

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE DROIT FONDAMENTAL A L'ACCES AUX SOINS EN EUROPE. VERS UN STANDARD DE
CONCILIATION ENTRE LIBERTES ECONOMIQUES ET DROITS DU PATIENT ?*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2011) [*Le droit fondamental à l'accès aux soins en Europe. Vers un standard de conciliation entre libertés économiques et droits du patient ?*](#)

Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs (3). p. 495.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE DROIT FONDAMENTAL A L'ACCES AUX SOINS EN EUROPE. VERS UN STANDARD DE CONCILIATION ENTRE LIBERTES ECONOMIQUES ET DROITS DU PATIENT ?

La presse annonce l'ouverture pour 2012 de l'hôpital transfrontière de la Cerdagne, premier établissement transfrontalier dont la construction a été financée à 60% par le Fonds européen de développement économique et régional (FEDER). Il concrétisera l'action européenne au profit d'un accès facilité aux soins.

L'Union dispose en effet, avec le Traité de Lisbonne, d'une compétence partagée avec les États membres en ce qui concerne «*les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique*». Déjà, le Parlement européen et le Conseil pouvaient intervenir pour adopter des mesures de sécurité pour les produits d'origine humaine et le Traité exposait qu'«*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*». L'Union remplit aussi une compétence de coordination ou d'appui pour la protection et l'amélioration de la santé humaine. Par la procédure législative ordinaire, l'Union peut adopter «*des mesures d'encouragement visant à protéger et à améliorer la santé humaine*».

La santé, absente en tant que telle de la Convention européenne des droits de l'homme, est un droit relevant de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. La question de la qualité de «*droit fondamental*» de l'accès aux soins mérite donc d'être interrogée pour en mesurer les effets normatifs. Comme l'écrit M. BÉLANGER : «*c'est l'accès à la santé qui est véritablement un droit. Le droit à la santé est alors 'un programme, un objectif'*»¹. La formulation volontairement générale, objective et imprécise de l'article 35 de la Charte, résume à elle seule toute la difficulté que rencontre le droit de l'Union dans sa mutation. D'abord, il progresse dans son intégration de nouvelles compétences dont les principes ont été posés lorsque seuls les États étaient compétents. La santé était alors le fruit d'une politique publique autonome de moyens et non nécessairement un droit fondamental exigeant un résultat. Ensuite, il s'agissait d'un droit créance dont l'État était principal débiteur et non encore une liberté de choix que tous doivent

¹ M. BÉLANGER, «*Origine et histoire du concept de santé en tant que droit de la personne*», *Journal international de bioéthique*, 1998, vol. 9, n° 3, p. 59.

respecter et nourrir. Désormais, l'Union pourrait construire, à partir des libertés communautaires de prestation de service et de circulation, un droit d'accès aux soins qui soit davantage un droit de l'homme qu'une liberté du marché. Dans cette entreprise, «l'autre Europe», celle des droits de l'homme, n'apporte guère de soutien, dépourvue elle aussi d'outils contraignants en ce domaine. La *soft Law* est reine en ce vaste domaine; la jurisprudence de Strasbourg parcellaire. Tant mieux, l'Union pourra adopter ses propres structures. Il reste que le «marché», impératif européen s'il en est, ne voit dans la santé qu'une prestation de service presque comme une autre. Intégrer l'inexpugnable extra-commercialité de la santé au droit de l'Union, ne sera pas le moindre des défis. Si depuis toujours, la santé, comme tout motif d'intérêt général, justifie les entraves à la liberté de circulation, ce n'était pas comme droit subjectif fondamental. C'est à ce dernier qu'il convient de donner davantage de chair.

Il s'agit d'un processus d'internalisation des valeurs non marchandes par les catégories marchandes, et d'abord en les conciliant avec les notions non marchandes portées par les droits nationaux. Cela commence par la consécration par les textes de normes sans engagement subjectif («avoir droit à») mais selon une formulation objective et la catégorie des «*principes*». D'où une «*exigence de l'Union*» mise en œuvre par directives et qui relève plus de la mise en compatibilité que de l'harmonisation. La construction comme droit fondamental amène ensuite à une ingérence plus profonde dans les systèmes nationaux et à l'élaboration d'un standard d'accès aux soins. Ce standard se divise, si on suit la jurisprudence de Strasbourg, en deux volets : d'un côté un accès aux soins pour les personnes «*normalement vulnérables*», que sont par définition les patients, lequel accès dépend des politiques publiques de santé et de sécurité sociale, de l'autre, les soins pour les «*patients particulièrement vulnérables*» (détenus, enfants, personnes handicapées, étrangers...). Il s'agit alors de penser l'accès aux soins selon des modalités propres à son bénéficiaire et non seulement comme finalité du système de santé. L'Union approche le problème par la libre circulation des personnes quand le Conseil de l'Europe en fait une conséquence des droits sur le corps et des droits sociaux, renforcés pour les plus vulnérables. Entre les deux «Europes» la différence d'approche tend à se réduire mais demeure réelle.

Pour l'heure, l'accès aux soins se présente comme un droit fondamental adapté aux valeurs marchandes de l'Union, sous les traits des libertés économiques qui composent avec des valeurs non marchandes (I). L'évolution qui se dessine, celle de l'harmonisation des pratiques et des systèmes de santé, conduit à s'appuyer sur le droit fondamental pour accroître le rôle de l'Union. Dans cette perspective, le standard qui pourrait advenir se déclinerait selon le bénéficiaire du droit (II).

