

George Georges

Le citoyen européen peut-il se faire
soigner dans l'Etat membre
de l'UE de son choix ?

euryopa

Institut européen de l'Université de Genève

Le catalogue général
des publications est disponible
sur le site de l'Institut européen:

www.unige.ch/ieug

Publications euryopa

Institut européen de l'Université de Genève
2, rue Jean-Daniel Colladon • CH-1204 Genève

Télécopie/fax +41 22 -379 78 52

euryopa vol. 41-2006
ISBN 2-940174-42-3
ISSN 1421-6817

© Institut européen de l'Université de Genève
Décembre 2006

Table des matières

Remerciements	IV
Introduction	1

PREMIERE PARTIE Cas d'espèce

DEUXIEME PARTIE Sources, principes directeurs du règlement n°1408/71 et dispositions communes à toutes les branches de sécurité sociale du règlement

<i>Pourquoi ce règlement existe-il ?</i>	6
<i>Définitions de la coordination des législations des Etats membres et de l'harmonisation législative supranationale</i>	8
<i>Sources</i>	10
<i>Principes directeurs du règlement n°1408/71</i>	15
<i>Détermination de la législation applicable</i>	28
<i>Champs d'application personnel et matériel</i>	41

<i>Relations entre le règlement n°1408/71 et les traités internationaux</i>	62
---	----

TROISIEME PARTIE

Dispositions du règlement n°1408/71 concernant la branche de sécurité sociale «maladie»

<i>Dispositions communes</i>	66
<i>Travailleurs salariés ou non salariés et leur famille</i>	79
Travailleurs et membres de leur famille domiciliés hors de l'Etat compétent [article 19 du règlement n°1408/71]	79
Octroi de prestations lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat de résidence (article 22 du règlement n°1408/71)	82
L'interprétation des conditions d'octroi de l'autorisation préalable par les administrations nationales des Etats membres pour bénéficier de la prise en charge des coûts «de soins programmés à l'étranger» de l'article 22, §1, lit. c) et de la politique de quasi-refus de délivrance du formulaire E112	90

QUATRIEME PARTIE

Résolution du cas d'espèce

<i>Variante 1. Le travailleur migrant souffre d'une longue maladie qui s'est déclarée avant qu'il change d'Etat membre, en acceptant un nouvel emploi</i>	125
<i>Variante 2. Le partenaire, membre de la famille du travailleur migrant souffre d'une longue maladie, qui s'est déclarée avant l'immigration du couple dans un nouvel Etat membre</i>	133

<i>Variante 2A. Le membre de la famille est toujours domicilié dans le pays d'origine</i>	134
Conclusion	137
Bibliographie	151

Ce livre est dédié à la mémoire de mon père.

Remerciements

Je remercie mes deux Directeurs de mémoire, les Professeurs Pierre-Yves Greber et Thomas Kadner Graziano de la faculté de droit de l'université de Genève pour leur soutien constant et leurs précieux conseils.

Introduction

Prodromos Mavridis résume la problématique de ce travail dans un de ses articles intitulé «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?»¹. Pour cet auteur, cette question soulève le problème de l'autorisation préalable nécessaire pour la prise en charge, par la caisse maladie d'affiliation, des coûts de «soins programmés à l'étranger»² selon les dispositions de l'article 22 du règlement n°1408/71, l'interprétation stricte des conditions d'octroi par les administrations nationales des Etats membres et la politique qui en découle.

Nous allons structurer ce travail sur le modèle de résolution d'un cas concret. Premièrement nous présenterons un cas d'espèce [chapitre I], ensuite nous commencerons l'étude du règlement n°1408/71, nous présenterons les sources, les principes de droit communautaire qui sont à l'origine du règlement n°1408/71, ainsi que les dispositions communes à toutes les branches de sécurité sociale, c'est-à-dire les règles de rattachement et les champs d'application personnel et matériel du règlement [chapitre II].

¹ Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *Droit social*, n°12, décembre 1996, pp. 1086-1094.

