et l'assurance de la qualité et de la continuité des services,
- ou bien d'introduire le principe du pays d'origine qui va à l'encontre des compétences des EM d'imposer leur propre législation aux prestataires des services transfrontaliers.

De plus, en ce qui concerne les services médicaux, un conflit potentiel entre deux instruments juridiques européens (règlement 1408/71 et directive sur les services) serait difficile à éviter.

En conclusion, pour la CES, il faut donc en premier lieu exclure tous les SIG, et notamment les SSIG, du champ d'application de la directive services, ce qui est une condition indispensable pour supprimer les contradictions entre le plan de travail découlant du Livre blanc sur les SIG et la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur. Et pour la CES, les régulations quant aux soins de santé pourraient facilement être incluses dans le Règlement 1408/71.

Il est nécessaire aussi de donner la priorité dans le programme de travail de la Commission à l'adoption d'un cadre législatif approprié.

C'est pourquoi la CES propose à nouveau de construire au niveau européen des principes communs en matière de SIG qui devraient faire l'objet d'une directive cadre ou de loi(s) cadre(s) sur la base de l'article III-122 du projet de Traité constitutionnel, dont la Commission pourrait anticiper la mise en œuvre. Dans ce cadre, pourraient être définies des normes communes aux SSIG, quant à leurs spécificités, leurs missions, leurs finalités et leur qualité.



Laurent GHÉKIERE

*VICE-PRÉSIDENT DE LA COMMISSION ENTREPRISES,
MARCHÉ ET CONCURRENCE
CENTRE EUROPÉEN DES ENTREPRISES À PARTICIPATION PUBLIQUE
ET DES ENTREPRISES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL (CEEP)*

Permettez-moi de vous apporter quelques points de commentaires par rapport à ce que j'ai entendu aujourd'hui et notamment de la part des orateurs précédents.

J'aurai quatre observations à faire.

La première, c'est que la Communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général portera sur l'ensemble des services sociaux, y compris le handicap, le vieillissement, l'éducation, le logement et la formation. Jusqu'à présent, le droit communautaire portant sur les services d'intérêt général s'était concentré sur les réseaux (le transport, l'énergie, les télécommunications) et pas du tout sur des services qui relèvent de la mise en œuvre de droits sociaux fondamentaux définis par les Etats membres et que l'on retrouve dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Quelle est la particularité de ces services sociaux d'intérêt général ? Ce sont des services très sensibles et fondamentaux, ils relèvent de la compétence des Etats membres et se traduisent par une régulation nationale très forte qui, à un certain moment, peut entrer en tension avec le droit communautaire, la libre concurrence et les libertés fondamentales du marché intérieur.

Les membres du CEEP, qui sont prestataires de ces services sociaux, ont un peu de mal à admettre qu'ils ont à appliquer des règles du marché intérieur, alors que ces services sont développés parce que le marché ne permet pas de les fournir de façon adéquate face aux obligations d'universalité et d'accès universel à ces services.

Aujourd'hui, les Etats membres campent dans une position de subsidiarité, qui est de dire qu'il relève de la compétence des Etats membres de définir ces services et de mettre en œuvre les politiques y afférentes. Toutefois, cela n'exonère pas les Etats membres d'appliquer les règles du Traité quant aux modalités concrètes de mise en œuvre de ces politiques. Et c'est là où apparaissent des zones de tension importantes.

On voit également dans ces services l'importance de la qualité. On est face à des prestataires qui sont en situation de supériorité par rapport aux usagers, qui sont généralement des usagers captifs et vulnérables, qui ont besoin de ces services, qui n'ont pas d'autres modalités pour y avoir accès. La notion de contrôle du prestataire, de l'opérateur, est très importante pour s'assurer que la qualité soit au rendez-vous final dans ce rapport de force inégal entre le prestataire et le bénéficiaire.