I. UN DROIT FONDAMENTAL ADAPTE AUX VALEURS MARCHANDES DE L'UNION

L'intégration de la santé comme droit individuel subjectif s'opère dans un contexte où ce sont les valeurs de l'Union qui intègrent la santé plutôt que celle-ci ne soit une finalité directe. Cela explique une protection duale : objective pour encadrer les politiques publiques, subjective pour envisager l'individu comme finalité de ces politiques et non seulement le marché.

A- *L'intégration de la santé par les valeurs de l'Union*

En dépit d'une compétence explicite depuis 1992, l'absence, jusqu'à ces dernières années d'une compétence effective dans le domaine de la santé² a écarté les instances de l'Union d'une affirmation et d'une action relatives à l'accès aux soins. Le Groupe Européen d'Ethique des Sciences et des Nouvelles Technologies n'a ainsi pas été amené à y réfléchir directement, au-delà des questions liées à l'accès du public aux résultats de la recherche biomédicale ou aux ressources biologiques des «biobanques». Ce n'est qu'incidemment, à propos de ces dernières³, que le Groupe a préconisé l'action centralisatrice de l'Union pour la sécurité et le développement du recours à des produits du corps humain nécessaires à la recherche et au soin. C'est en se justifiant au regard de l'enjeu économique et scientifique que l'Union a adopté le 13 novembre 2007 le règlement n° 1394/2007 CE relatif aux médicaments de thérapie innovante qui vise, entre autres, à réaliser une certaine égalité d'accès des malades aux thérapies innovantes au niveau européen⁴. Plus généralement, la santé n'a été longtemps qu'une compétence « *par ricochet* », un « *accessoire de l'intégration économique* »⁵, par exemple par le droit de la propriété intellectuelle⁶.

² M. BLANQUET (dir.), *L'Europe de la santé*, RAE, 2003-2004/2 not. V. MICHEL, «La compétence de la Communauté en matière de santé publique», p. 157; P. NIHOUL et A.-C. SIMON (dir.), *L'Europe et les soins de santé*, Bruxelles – Paris, Larcier – LGDJ, 2005.

³ Avis n° 11 – 21/07/1998 – Aspects éthiques des banques de tissus humains.

⁴ V. M. BLANQUET et N. DE GROVE-VALDEYRON, «Le règlement communautaire concernant les médicaments de thérapie innovante», in M. BLANQUET et N. DE GROVE-VALDEYRON (Coord.), *Etudes de droit communautaire de la santé et du médicament*, Presses de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Etudes de l'IRDEIC, V/2009, p. 5; M. BLANQUET et N. DE GROVE-VALDEYRON, «Les enjeux et les apports du règlement communautaire concernant les médicaments de thérapie innovante», RAE, 2006/4, p. 689.

⁵ N. DE GROVE-VALDEYRON, «Santé publique», *Rép. comm. Dalloz*.

⁶ P. ARHEL, «Propriété intellectuelle : contribution de la Communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique», *LPA*, 11 octobre 2007, p. 6.

1) *L'accès aux soins, exigence de l'Union*

Il s'agit d'une exigence nourrie par deux compétences de l'Union. Désormais, l'article 4 FUE fait des « *enjeux communs de sécurité en matière de santé publique* » une « *compétence partagée avec les États membres* ». L'article 6 stipule que « *l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres. Les domaines de ces actions sont, dans leur finalité européenne : a) la protection et l'amélioration de la santé humaine* ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que la directive relative aux soins transfrontaliers ⁷ confortent le principe d'une compétence d'abord dévolue aux Etats.

Si seules la liberté de circulation et la libre prestation des services apparaissent comme des libertés primaires du droit de l'Union, la Cour fait de la santé une exigence communautaire qui tend à imposer aux Etats de nouvelles obligations. De manière classique, à propos de la France ⁸, elle maintient que « *dans l'appréciation du respect de cette obligation, il doit être tenu compte du fait que la santé et la vie des personnes occupent le premier rang parmi les biens et les intérêts protégés par le traité CE et qu'il appartient aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé publique ainsi que de la manière dont ce niveau doit être atteint. Celui-ci pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation* » ⁹. Le fait d'assimiler complètement les soins à une prestation de service accuse un risque de « *dérive libérale* » réel ¹⁰.

La notion de « *soins* » nécessiterait d'être clarifiée. En effet, selon certaines législations, tous les actes médicaux, même non thérapeutiques, peuvent être qualifiés de soins. Il existe ainsi, au sein des actes programmés, un « *tourisme biotechnologique* » européen, notamment dans le cas de l'assistance médicale à la procréation ou de la chirurgie esthétique, mais aussi de l'interruption volontaire de grossesse. Le droit de l'Union renonce ainsi à définir ce qu'il faut entendre par soins afin de ne pas contrarier les législations nationales ¹¹. La libre circulation en Europe consiste aussi à permettre aux ressortissants de l'Union d'accéder à des dispositifs interdits ici et autorisés là-bas. La distinction qui est faite entre soins urgents ou inopinés et

⁷ Directive 2011/24/UE du Parlement et du Conseil, v. N. DE GROVE-VALDEYRON, *RTDE*, 2011, p. 299.

⁸ CJUE, 16 décembre 2010, *Commission / France*, aff. C-89/09, *nep*, point 41.

⁹ CJCE, 11 septembre 2008, *Commission / Allemagne*, aff. C-141/07, *Rec.* p. I-6935.

¹⁰ V. M. BLANQUET, « Les soins de santé transfrontaliers en Europe : de la difficulté de codifier une jurisprudence libérale... », in *Etudes de droit communautaire de la santé et du médicament*, préc., p. 213.