² Les notions de «soins inopinés ou d'urgence aux expatriés», «soins devenus nécessaires aux expatriés» et «soins programmés à l'étranger» sont des termes développés par la doctrine. Le règlement n°1408/71 utilise les notions suivantes: «des prestations en nature nécessaires du point de vue médical» à l'article 22, §1, lit. a); «après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente, est autorisé par cette institution de retourner sur le territoire de l'Etat membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre Etat membre» au §1, lit. b) et «qui est autorisé par l'institution compétente de se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins appropriés à son état» au §1 lit. c), Nous utiliserons les notions doctrinales, plus explicites à notre avis.

2 *Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat membre de l'UE de son choix?*

L'étape suivante sera l'étude des articles du chapitre sur la branche de sécurité sociale «maladie» du règlement, nous permettant de comprendre la problématique des autorisations préalables pour «soins programmés à l'étranger». Pourquoi existent-elles, comment sont-elles octroyées par les administrations nationales des Etats membres et quelles sont les conséquences d'une telle politique d'application sur la libre circulation des personnes [chapitre III]. Pour conclure ce travail nous résoudrons le cas d'espèce de départ [chapitre IV].

Nous étudierons les articles du règlement n°1408/71, pour la résolution de notre cas d'espèces, ainsi que les articles d'applications contenus dans le règlement n°574/72 et nous mentionnerons également les attendus d'arrêts de la Cour de justice [CJCE] et les discussions doctrinales permettant une meilleure compréhension des articles étudiés et portant sur notre problématique, ainsi que les décisions de la CASSTM³ sur les articles étudiés. Aux annexes de ce travail, nous avons, soit reproduit des dispositions du règlement, soit développé des questions, que nous avons jugées suffisamment importantes à titre informatif, pour la compréhension du règlement n°1408/71.

Passons maintenant à la présentation de notre cas d'espèce de départ.

³ Le règlement n° 1408/71 a instauré un organisme de liaison au niveau communautaire nommé «la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants», (CASSTM). L'article 80 en règle la composition et la fonction.

PREMIERE PARTIE

Cas d'espèce

Un couple réside dans un Etat membre de l'Union européenne, un des partenaires souffre d'une grave et longue maladie. Cette dernière a été diagnostiquée par un médecin, après une série de faux diagnostics de la part de plusieurs confrères. Le médecin compétent est devenu le médecin de confiance du couple.

Une intervention chirurgicale, dès le diagnostic, a été nécessaire, ainsi qu'un suivi médical lourd à vie. L'assurance maladie du partenaire souffrant couvre les dépenses du traitement à 100%.

Un des partenaires de ce couple reçoit une offre d'emploi dans un autre Etat membre. Il accepte l'offre et le couple déménage.

Selon le règlement n°1408/71, les travailleurs migrants et les membres de leur famille sont assujettis à la législation nationale de sécurité sociale de l'Etat membre d'occupation, le couple du cas d'espèce est affilié d'office à une caisse d'assurance maladie étatique, qui ne rembourse pas tous les frais du suivi médical, car la maladie était déjà déclarée lors de l'affiliation, de plus l'assuré malade ne peut être traité à l'étranger et voir ses dépenses remboursées qu'en cas d'urgence.

Une détérioration dans la santé du partenaire souffrant a obligé le couple de se lancer dans de nouvelles consultations médicales, après une nouvelle série de diagnostics erronés par des spécialistes de l'Etat membre d'occupation, le couple est rentré dans son pays d'origine pour consulter son médecin de confiance, qui a pratiqué une nouvelle intervention chirurgicale.

Le couple souhaite poursuivre le suivi médical avec son médecin de confiance. Mais l'autorisation préalable, nécessaire pour bénéficier «de soins programmés» dans un autre Etat membre, selon l'article 22 §1 lit. c) du règlement n°1408/71 est systématiquement refusée à chaque nouvelle demande du couple, par l'autorité compétente, au motif que les conditions d'octroi ne sont pas remplies en l'espèce. Il est à noter que l'assureur du pays

4 *Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat membre de l'UE de son choix?*

d'origine est prêt à couvrir les frais même si son assuré est domicilié à l'étranger.