Enfin, le financement de ces services est très important. Nous sommes sur des financements de nature solidaire, relevant des budgets publics - d'où le problème des aides d'Etat - et de déconnection du coût réel de production du service par rapport au prix facturé à l'utilisateur final, dans une logique d'accessibilité.

Donc, premier élément d'observation : une très forte spécificité qui, au-delà des particularités des différents services couverts, est commun à tous ces services sociaux d'intérêt général.

Deuxième point de l'observation : l'article 86.2 du Traité. C'est effectivement le point clef de cette Communication. Comment assurer pour ces services l'équilibre tout à fait subtil mais très important entre, d'un côté, le respect des règles de concurrence et du marché intérieur et, de l'autre côté, le maintien de la capacité des États membres à pouvoir mettre en œuvre ses missions d'intérêt général, qu'ils aient un caractère économique, social ou non-économique ?

Cet équilibre est tout à fait fragile. Il est à construire au quotidien. Il relève, en général, d'un arbitrage final de la Cour de Justice basé sur les principes fondamentaux des Traités, et notamment le principe de proportionnalité. Cela est non seulement peu démocratique et n'apporte pas la sécurité juridique nécessaire. Alors comment concilier cet intérêt communautaire, défini par les Traités, à l'intérêt général des États membres qui est tout aussi important et légitime en terme de mise en œuvre de politique sociale ? C'est la grande question à laquelle la Commission doit faire face à travers sa communication. Il nous faut en quelque sorte un mode d'emploi. Comment utiliser cet article 86.2 ? Comment en tirer toute la subtilité et le sens de l'équilibre, mais également sa potentialité ? D'un côté, nous avons des secteurs fortement régulés par la puissance publique, de l'autre, nous avons des principes de concurrence qui voient toute régulation comme quelque chose étant potentiellement une distorsion de la concurrence et une entrave aux libertés fondamentales du marché intérieur. Nous avons des systèmes très intégrés où l'on voit très bien le lien entre le prestataire, le client et l'autorité publique. On l'a vu avec le système finlandais. Le droit communautaire nous oblige à segmenter, à séparer le prestataire de l'autorité publique et au final, à nuire à la capacité de l'autorité publique à mettre en œuvre clairement leurs missions sociales d'intérêt général.

Dans les zones grises où le droit ne dit rien, où on ne connaît pas vraiment la potentialité de l'application du droit communautaire et il nous faut clarifier ce maquis.

Pour la troisième observation, je remercie M. Bolkestein. Avec sa proposition de Directive sur les services il a permis de poser le problème de cette rupture d'équilibre de l'article 86.2 en proposant une Directive générale, une Directive cadre, qui couvre tous les services avec les mêmes règles d'application, y compris les services sociaux d'intérêt général. Ainsi, cette Directive

interfère avec la compétence des Etats membres à réguler ce champ des services d'intérêt général. Et si aujourd'hui, il y a un vrai débat au sein du Parlement, au sein de la société civile et à l'intérieur même de la Commission européenne, on le doit à cette proposition de Directive qui a le mérite d'avoir mis cartes sur table.. Bien évidemment, nous comptons sur le Parlement européen pour l'amender en profondeur. Je me limiterai ici à citer simplement deux exemples.

En encadrant, voire en interdisant, des régimes d'autorisation particuliers, on ôte toute capacité des Etats membres à contrôler, à priori, le prestataire de services avant de lui confier une mission d'intérêt général, alors que cette possibilité est reconnue par la Cour de Justice (arrêt Analir).

En appliquant le principe du pays d'origine à tous les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, on prive les Etats membres de définir par un acte légal d'application interne ce qu'il entend par ce service, son contenu, sa qualité qui, en cas d'application de ce principe, sera défini par le pays d'origine du prestataire qui va assurer en libre prestation le service d'intérêt général. A travers ce principe, on risque de remettre en cause cet équilibre précaire mais subtil entre, d'une part, le marché intérieur et, d'autre part, la compétence des Etats membres à définir et à mettre en œuvre leur politique sociale. Dernier point : le rôle de cette Communication sur les services sociaux d'intérêt général est très importante et nous comptons beaucoup sur la Commission pour y mettre du contenu, mais également sur les Etats membres pour ne plus avoir une politique de l'autruche. A ce sujet, le CEEP a quelques revendications à exprimer en direction de la Commission.