¹¹ Certains textes spécifiques ont été adoptés comme pour les prothèses (1982) ou la dialyse (1996).

soins programmés, pertinente du point de vue de l'administration et du remboursement de ces soins, n'offre guère de prise lorsqu'on envisage les soins comme droit fondamental, sauf peut-être quand l'exigence de soin se fonde sur d'autres droits comme le droit à la vie ou l'interdiction des traitements dégradants, auquel cas l'urgence résulte de la nécessité. La dimension qui intéresse l'Union réside donc davantage dans les choix à opérer en matière de soins programmés, lesquels laissent, plus ou moins, le temps de faire jouer la concurrence européenne¹². Encore cette dimension doit-elle être nuancée car le domaine de la santé ne saurait jamais être totalement livré à la logique du marché. Il y règne encore la vulnérabilité du patient, le pouvoir des « sachants » et les contraintes techniques.

En dépit de la codification de la jurisprudence opérée par la directive de 2011 relative aux soins transfrontaliers, l'existence de deux voies en matière d'accès aux soins programmés (soit l'article 22 du Règlement de sécurité sociale, soit ladite directive) fait peser sur le droit fondamental une insécurité juridique préjudiciable. La même insécurité se retrouve à propos du statut communautaire de l'action mutualiste¹³. La prise en charge d'une grande partie du coût des soins par les Caisses mutuelles constitue bien sûr un élément essentiel du droit à la santé. Or, il semble que diverses actions reposant sur des accords conclus entre ces organismes et les prestataires de soins puissent être considérés comme anticoncurrentiels dans la mesure où les conditions posées pour échapper au marché apparaissent trop restrictives pour les mutuelles. Celles-ci financent souvent par des activités plus commerciales un cœur de métier peu rentable.

La perspective d'une compétence toujours plus importante de l'Union aurait pour avantage d'assurer l'égalité des conditions d'accès aux soins dans l'ensemble de l'Europe, à un niveau que l'on peut espérer supérieur, au moins pour les soins nécessitant un haut niveau de recherche, difficile à atteindre nationalement. La promotion de la compétitivité du secteur biomédical promeut indirectement la qualité des soins¹⁴. L'exemple de la politique menée en matière de médicaments en fournit la preuve. Quand cela ne relevait pas encore du domaine de la sécurité sanitaire et de la politique de santé le législateur communautaire avait à cœur de justifier sa compétence par les droits fondamentaux, notamment la protection de la santé¹⁵.

¹² C. SMITS et D. WAELBROECK, «Le droit de la concurrence et les droits fondamentaux», in M. CANDELA-SORIANO (dir.), *Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 136.

¹³ V. Collectif SSIG-FR, *Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur?*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 135 et s.

¹⁴ V. le deuxième programme d'action (2008-2013) établi par la décision du 23 octobre 2007 (décision n° 1350/2007 du Parlement européen et du Conseil, 23 octobre 2007, *JOUE* n° L 301, 20 novembre 2007).

¹⁵ V. Règlement CE, n° 1394/2007.

2. *L'accès aux soins, conséquence du marché*

La Charte communautaire des droits sociaux du travailleur ne mentionne pas l'accès aux soins, si ce n'est sous l'aspect de la libre circulation. Elle pourrait ainsi représenter un archétype de l'approche communautaire. Celle-ci repose sur une intégration de la santé à l'objectif de développement économique. Le Traité implique que les politiques de l'Union assurent un niveau élevé de protection de la santé (art. 9 et 168 TFUE).

Toute l'ambiguïté de la question vient de ce que la santé s'envisage, en droit de l'Union, comme une liberté économique. Cette identification amène, par principe, certaines conséquences. Comme le montre Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, la relation entre droits de l'homme et «*liberté économique*» peut se décliner selon quatre conceptions¹⁶. Soit les libertés économiques sont pleinement des droits de l'homme, soient certaines seulement le sont en raison de leur profonde nécessité pour l'être humain, soit elles y sont parfaitement étrangères car trop contingentes. Pour finir, et cela semble être le cas de l'Union européenne, «*les libertés économiques peuvent être considérées comme des libertés premières englobant et conditionnant l'existence et la réalisation de tout autre droit ou liberté*». Les droits de l'homme «*se trouvent réduits à des biens et des ressources appropriables sur le marché; le marché n'accepte leur respect que dans la mesure où ils assurent des conditions favorables à son fonctionnement et à son développement. Le respect des droits de l'homme dépend alors de son coût ou des avantages qu'il confère au marché*». L'internalisation des droits fondamentaux par l'Union, notamment de la santé, apporte ainsi son lot de relativisation en faisant peser inégalement le poids de la créance de ce droit¹⁷. Se désintéressant fortement du bénéficiaire du droit, l'Union en estime surtout la fonction institutionnelle.

Le lien entre santé et marché confine parfois au cynisme lorsque l'Union expose que «la santé est importante pour le bien-être des individus et de la société, mais une population en bonne santé est également une condition préalable à la productivité et à la prospérité économiques» et qu'elle le fait pour justifier son action¹⁸ en faveur de ce qu'elle appelle «*un bien*». Certes, la Commission européenne a décidé d'exempter de notification préalable les

¹⁶ «Droits de l'homme et libertés économiques : éléments de problématique», in V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 21.

¹⁷ E.-U. PETERSMAN, «Droit communautaire et droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (2007)», *RTDH*, n° 75, 2008, p. 687.