Ces refus répétés de la caisse d'affiliation de prendre en charge les coûts de «soins programmés à l'étranger» obligent le couple à avoir un double domicile dans les Etats membres d'origine et d'occupation, et ainsi être affilié à des assurances maladies dans les deux pays, afin de bénéficier d'une couverture totale des frais médicaux par l'assurance de l'Etat membre d'origine. Cela pose un problème de frais importants. Le couple voit là une limite à la mobilité des travailleurs d'un Etat membre vers un autre dans l'Union européenne.

Le couple se pose la question suivante: le système d'autorisation préalable pour la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger» par la caisse maladie d'affiliation de l'article 22 du règlement n°1408/71 n'est-il pas une restriction à la liberté de circulation des personnes interdite par le Traité de l'Union européenne?

L'application du «principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71 ou bien l'harmonisation du domaine de la sécurité sociale au niveau communautaire permettront-elles d'abroger ce système d'autorisation préalable?

Dans une variante 1, lors de la résolution du cas d'espèce qui conclut ce travail, le travailleur migrant sera lui-même atteint de maladie. Dans une variante 2, c'est le partenaire inactif, défini comme «membre de la famille du travailleur migrant» selon la terminologie de l'article 1lit. f) du règlement n°1408/71, qui est souffrant, dans une variante 2A, «le membre de la famille» souffrant réside toujours dans l'Etat membre d'origine.

Passons maintenant au chapitre II de ce travail concernant les Sources, principes directeurs du règlement n°1408/71 et dispositions communes à toutes les branches de sécurité sociale de ce règlement.

DEUXIEME PARTIE

Sources, principes directeurs du règlement n°1408/71 et dispositions communes à toutes les branches de sécurité sociale de ce règlement

Pour Pierre Rodière, «La sécurité sociale internationale est le fruit d'une multitude de conventions internationales, la législation européenne en la matière occupe une place particulière; en effet dès l'instauration du marché communautaire la coordination des systèmes de sécurité sociale a été légiférée dans le règlement n°3/58⁴. Cet instrument de coordination est la reprise d'une convention internationale négociée entre les futurs Etats membres de la Communauté. Les mécanismes communautaires dont l'objectif principal est la libre circulation des personnes à l'intérieur du marché unique complètent les différentes conventions internationales en la matière. Le droit communautaire est actuellement un modèle grâce à ses normes plus précises et complètes que celle du droit international public»⁵.

Dans ce chapitre, nous allons étudier les sources du règlement n°1408/71, les principes directeurs qui servent de fondement juridique à ses dispositions, ainsi que les articles contenant les normes qui s'appliquent à toutes les branches de sécurité sociale qui sont inclus dans le champ d'application matériel du règlement.

Posons-nous d'abord la question de savoir pourquoi la Communauté, puis l'Union européenne ont mis en place un système de coordination des systèmes de sécurité sociale des Etats membres tel que le règlement n°1408/71?

⁴ Règlement n°3/58 concernant «La libre circulation des travailleurs migrants», JO. N° B 30 du 16.12.58, pp. 561ss.

⁵ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2002, p. 569.

Pourquoi ce règlement existe-t-il?

La raison pour laquelle cette législation communautaire existe est la nécessité de faciliter la libre circulation des travailleurs à travers le marché intérieur, pour cela la politique de l'emploi doit être couplée à une politique sociale efficace, comme nous l'explique Nicole Kerschen:

«[...]La promotion “d’un haut niveau de protection sociale” figure parmi les objectifs spéciaux de l’article 2 du traité de l’Union européenne[...].

Aussi le principal enjeu de la modernisation de la protection sociale réside-t-il dans la garantie de la viabilité des systèmes. Pour la Commission, cette viabilité dépendra de la capacité croissante de la société européenne à créer des emplois pour une partie croissante de la population. L’augmentation du taux d’emploi en Europe a pour objectif de garantir un haut niveau de protection sociale. Mais la modernisation de la protection sociale est aussi considérée comme un des moyens pour atteindre un haut niveau d’emploi dans l’Union européenne. L’emploi doit être au service de la protection sociale et, en retour, la protection sociale doit être au service de l’emploi »⁶.