Nous voulons à travers cette communication un mode d'emploi pour l'usage de l'article 86.2, qui indique comment mieux concilier les impératifs de l'intérêt communautaire avec les impératifs de l'intérêt général définis par les Etats membres.

Nous souhaitons obtenir un relevé complet de la jurisprudence communautaire, pour que nous sachions pour l'ensemble de ces services quel est l'état du droit communautaire, quel est l'état de la jurisprudence. Le rapport sur la Santé qui a été présenté aujourd'hui est tout à fait intéressant de ce point de vue, car il démontre que ce travail est faisable. Nous souhaitons qu'il soit élargi à l'ensemble du champ d'application de cette Communication.

Nous souhaitons également que cette Communication identifie de façon la plus transparente possible, les zones de tension. Je crois qu'il faut développer une attitude proactive. Nous connaissons clairement, en tant que prestataires, les zones de tension qu'il y a entre la capacité de nos membres à réaliser leurs missions d'intérêt général et les contraintes du droit communautaire. Il faudrait que ces zones soient clairement définies et que la Communication - certes elle ne pourra difficilement proposer un instrument juridique unique pour les résoudre - au moins émette des pistes d'action par rapport à

ces zones de tension en terme de recherche d'équilibre et de conciliation entre l'intérêt communautaire et l'intérêt générale des États membres.

Je vous remercie.



ALLOCUTION DE CLÔTURE



Ron HENDRIKS

PRÉSIDENT DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE LA MUTUALITÉ (AIM)

Well, ladies and gentlemen I will try to keep my speech as short as possible. It is already late and we still have a lot of things to do tonight I understood. We have had a very good conference today, with a lot of good speakers, and good discussions. I would like to thank all who contribute to these discussions. The closing of this conference gives me the opportunity to say a few words concerning the point of view of the internationalisation of mutualities. I would like to change the title of this conference in "Access to health-care for all in an internal market". This Ladies and gentlemen is not as obvious as it seems, despite of what everybody is saying. Looking at the development of costs in health-care we can see that the problem is caused by the development of medical technology, and also by the ageing of the population. This means, looking at the costs that the sustainability of our health-care systems is in danger. What means solidarity looking at the future? Do we have to find an new balance in solidarity? There is also another danger however and that danger is the internal market, especially the competition rules. I do not think I have to explain to you that health-care is an economic activity. Looking at technology we want to have a competitive pharmaceutical industry in Europe. We all need a salary and nurses eating bread also. The biggest danger in my opinion if health-care has to comply to the competition rules lies in the health-care insurance. Insurance by definition means risk-selection. And the question is: do we want that? My answer is no. There are a lot, a lot of questions we have to find an answer for. How much pressure will the stability pact put on the statutory systems in the different countries? Can we expect that the European rules of co-ordination will quickly set the standards to which all health systems in the EU have to respond? Will the announced communication on health and social services of general interest provide the automatic answer on how economic and social policy objectives are to be balanced in the fields of social and health protections?

I can go on like this but you have already heard a lot of questions this afternoon. The point is, we are going to say it clearly: health-care is also an economic activity. We have competition rules and we have social systems. The question is what are we going to do with them? Does health-care have to follow the competition rules? Do the health-care insurances have to follow the competition rules? If the answer is yes, then risk-selection is unavoidable. And that could be a problem.

Ok ladies and gentlemen, a lot to think about in the future for the AIM, we are very pleased that we have the opportunity to combine our meetings with this conference. I would like to thank the Luxembourg organisers and especially Michel Schmitz who made this possible. We should also thank our



moderator. Where is he? Alex, you did a wonderful job. Thank you very much for that. And last but not the least, ladies and gentlemen, what do you think about the interpreters? Give them a big hand. Thank you. Have a nice evening.