¹⁸ Livre blanc de la Commission du 23 octobre 2007 intitulé «*Ensemble pour la santé : une approche stratégique pour l'UE 2008-2013*» [COM(2007) 630 final – Non publié au *Journal officiel*].

compensations accordées aux hôpitaux en raison de leurs missions de cohésion sociale¹⁹. Mais, la politique dans le domaine de la santé peine souvent à satisfaire à la fois les exigences d'une saine régulation de l'intérêt général et la mise en avant de la concurrence²⁰. Au demeurant, le principe général permettant de limiter les droits fondamentaux au nom de l'intérêt général, pourrait servir à imposer le respect de la libre prestation de service. La formulation retenue à l'article 35 de la Charte n'est ainsi pas nécessairement une limite pour le juge qui pourra toujours sanctionner une législation qui compromet l'accès aux soins, revenant concrètement à poser la nécessité d'une action positive.

L'hypothèse d'une hiérarchie entre les valeurs de l'Union, qui se refléterait dans une hiérarchie interne aux normes juridiques, n'est d'ailleurs pas à écarter²¹. Si certains émettent l'idée que les droits portés par la Charte des droits fondamentaux, «*partie intégrante*» des traités, bénéficieront nécessairement d'une forme de primauté, rien n'est moins sûr dans un conflit les opposant aux objectifs historiques et fondateurs de l'Union comme la libre prestation des services²². La Convention européenne, une fois l'adhésion de l'Union effectuée, ne sera d'aucun appui alors en raison de l'absence de reconnaissance explicite du droit aux soins et de sa valeur inférieure aux Traités européens. Seule l'interprétation que la Cour de justice donnera à la Charte, à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg, permettra réellement de déterminer la portée du droit à l'accès aux soins. Tout indique en effet que le mode d'interprétation des exigences de santé est, et restera, assez différent selon qu'il s'agit du droit de l'Union ou de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme toujours l'une s'attache à apprécier les effets d'une application concrète d'une norme quand l'autre vise à réguler de manière générale et plutôt abstraite la fusion d'espaces économiques²³.

¹⁹ Novembre 2005.

²⁰ V. sur ce point les commentaires de M.-A. FRISON-ROCHE en introduction de *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), Paris, LGDJ, Droit et économie, 2010, p. 2.

²¹ V. not. J.-C. GAUTRON, «Un ordre juridique autonome et hiérarchisé», in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p. 25; F. SUDRE, «Le renforcement de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union européenne», *ibid.*, p. 207; J.-C. BONICHOT, «Des rayons et des ombres : les paradoxes de l'article 6 de Traités sur l'Union européenne», in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Paris, Dalloz, 2011, p. 49.

²² V. CJCE, 11 décembre 2007, *Finnish Seamen's Union / Viking Line ABP*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779 et CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I11767.

²³ V. Ph. LÉGER, «Les rapports entre le système de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme», in G. COHEN-JONATHAN et J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 265.

B. La forme du droit à l'accès aux soins

La dichotomie entre rédaction subjective et objective, sans pouvoir en tirer de conséquence radicale, informe sur la place accordée aux prérogatives individuelles.

1) Forme objective

Jusqu'à la Charte de Nice, l'accès aux soins se présente de manière objective, comme la résultante de l'action publique plus que comme une obligation de résultat dont l'Union serait débitrice. Au niveau du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne affiche comme objectif d'assurer l'exercice effectif du droit de toute personne «*de bénéficier de toutes les mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'elle puisse atteindre*». Le droit de l'Union maintient ce type d'approche afin de ne pas entraîner de surcoût pour les Etats membres qui conservent un système libéral. La directive de 2011 relative aux soins transfrontaliers se place sous les auspices des valeurs d'universalité, de qualité des soins, d'équité et de solidarité sans imposer de droit subjectif.

Généralement, le droit à l'accès aux soins connaît de nombreux débiteurs. Il s'agit des professionnels, des établissements et réseaux de santé, des organismes d'assurance-maladie, et tous autres organismes participant à la prévention et aux soins ainsi que les autorités sanitaires auxquelles il incombe de garantir l'accès au système de soins. N'oublions pas en outre les entreprises, les employeurs, les parents et l'individu lui-même devant parfois se soumettre à des soins dans son intérêt et celui de tous²⁴. Cette multiplicité de débiteurs fait du droit à l'accès aux soins l'objet d'une multiplicité de supports juridiques : contrat de travail, droit statutaire de la famille, obligation du système éducatif, *etc...*

Le droit d'accès aux soins dépend enfin étroitement des services sociaux et de la conception que l'Union s'en fait depuis la Communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général du 26 avril 2006. Soit que l'on considère la santé comme un service social, soit qu'elle en dépende, l'accès aux soins revêt une importance particulière pour la cohésion sociale et territoriale. La conciliation entre la liberté d'établissement et l'exigence d'une répartition homogène des prestataires de soins, qui pourrait mener à réguler, donc à imposer un lieu d'exercice, pourrait constituer un enjeu du traitement des services sociaux

²⁴ L. CASAUX-LABRUNÉE, «Le droit à la santé», in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2009, p. 771

d'intérêt général que le travail effectué en vue de la directive «services» a fait émerger ²⁵. L'aménagement du territoire en matière de santé peut contrarier les principes posés par l'Union en vue de la libération progressive des restrictions à l'accès et à l'exercice des professions médicales, paramédicales et pharmaceutiques ²⁶. L'Union semble préférer distinguer nettement santé et services sociaux, créant une distorsion délétère pour l'accès aux soins.