Comme les Etats membres ont une compétence prépondérante dans le domaine social, les autorités communautaires ont créé un système de coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres. Le règlement n°1408/71 est l'exemple concret de cette coordination dans les domaines cités à son champ d'application matériel de l'article 4. Les raisons de cette volonté communautaire sont expliquées dans les premiers considérants du règlement n°1408/71:

⁶ Nicole KERSCHEN, «Vers une individualisation des droits sociaux: approche européenne et modèles nationaux», *Droit social*, n°2, février 2003, p. 218.

«Considérant que les règles de coordination des législations nationales de sécurité sociale s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes et doivent contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et des conditions de leur emploi»⁷;

«Considérant, qu'en raison des importantes différences existantes entre les législations nationales quant à leur champ d'application personnel, il est préférable de poser le principe suivant lequel le règlement est applicable à toutes personnes assurées dans le cadre des régimes de sécurité sociale organisés au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés ou en raison d'une activité salariée ou non salariée»⁸;

«Considérant qu'il convient de respecter les caractéristiques propres aux législations nationales de sécurité sociale et d'élaborer uniquement un système de coordination»⁹;

«Considérant que, en vue de garantir de mieux garantir l'égalité de traitement de tous les travailleurs occupés sur le territoire d'un Etat membre, il est approprié de déterminer comme législation applicable, en règle générale, la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel l'intéressé exerce son activité salariée ou non salariée»¹⁰;

«Considérant qu'il convient de déroger à cette règle générale dans des situations spécifiques justifiant un autre critère de rattachement»¹¹;

«Considérant que, en matière de prestations de maladie et de maternité, il importe d'assurer une protection réglant la situation des personnes qui résident ou séjournent dans un Etat membre autre que l'Etat compétent»¹².

Pour faire de l'Union européenne une force économique compétitive au niveau international, le législateur communautaire et

⁷ Considérant 1 du règlement n° 1408/71.

⁸ Considérant 3.

⁹ Considérant 4.

¹⁰ Considérant 10.

¹¹ Considérant 11.

¹² Considérant 15 du règlement n°1408/71.

les Etats membres se sont rendus compte de la nécessité de mettre en place une politique de sécurité sociale efficace, sans passer par l'instrument législatif de l'harmonisation communautaire.

Voyons maintenant la définition de la coordination des normes nationales des Etats membres et celle de l'harmonisation législative au niveau supranational.

Définitions de la coordination des législations des Etats membres et de l'harmonisation législative supranationale

Frans Pennings nous donne les définitions de ces deux instruments législatifs que sont la coordination des normes de sécurité sociale des Etats membres et l'harmonisation législative à un niveau supranational¹³:

«Coordination rules are rules of international social security law intended to adjust social security schemes in relation to each other (as well as to those of other international regulations), for the purpose of regulating transnational questions, with the objective of protecting the social security position of migrant workers, the members of their families and similar groups of persons.»¹⁴.

«Harmonization is the sum of international provisions directed at States which have the objective or obligation that these States adjust their national law to the requirements of the harmonization provisions»¹⁵.

Nous avons reproduit ces définitions, car les notions de *coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres* et de *l'harmonisation* de la matière au niveau communautaire est un point central de la problématique de ce travail. Tous les auteurs que

¹³ Frans PENNINGGS, *Introduction to European Social Security Law*, The Hague [...], Kluwer Law International, second edition, collection Study in Social Policy, 1998.

¹⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵ *Ibid.*, p. 8.

nous citons dans ce mémoire estiment que l'harmonisation du domaine de la sécurité sociale au niveau communautaire est nécessaire. Mais les Etats membres sont farouchement opposés à cela, car ils veulent contrôler leur politique de sécurité sociale nationale, c'est pour cette raison que le règlement n°1408/71 est un instrument de coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres.

C'est l'article 4, § 1 du règlement qui énumère les branches de sécurité sociale qui sont incluses dans son champ d'application matériel:

«1. Le présent règlement s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent:

- a) Les prestations de maladie et de maternité;
- b) Les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain;
- c) Les prestations de vieillesse;
- d) Les prestations de survivants;
- e) Les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle;
- f) Les allocations de décès;
- g) Les prestations de chômage;
- h) Les prestations familiales».