Table des matières

AVANT-PROPOS

PARTIE I RAPPORT DE BASE

**L'accès aux soins de santé dans un marché unique:
Impact sur les systèmes légaux et complémentaires 1**

Yves JORENS

PARTIE II CONFERENCE INTERNATIONALE DU 8 AVRIL 2005

ALLOCUTION D'OUVERTURE

M. Mars DI BARTOLOMEO 168

Ministre de la Santé et de la Sécurité Sociale, Luxembourg

M. Fernand SAUER 169

Directeur

DG Santé et protection des consommateurs

Commission européenne

PRESENTATION DU RAPPORT DE BASE

M. Yves JORENS 175

*Professeur de droit de sécurité sociale et de droit social européen
de l'université de Gand*

Belgique

Mme Anne VAN LANCKER 189

Députée européenne

Membre de la commission de l'emploi et des affaires sociales

SESSION 1 Les services de santé et le marché intérieur

M. Robert KIEFFER 197

Président

Union des caisses de maladie

Luxembourg

Mme Dr Isabel DE LA MATA BARRANCO 203

Conseiller santé

Représentation permanente de l'Espagne auprès de l'UE

Espagne

Mme Dr Eva LUKACS 207

Conseiller du département des affaires internationales et de l'UE

Ministère de la santé et des affaires sociales et familiales

Hongrie

	M. Ladislav ŠVEC	211
	<i>Directeur</i>	
	<i>Centre pour remboursements internationaux (CMU)</i>	
	<i>République Tchèque</i>	
	Mme Géraldine FAGES	215
	<i>Administrateur</i>	
	<i>DG Marché intérieur et services</i>	
	<i>Commission européenne</i>	
SESSION 2	L'assurance maladie et le marché intérieur	
	M. Geert Jan HAMILTON	223
	<i>Directeur Législation et affaires juridiques</i>	
	<i>Ministère de la santé, de la protection sociale et des sports</i>	
	<i>Pays-Bas</i>	
	M. Dermot SMYTH	229
	<i>Assistant secrétaire</i>	
	<i>Ministère de la santé et des enfants</i>	
	<i>Irlande</i>	
	M. Daniel LENOIR	233
	<i>Directeur général</i>	
	<i>Mutualité française</i>	
	<i>France</i>	
	Mme Suzanne WEBER-MOSDORF	237
	<i>Directrice</i>	
	<i>Ministère fédéral de la santé et de la sécurité sociale</i>	
	<i>Allemagne</i>	
	Mme Anne HOUTMAN	241
	<i>Directrice</i>	
	<i>DG Marché intérieur et services</i>	
	<i>Commission européenne</i>	
SESSION 3	Le concept de «services sociaux d'intérêt général» comme contrepoids aux règles du marché intérieur	
	M. Bernard SPIEGEL	247
	<i>Responsable du département sécurité sociale</i>	
	<i>Ministère fédéral de la sécurité sociale, des générations et de la</i>	
	<i>protection des consommateurs</i>	
	<i>Autriche</i>	
	M. Jonathan MOGFORD	259
	<i>Responsable des affaires européennes</i>	
	<i>Département de la Santé</i>	
	<i>Royaume-Uni</i>	

M. Kari VÄLIMÄKI 261

*Directeur général
Ministère des affaires sociales et de la santé
Finlande*

M. Jérôme VIGNON 263

*Directeur
DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances
Commission européenne*

M. Josef NIEMIEC 267

*Secrétaire confédéral
Confédération européenne des syndicats (CES)*

M. Laurent GHÉKIERE 271

*Vice-président de la commission entreprises, marché et concurrence
Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général (CEEP)*

ALLOCUTION DE CLÔTURE

M. Ron HENDRIKS 277

Président de l'Association internationale de la mutualité (AIM)