2) *Forme subjective*

Désormais, la Charte des droits fondamentaux de l'Union proclame pourtant un droit subjectif en son article 35 («*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*»). Déjà, dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne de 1961 présente un article 11 qui ouvre à toute personne «*le droit de bénéficier de toutes mesures lui permettant de jouir du meilleur état de santé qu'il puisse atteindre*», ce qui implique, en premier lieu, l'accès aux soins appropriés. Les modalités de mise en œuvre de cette Charte et l'absence de recours individuel réel alimentent le caractère encore peu subjectif de cette exigence. De même, le caractère subjectif de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux doit être relativisé faute pour le contentieux de l'Union d'être lui-même structuré par les recours individuels. L'article 35 n'est pas encore utilisé par la jurisprudence de la Cour de justice, ni même par les conclusions des avocats généraux. Son usage demeure «*objectif*» comme dans le Livre blanc sur la santé du 23 octobre 2007 ²⁷ qui s'y réfère pour annoncer des actions en faveur de la réduction des inégalités de santé. Enfin, la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine, signée le 4 avril 1997 à Oviedo, pourrait être ratifiée dès 2011 en vertu de la loi du 7 juillet 2011. Cette convention exige l'accès équitable aux soins ainsi que la nécessité, s'agissant de toute intervention dans le domaine de la santé, de respecter les obligations professionnelles et règles de conduites appropriées.

²⁵ Directive n° 2006/123 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, *JOUE* n° L 376, 27 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, art. 2-2, f.

²⁶ Les restrictions doivent se justifier par la sécurité des soins (CJCE, 1^{er} février 2001, *Mac Quen E.A.*, aff. C-108/96, *Rec.*

p. I-837 : le fait de réserver à des ophtalmologues le droit d'effectuer certains examens n'est pas contraire à l'article 43 car il peut être considéré comme un moyen propre à garantir la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé.

²⁷ Livre blanc de la Commission du 23 octobre 2007, préc.

Les droits des patients ne constituent pas encore un corpus construit en droit de l'Union²⁸. La promotion de l'accès aux soins emprunte donc pour l'essentiel la voie d'une codification des droits des patients. La chose résultait d'ailleurs d'abord de la volonté du Parlement européen qui a adopté une résolution «*pour une charte européenne des patients*» qui s'ouvre sur le droit au traitement

et aux soins nécessités par la maladie ainsi que le libre choix du médecin traitant. Ensuite l'OMS a encouragé ce mouvement²⁹. Mais il fallut attendre 2003 pour que la Commission lance son «³⁰*processus de réflexion à haut niveau sur la mobilité des patients et l'évolution des soins de santé dans l'Union européenne*»³⁰ qui aboutit aux conclusions du Conseil sur les valeurs et principes communs aux systèmes de santé de l'Union³¹, puis à la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers du 2 juillet 2008, désormais aboutie. Cette évolution atteste d'une réduction progressive des ambitions qui renonce pour l'heure à un standard européen pour se rabattre sur la seule libre prestation de services doublée de la libre circulation des patients. La directive n'a d'ailleurs pas d'ambition plus haute.

Si la Commission a souhaité la rédaction d'une Charte des droits du patient, ce n'est que sous la forme d'un texte non contraignant rédigé par une association³². Ce texte reconnaît un certain nombre de droits, notamment celui de l'accès aux soins, à la liberté de choix et au respect du temps nécessaire aux soins. Le droit à l'innovation y apparaît aussi en accordant à chacun le droit de bénéficier du fruit de la recherche biomédicale suivant le principe général d'égalité.

La protection de l'accès aux soins résulte aussi, et de plus en plus, de l'application du mécanisme de non-discrimination. La lutte contre les inégalités guide le travail de l'Union³³. En tant que ressource potentiellement rare, les soins entraînent des mécanismes de sélection à l'accès. Le caractère urgent ou innovant des soins peut ainsi légitimer des priorités

²⁸ F. SAUER et N. FAHY, «Malades à la recherche de soins en Europe», *RDUE*, 2004, p. 499.

²⁹ V. la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe par le Bureau régional de l'OMS pour l'Europe, 28 novembre 1994 (ICP/HLE 121).

³⁰ décembre 2003, HLP/2003/16, p. 2 : «*il est nécessaire de renforcer la collaboration afin de promouvoir la possibilité d'accès à des soins de santé de grande qualité tout en préservant la viabilité financière des systèmes de soins de santé de l'Union européenne*».

³¹ *JOCE* n° C 146/01, 22 juin 2006 : le Conseil y demande aux institutions européennes de protéger l'universalité, l'accès à des soins de qualité, l'équité et la solidarité.

³² Active Citizenship Network. V. E. RIAL-SEBBAG et F. TABOULET, «Vers une Charte européenne des droits des patients», in *Etudes de droit communautaire de la santé et du médicament*, préc., p. 191.

³³ Stratégie de l'Union en matière de santé pour la période 2008-2013.

médicalement fondées, lesquelles ne doivent pas négliger le principe de non-discrimination³⁴. Le droit communautaire a aménagé un vaste dispositif tendant à assurer l'égal accès des ressortissants communautaires aux soins sans distinction de nationalité³⁵. La directive de 2000 relative à l'égalité de traitement inclut également les questions de santé³⁶.

La reconnaissance progressive du droit aux soins passe aussi par le développement de l'information à destination du patient. La directive de 2011 insiste par exemple sur le fait que l'Etat doit aider le patient à choisir le régime d'accès (règlement ou directive) le plus avantageux et sur le fait que les Etats doivent mettre à disposition des données relatives à la qualité, la sécurité et l'accessibilité des établissements de soin, lesquels doivent aussi assurer une information loyale relative aux soins et à leur coût, tout comme les modalités de mise en cause de la responsabilité. On pourrait imaginer que le droit de l'Union attende que le défaut d'information soit, en soi, cause d'indemnisation. La directive reconnaît aussi le droit à l'accès au dossier médical dans le pays des soins et au suivi de ces soins.