Dans notre cas d'espèces, la branche topique est celle des prestations maladies du paragraphe 1, lit. a) dont peuvent bénéficier les travailleurs et les membres de leur famille.

Passons maintenant aux sources juridiques du règlement n°1408/71.

Sources

Les bases légales du règlement n°1408/71: les articles 42 et 308 TCE

Le règlement n°1408/71 est fondé sur l'article 42[ex 51]:

«Le Conseil statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, adopte, dans le domaine de la sécurité sociale, les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, en instituant notamment un système permettant d'assurer aux travailleurs migrant et à leurs ayants droits:

- a) La totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales,
- b) Le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des Etats membres,

Le Conseil statue à l'unanimité tout au long de la procédure visée à l'article 251».

L'article 308 TCE donne la base légale à la coordination communautaire des systèmes de sécurité sociale des Etats membres:

«Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées».

L'action communautaire dans le domaine social est subsidiaire et complémentaire par rapport aux politiques nationales des Etats membres: articles 5 §2 et 137 TCE

Dans le domaine de la sécurité sociale, l'intervention des institutions communautaires est régie par le principe de la subsidiarité édicté par l'article 5 §2 TCE:

«Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire».

La politique communautaire doit coordonner les actions des Etats membres dans les domaines énumérés à l'article 137 §1 TCE, les limites sont énoncées au paragraphe 4 de cet article:

«1. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136¹⁶, la Communauté soutient et complète l'action des Etats membres dans les domaines suivants:

- a) L'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs;
- b) Les conditions de travail;
- c) La sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs;
- d) La protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail;
- e) L'information et la consultation des travailleurs;
- f) La représentation et la défense collective des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion sous réserve du paragraphe 5;

¹⁶ Les actions communautaires dans le domaine social s'inspirent des principes de la Charte sociale du 18 octobre 1961 et de ceux de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989.

- g) Les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté;
- h) L'intégration des personnes exclues du marché du travail, sans préjudice de l'article 150;
- i) L'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail
- j) La lutte contre l'exclusion sociale;
- k) La modernisation des systèmes de protection sociale, sans préjudice du point c).

2. A cette fin, le Conseil:

- a) Peut adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre Etats membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres[...];

3. [...];

4. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article:

Ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux Etats membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier;

Ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au lock-out».

Nicole Kerschen nous explique la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, sur la base de ces deux articles, en matière de protection sociale:

«Dans sa communication intitulée "Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne", rendue publique en mars 1997, la Commission des Communautés européennes a rappelé les compétences respectives des Etats et de la Communauté.

Chaque Etat membre conserve la responsabilité de l'organisation et du financement de son propre système de sécurité sociale. L'Union européenne a la charge de la coordination des régimes nationaux de sécurité sociale pour les travailleurs qui exercent leur droit de libre circulation à l'intérieur de l'Union. Mais l'Union européenne est également un cadre approprié pour des débats visant à promouvoir une meilleure compréhension mutuelle des perspectives à long terme ainsi qu'à identifier les défis communs qui se posent aux Etats membres.

Dans cette perspective, la Commission a proposé une nouvelle méthode consistant à définir des objectifs communs susceptibles de guider les politiques des Etats membres, afin de permettre la coexistence des différents systèmes nationaux de protection sociale, tout en faisant progresser ces derniers, en harmonie les uns avec les autres, vers les objectifs fondamentaux de la Communauté. Cette méthode est désignée sous l'appellation "stratégie concertée de modernisation de la protection sociale" et elle s'inscrit dans la "méthode ouverte de la coordination" applicable aujourd'hui à plusieurs domaines du «social»¹⁷ [...], il s'agit d'un processus politique original de construction du modèle social européen. La méthode consiste à laisser converger les différentes politiques nationales entre les quinze Etats membres, en pointant les réussites ["les bonnes pratiques"], de telle façon qu'une politique sociale communautaire se mette en place progressivement, sans qu'il y ait pour autant recours à des instruments contraignants. La procédure est plus ou moins formelle suivant le domaine concerné. La stratégie coordonnée pour l'emploi est fondée sur le processus le plus intégré et le plus abouti. Les anglophones parlent de "soft law"¹⁸.

En matière de coordination des régimes de sécurité sociale des travailleurs, salariés et non salariés, migrants, les règlements actuellement applicables sont les suivants:

¹⁷ Il s'agit des domaines énumérés à l'article 137, § 1 lit. a) à k) *op. cit.*

¹⁸ Nicole KERSCHEN, «Vers une individualisation des droits sociaux: approche européenne et modèles nationaux», *op. cit.*, pp. 217-218.

*Règlement n°1408/71*¹⁹ du Conseil du 14 juin 1971, «relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté». Il a abrogé le règlement n°3/58.

*Règlement n°574/72*²⁰ du Conseil du 21 mars 1972, «fixant les modalités d'application du règlement 1408/71». Il a abrogé le règlement n°4/58.

*Règlement n°883/2004*²¹ du Conseil du 29 avril 2004, «portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale», entré en vigueur le 19 mai 2004²², il sera applicable dès la publication de son règlement d'application²³. Il abrogera, dès lors, le règlement n°1408/71.

Le règlement n°1408/71 et son règlement d'application cherchent à assurer une plus grande certitude dans l'application de la législation communautaire. Ils connaissent de régulières modifications qui prennent en compte l'évolution de la jurisprudence de la CJCE, des droits nationaux des Etats membres en la matière et les nouvelles adhésions et leurs conséquences dans le domaine qui nous intéresse.

Nous venons de présenter les sources du droit communautaires de la sécurité sociale dans notre domaine d'étude, l'assurance maladie. Passons à l'examen des principes directeurs du règlement n°1408/71.

¹⁹ Règlement n° 1408/71, JO n° L 149 du 05.03. 1971, pp. 2ss.

²⁰ Règlement d'application n° 574/72, JO n° L 74 du 27.03.1972.

²¹ Règlement n° 883/2004, JO n° L 166, 30.04.04, pp. 1ss.

²² D'après la formule contenue à son article 91.

²³ Selon le site de la Commission européenne, ce ne sera pas avant la fin de l'année 2006.

Principes directeurs du règlement n°1408/71

Quatre principes sont à la base de la mise en œuvre des mécanismes contenus dans le règlement n°1408/71. Les trois premiers concernent l'instrument législatif communautaire qu'est la coordination des législations des Etats membres, contenant notamment le principe communautaire de l'article 10 CE, «la coopération loyale», que nous développerons sous le titre A, relative à la coordination des législations de sécurité sociale. Le quatrième et dernier principe directeur du règlement n°1408/71 est une application du principe communautaire d'interdiction de toute discrimination basée sur la nationalité, examiné sous le titre B relative à l'égalité de traitements entre ressortissants de l'Etat membre compétent et les travailleurs migrants qui exercent leur activité professionnelle sur le territoire de cet Etat.

Passons maintenant aux trois premiers des principes directeurs du règlement n°1408/71, concernant la coordination des législations des Etats membres.

La coordination des législations nationales²⁴

Un comité d'experts mandaté par la Commission européenne, a rendu un rapport sur «[...] l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie»²⁵ dans lequel il met en avant les forces de la méthode de coordination des législations nationales de sécurité sociale. Pour cette raison, ce comité pense que c'est toujours l'instrument adéquat à utiliser dans la politique sociale européenne et que, grâce à la coordination, 15 ou 25 législations nationales de sécurité sociale peuvent coexister sans danger d'étouffement, surtout s'il existe un processus constant de mise à

²⁴ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne, op.cit.*, pp. 572-573.

²⁵ Commission européenne, direction générale emploi et affaires sociales, *Rapport du Groupe de Haut Niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie*, mai 2004.

jour et de simplification de la procédure de coordination, ce qui a abouti à la volonté de remplacer le règlement n°1408/71.