On mesure que les ambiguïtés qui pèsent sur la reconnaissance du droit à l'accès aux soins comme droit fondamental restent de nature à freiner ses effets normatifs. Néanmoins, la volonté politique affichée par les organes de l'Union conduira à affirmer un standard européen d'accès aux soins, lequel ne sera pas univoque.

II- UN DROIT FONDAMENTAL SOUS LES TRAITS D'UN DOUBLE STANDARD EUROPEEN

De manière paradoxale, faute de texte, l'Europe des droits de l'homme ne développe que de manière parcellaire, indirecte et peu contraignante un droit à la santé que l'Europe³⁷ des marchés reconnaît explicitement mais envisage surtout comme une dérogation aux sacrosaintes libertés économiques.

Cette approche par les libertés économiques devrait coexister encore longtemps comme standard avec celle, plus répandue dans les Etats européens, qui consiste à penser le droit pour

³⁴ G. JOHANET, «L'égalité d'accès aux soins», in *Rapport public du Conseil d'Etat* 1998, Paris, La Documentation française, 1999, p. 429; D. FASSIN, *Un traitement inégal. Les discriminations dans l'accès aux soins*, Rapport 2001, CRESPI;

C. ALLONIER, P. DOURGNON, T. ROCHEREAU, *Enquête sur la santé et la protection sociale* 2006, Rapport IRDES, n° 1701, avril 2008.

³⁵ CJCE, 16 mai 2004, *Watts*, aff. C-372-04, *RDSS*, 2006. 843, note L. AZOULAI; Loi n° 290-207 du 21 mars 2007 relative à l'immigration et à l'intégration (art. L. 121-1 CESEDA).

³⁶ 2000/43 du 29 juin 2000, art. 3 §1, e.

³⁷ juin 1998

des bénéficiaires et qui mène à des catégories de sujets et d'accès aux soins. La future jurisprudence de l'Union ne pourra guère se nourrir de celle de Strasbourg qui la relie par d'autres droits fondamentaux : le droit à la vie, l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, le respect de la vie privée sous la forme de l'autonomie personnelle. Dans l'affaire *L.C.B. c. Royaume-Uni*, même si finalement les prétentions de la requérante ont été rejetées, la Cour de Strasbourg a admis que l'article 2 puisse être appliqué au cas de la fille leucémique d'un militaire exposé longtemps aux radiations nucléaires et non informé des conséquences prévisibles, privant donc sa fille d'un accès précoce aux soins³⁷. Le retard dans l'administration des soins, plus généralement, induit la responsabilité de l'Etat³⁸.

A. L'approche par les libertés économiques

La manière dont le système de l'Union pense les droits de l'homme dépend depuis toujours de son paradigme économique et de la nature objective des contentieux qui se nouent à Luxembourg. Il est peu probable que cela change. Le degré d'intervention de l'Union dans le secteur de la santé évoluera sans doute; il imposera, au nom du droit fondamental, un standard de qualité et d'accessibilité de la prestation de service.

1) « Obligation réflexe » de la libre prestation de service

La Cour de justice a jugé que la libre prestation des services inclut la liberté des destinataires de services, notamment des personnes devant recevoir des soins médicaux, de se rendre dans un autre État membre pour y bénéficier de ces services³⁹. Dans le face à face entre soins et libre prestation des services, seule la seconde est qualifiée de «*liberté fondamentale*» par la Cour : «*en matière d'assurance maladie, une intervention en nature plutôt que par voie de remboursement n'est pas susceptible de soustraire les traitements médicaux du champ d'application de cette liberté fondamentale*»⁴⁰. Si l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous peut relever des dérogations pour des raisons de santé

³⁸ CEDH, Gde. Ch., 9 avril 2009, *Silih c. Slovénie*.

³⁹ CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jointes 286/82 et 26/83, *Rec.* p. 377.

⁴⁰ CJUE, 27 janvier 2011, *Commission / Luxembourg*, aff. C-490/09, *nep.* point 36 : un Etat ne saurait exclure, de fait, la possibilité de prise en charge des analyses et des examens de laboratoire effectués par la quasi-totalité des prestataires de services médicaux établis dans les autres États membres; il s'agit d'un obstacle à la libre prestation des services.

publique, dans la mesure où un tel objectif contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé, c'est à la condition d'exposer la raison pour laquelle le non-remboursement des frais afférents aux analyses et aux examens de laboratoire effectués par des prestataires de services médicaux établis dans d'autres États membres serait propre à garantir la réalisation de l'objectif de protection de la santé publique et n'excéderait pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin ou encore d'établir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale (et que cette raison puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général). C'est pourquoi la directive de 2011 tolère un régime d'autorisation pour certaines catégories de soins. Par ailleurs, l'accès aux soins se combine avec le principe du libre choix du praticien, lequel n'accepte que peu de limites.

La Cour de justice, rappelant que *«la libre circulation des marchandises est un principe fondamental du traité CE»*, admet cependant que *«l'obligation, selon laquelle le don de sang doit avoir été effectué sans donner lieu à aucun remboursement des frais exposés par le donneur, n'est (...) pas nécessaire pour garantir la qualité et la sécurité du sang»*. Mais, *a contrario*, sont licites les législations qui, comme la loi française, autorisent le remboursement des frais des donneurs tout en interdisant leur rémunération ⁴¹.