Jean-Claude Séché est d'avis que les institutions communautaires doivent surveiller l'application correcte du règlement n°1408/71 par les Etats membres et veiller à sa mise à jour pour en faire le meilleur des instruments de coordination en attendant l'harmonisation des législations sociales, seule solution viable à long terme. Cet auteur exprime un avis unanimement partagé par l'ensemble de la doctrine:

«Bien entendu un rapprochement des législations nationales serait de nature à atténuer ces inconvénients puisque, par hypothèse, le migrant se verrait appliquer, dans le pays d'accueil, une réglementation comparable à celle de son pays d'origine. Sans écarter une telle éventualité, en raison notamment des contacts réguliers entre experts nationaux, il faut bien constater qu'aucune intention politique ne s'est encore manifestée en ce sens au niveau des institutions communautaires. Dans l'immédiat, il convient d'améliorer le système communautaire de coordination et de veiller à ce que les instances nationales l'appliquent en tenant compte de l'objectif qu'il poursuit, à savoir la libre circulation des personnes»²⁶.

Premièrement, nous examinerons le principe de maintien des législations de sécurité sociale des Etats membres, deuxièmement, nous étudierons le principe d'extension de territorialité et enfin, troisièmement, nous nous pencherons sur le principe de collaboration entre institutions instauré par le règlement n°1408/71.

²⁶ Jean-claude SECHE, «L'organisation juridique de la mobilité et de la protection sociale», *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n°343, janvier 1991, p.99.

Maintien des législations des Etats membres

Les législations nationales concernant la sécurité sociale accusent des différences fondamentales d'un Etat membre à un autre, la législation communautaire a pour objet d'établir quel est le régime national compétent qui devra s'appliquer au travailleur migrant. Les règlements n'ont pas pour objet d'harmoniser le droit social au niveau communautaire, ni de l'uniformiser à une exception, en effet il existe une uniformisation au niveau du rattachement spatial.

La CJCE a rappelé que le maintien des législations nationales concernant la sécurité sociale est désiré, la législation communautaire est basée sur ce principe, elle coordonne tous ces différents régimes²⁷.

Extension du principe de territorialité

La territorialité de la sécurité sociale est un des principes retenus par les législations des Etats membres, l'effet général de ce principe se reflète dans deux points:

- 1) Ne bénéficient des prestations de la sécurité sociale que les personnes qui se trouvent sur le territoire national, pour obtenir le versement de ces prestations, une condition préalable de résidence sur le territoire de l'Etat compétent est nécessaire, comme l'a indiqué, notamment, la jurisprudence de la Cour de cassation française; «[...] les prestations de sécurité sociale ne sont pas exportables»²⁸.
- 2) Les faits qui se situent sur le territoire national sont généralement seuls pris en compte de telle sorte qu'un accident de travail qui s'est produit à l'étranger n'est pas réparable et une cotisation

²⁷ CJCE, affaire 2/67, «Auguste de Moor contre Caisse des employés privés» du 05.07.67, recueil 1967, pp. 255ss.

²⁸ Cass. soc. 8 octobre 1998, CPAM, « Haute- Savoie c. Vessereau », in bull. civ. V n° 417.

correspondant à une période de travail à l'étranger ne permet pas l'acquisition de points ou de droit en matière de retraite.

Une internationalisation des législations nécessite que le principe de territorialité doit être flexibilisé, Pierre Rodière nomme cette extension «la déterritorialisation des conditions d'application des législations de sécurité sociale»²⁹. L'ancien article 51 du Traité de Rome édictait ce principe de déterritorialisation avec la totalisation des périodes d'assurance et avec le versement des prestations sur l'ensemble du territoire communautaire.

Le droit dérivé³⁰ l'a généralisé et en a fait un principe d'application tout comme les règles de rattachement uniformes, la loi nationale déclarée applicable par la législation communautaire doit prendre en compte également les totalisations des périodes qui se sont accomplies hors du territoire national, sur celui d'un ou d'autres Etats membres et les faits qui se sont produits dans d'autres Etats membres qui se produisent ou qui se produiront devront être pris en compte par la législation nationale désignée compétente par le droit dérivé, tant que la législation nationale en question sera applicable.