2) Vers une standardisation des prestations de santé dans l'Union

La santé demeure un domaine où l'extrême diversité des approches nationales pose de réels problèmes aux patients ⁴². L'article 168-5 du TFUE prend soin de préciser *«à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres»*. Le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale. L'absence, pour l'heure, d'une harmonisation au niveau de l'Union européenne, implique qu'il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale tout en respectant le droit de l'Union, notamment les dispositions relatives à la libre prestation des services. Les traités s'opposent à ce que l'application de la réglementation nationale ait pour

⁴¹ CJUE, 9 décembre 2010, *Humanplasma GmbH / Autriche*, aff. C-421/10, nep.

⁴² V. *Revue française des Affaires sociales*, nos 2 et 3, 2006, *Réforme et régulation des systèmes de santé en Europe*.

effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre ⁴³.

Pourtant, se saisir de l'objectif de santé publique, même subsidiairement, conduit à une remise en cause de cette diversité. Plus généralement, les droits fondamentaux constitueront le levier nécessaire à une harmonisation complète jusqu'ici écartée en raison du défaut de compétence de l'Union. Déjà, l'obligation d'intégrer la santé comme élément de détermination et d'évaluation des politiques de l'Union a suscité des plans d'action et une forme accrue d'institutionnalisation (plan d'action européen 2004-2010 du 9 juin 2004 en faveur de l'environnement et de la santé (COM [2004] 416). La directive relative aux soins transfrontaliers pose également des principes communs pour tous les systèmes de santé de l'Union et une coopération européenne en matière de soins de santé. Désormais, si les choix nationaux deviennent une entrave à une meilleure accessibilité des soins, l'Union utilisera cette faille pour lire de façon très restrictive la marge nationale d'appréciation. Il en va de même de la simple diversité des systèmes qui entrave la libre circulation des patients, à l'exemple du règlement relatif aux médicaments de thérapie innovante qui font désormais l'objet d'une procédure unique et centralisée de mise sur le marché.

Parallèlement, dans les contentieux subjectifs, les deux «Europes» pourront exiger de leurs propres organes et des États membres de respecter l'accès à la santé en fonction de la personne qui nécessite les soins.

B. L'approche par le bénéficiaire du droit

L'approche de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se révèle différente du droit de l'Union, davantage attachée à la préservation des personnes : celle d'un droit subjectif, reconnu comme tel grâce à ses formes de juridicisation. Mais le droit à l'accès aux soins se révèle alors plutôt catégoriel, garanti à certaines catégories ou situations seulement.

⁴³ CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec.* p. I-1931, point 33 et CJUE, 15 juin 2010, *Commission / Espagne*, aff. C-211/08, *nep.*

1) *Un droit peu garanti en général par le droit de l'Union et la Convention EDH*

On le sait, la Convention européenne ne consacre pas directement le droit à l'accès aux soins, pas plus que ses protocoles. L'idée que la santé s'envisage d'abord comme un droit «social» ou droit «créance» l'exclut du texte de la Convention mais pas de son «contexte» interprétatif qui conduit, comme pour le droit à la protection de l'environnement qui lui est intimement lié, à une protection par «ricochet» à partir d'autres droits ou principes. La Cour se montre néanmoins attentive à interpréter les obligations premières dans le sens de la protection de la volonté de l'individu concernant son corps. A titre d'exemple on pourra relever la condamnation récente de la Hongrie pour ne pas avoir fourni un cadre juridique clair à la possibilité d'encadrer un accouchement à domicile. Le droit à la vie privée se trouve en effet méconnu par le fait que la requérante a dû ainsi renoncer à cette perspective⁴⁴. Cela fait suite à l'arrêt *A, B, C c. Irlande* (le 16 décembre 2010) par lequel la Cour a fondé, dans des conditions restrictives, le droit à l'avortement sur le respect de la vie privée lorsque les conditions mises par l'Etat à l'accès à des soins paraissent disproportionnées.

2) *Un droit mieux protégé pour les personnes vulnérables*

Les titulaires réels du droit à l'accès aux soins relèvent davantage de catégories établies par les textes. Il s'agira très souvent de protéger une situation (le salarié, l'étranger, le vieux travailleur, le détenu, la personne handicapée...) ou une catégorie de population (l'enfant, la femme...), en définitive, toutes sortes de «figures» de la vulnérabilité.

Les institutions de l'Union ont ainsi poussé davantage leur réflexion sur les droits des patients pour les catégories plus vulnérables que pour le droit commun. Le Parlement européen est l'auteur de la Résolution du 13 mai 1986 portant Charte des enfants hospitalisés ou de celle du 8 juillet 1988 relative aux droits de la parturiente ou encore celle du 14 décembre 1995 portant sur les droits, notamment aux soins, des personnes handicapées. Dans le même esprit, la directive de 2011, affirme que les procédures d'autorisation de remboursement, lorsqu'elles existent doivent tenir compte de l'état du patient, de l'urgence et des circonstances particulières.

⁴⁴ CEDH, 14 décembre 2010, *Ternovsky c. Hongrie*.

La protection la plus affirmée demeure celle des détenus ⁴⁵ (même si la Cour européenne des droits de l'homme n'implique pas leur affiliation au régime général de la sécurité sociale ⁴⁶) particulièrement lorsqu'il est question de l'accès à des soins psychiatriques dont la carence a entraîné le suicide du détenu ⁴⁷. Encore en 2010, à propos d'une personne gardée à vue, la Cour a rappelé que l'assistance d'un médecin doit faire partie des obligations positives premières des autorités ⁴⁸. Dans l'affaire *Vincent*⁴⁹, la Cour européenne estime que l'Etat qui maintient un détenu dans un établissement pénitentiaire inadapté à des soins nécessaires est fautif, s'il ne prouve pas que son maintien dans cet établissement était indispensable alors que d'autres solutions existent. Plus récemment, l'arrêt *Alexanian* reconnaît, dans le cas d'un détenu atteint du SIDA, la responsabilité de l'Etat qui ne fournit pas des soins appropriés ⁵⁰. L'article 3 convoque également les modalités de l'accès aux soins qui peuvent (pour les détenus particulièrement) constituer un traitement dégradant (confidentialité, pudeur, rapidité de l'accès). Dans l'affaire *İlhan c. Turquie* ⁵¹, en raison de l'important laps de temps s'étant écoulé avant que des soins médicaux appropriés ne fussent prodigués à l'intéressé, la Cour estime que le requérant a été soumis à des souffrances très graves et cruelles méritant la qualification de torture. Dans une autre affaire ⁵², au vu de ce que l'intéressé, diabétique, n'a pas bénéficié des soins médicaux adaptés à son état de santé (absence de régime alimentaire adapté et administration de médicaments périmés), la Cour estime que l'intéressé a été soumis à des traitements contraires à l'article 3 ⁵³. Les étrangers se voient aussi spécifiquement protégés. En premier lieu, les étrangers ressortissants de l'Union font l'objet d'une attention particulière du juge communautaire qui aménage les conditions d'un tourisme médical en partie à la charge de l'Etat comme en témoigne les affaires *Müller-Fauré*, *Kohll*, *Watts* ⁵⁴. Pour eux, les régimes d'autorisation de l'Etat d'origine sont une entrave à la libre circulation qui ne doit pas excéder un certain seuil en termes de délais notamment. Aux termes de l'article 16 de la directive

⁴⁵ CEDH, 16 novembre 2006, *Huyllu c. Turquie*, req. n° 52955/99 : les détenus malades nécessitant des soins médicaux particuliers doivent être transférés vers des établissements spécialisés ou vers des hôpitaux civils, lorsque ces soins ne sont pas dispensés en prison. La Cour relève que le requérant fut transféré à l'hôpital où, en dépit de la détérioration de son état de santé, il ne put consulter de médecin. En outre, l'absence d'examens approfondis par des spécialistes, et le fait que ses codétenus aient dû suppléer au manque de soins démontrent que la surveillance de son état de santé n'était pas satisfaisante.

⁴⁶ CEDH, 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, req. n° 37452/02.

⁴⁷ CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, req. n° 27229/95.

⁴⁸ CEDH, 21 décembre 2010, *Jasinski c. Lettonie*

⁴⁹ 24 octobre 2006.

⁵⁰ CEDH, 22 décembre 2008, *Alexanian c. Russie*.

⁵¹ CEDH, [GC], 27 juin 2000, n° 22277/93, §94, CEDH 2000VII.

⁵² CEDH, 8 janvier 2009, *Shishmanov c. Bulgarie*.

⁵³ Pour une appréciation inverse, CEDH, 29 septembre 2005, *Mathew c. Pays-Bas*.

⁵⁴ CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré / van Riet*, aff. C-385/99, *Rec. p. I-4509*; CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, *Rec. p. I-3317*; CJCE, 16 mai 2006, *Watts / Bedford Primary Care Trust*, aff. C-372/04, *Rec. p. I-4325*.

2003/9/ CE du 27 janvier 2003, si l'Etat peut limiter ou retirer le bénéfice des conditions d'accueil (lorsque le demandeur d'asile ne respecte pas l'obligation de se présenter aux autorités ou ne répond pas aux demandes d'information), il doit assurer en toutes circonstances l'accès aux soins médicaux d'urgence. On peut établir un parallèle avec la directive «retour»⁵⁵ dont l'article 5, d), prévoit que «*les Etats membres octroient aux personnes souffrant d'une maladie grave un permis de séjour [...] afin qu'elles puissent avoir accès à des soins de santé [...]*». Pendant la rétention les immigrants doivent avoir accès aux soins de santé.

De même, la Cour européenne rappelle que la décision d'expulser un étranger atteint d'une maladie physique ou mentale grave vers un pays où les moyens de traiter cette maladie sont inférieurs à ceux disponibles dans l'Etat contractant est susceptible de soulever une question sous l'angle de l'article 3, mais seulement dans des cas très exceptionnels, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion sont impérieuses, comme dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*⁵⁶, où des «*circonstances très exceptionnelles*» et des «*considérations humanitaires impérieuses*» étaient en jeu. Ainsi, à l'inverse, par son arrêt de Grande Chambre dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*⁵⁷ la Cour conclut qu'il n'y a pas violation de l'article 3 dans le cas d'une ressortissante ougandaise atteinte du sida à un stade très avancé et de deux maladies opportunistes liées au sida. Il était établi qu'elle n'avait «*aucune chance de bénéficier de soins adaptés*» dans son pays. Le Royaume-Uni estimait que l'on pouvait se procurer la plupart des traitements à bas prix grâce à des projets financés par l'ONU et à des programmes bilatéraux sur le sida. La Cour admet que la qualité et l'espérance de vie de la requérante auraient à pâtir de son expulsion mais, selon elle, la requérante n'est pas dans un état critique.

Ces jurisprudences très concrètes donnent au droit à l'accès aux soins sa dimension de droit fondamental. L'achèvement prochain de l'intégration de la Convention dans le droit de l'Union devrait conduire à encourager une politique plus active en faveur d'une subjectivisation de l'accès aux soins.

⁵⁵ N° 2008/115/CE

⁵⁶ Req. n° 30240/96 du 21 avril 1997.

⁵⁷ Req. n° 26565/05.