Ainsi, les maladies qui se sont déclarées et qui ont été soignées sur le territoire d'un autre Etat membre seront couvertes par la législation de «l'Etat compétent».

L'article 18 du règlement n°1408/71 régit la totalisation des périodes, nous le développerons dans le chapitre que nous consacrons à l'assurance maladie dans le cadre de ce travail.

La CJCE a précisé la notion de totalisation et le but qu'elle vise. Xavier Prétot nous l'explique:

« Deux conceptions, pouvaient, en effet, être formulées pour l'application de la totalisation des droits: la première, mettant l'accent sur la coordination entre les systèmes nationaux, c'est-à-dire entre les Etats, conduisait, à chaque fois au moins que la somme des droits excède le maximum requis pour l'obtention de la

²⁹ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.* p. 572.

³⁰ Par droit dérivé, nous entendons l'ancien règlement n° 3/58, l'actuel n°1408/71 et le futur n°883/2004.

prestation, à la répartition pro rata temporis des droits constitués sous la loi de plusieurs Etats; la seconde au contraire, plus directement fondée sur le droit du travailleur, limite le recours au mécanisme de la totalisation des droits aux seules situations où il apparaît indispensable pour parfaire les droits constitués du chef de la législation applicable à la prestation sollicitée. C'est cette seconde conception qui a été retenue par la Cour de justice au terme d'une jurisprudence particulièrement fournie»³¹.

Tel a été le cas dans l'affaire 24/75 «Petroni»³²:

«[...]L'article 51³³ du Traité vise essentiellement le cas où la législation d'un Etat membre n'ouvrirait pas, à elle seule, à l'intéressé un droit à prestation, en raison du nombre insuffisant des périodes accomplies sous cette législation, ou ne lui accorderait qu'une prestation inférieure au maximum»³⁴

«Que, pour remédier à cette situation, il prévoit, au bénéfice du travailleur qui a été soumis successivement ou alternativement à la législation de deux ou plusieurs Etats membres, la totalisation des périodes d'assurance accomplies en vertu de la législation de chacun de ces Etats»³⁵;

«Que la totalisation et la proratisation ne sauraient donc intervenir si leur effet est d'amoinrir les prestations auxquelles l'intéressé peut prétendre en vertu de la législation d'un seul Etat membre, sur la base des seules périodes d'assurance accomplies sous cette

³¹ Xavier PRETOT, «La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté», *Droit social*, n°7/8, juillet-août 1989, p. 569.

³² CJCE, affaire 24/75, «Teresa et Silvana Petroni contre Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS), Bruxelles» du 21.10.75, recueil 1975 pp. 1149ss.

³³ Lors de la reproduction d'attendus d'arrêts, nous nous contenterons de copier le numéro des articles utilisés par la Cour à l'époque de l'affaire, sans préciser la numérotation actuelle des articles en question.

³⁴ CJCE, affaire 24/75, *op.cit.*, attendu 14.

³⁵ *Ibid.*, attendu 15.

législation, sans que, toutefois, cette méthode puisse conduire, pour une même période, à un cumul de prestations»³⁶;
«Que la non-totalisation trouve application même dans le cas où les périodes d'assurance accomplies dans l'Etat concerné coïncident avec des périodes d'assurance accomplies dans un autre Etat membre»³⁷.

Etablissement d'un réseau de collaboration des institutions de sécurité sociale

Le décloisonnement territorial de la sécurité sociale nécessite la mise en place d'une structure administrative au niveau communautaire ainsi qu'une collaboration entre toutes les institutions nationales de sécurité sociale.

Comme les prestations de sécurité sociale peuvent être versées sur les territoires de tous les Etats membres à travers l'institution du lieu de résidence du bénéficiaire, pour le compte de l'institution de l'Etat désigné comme compétent. Cela nécessite la mise en place d'une internationalisation des systèmes financiers, chargés de fournir les prestations et de prélever les cotisations.

Cette coopération institutionnelle doit respecter un des principes de base du droit communautaire, celui de la collaboration loyale³⁸. L'article 84, du règlement n°1408/71 en édicte les normes de base.

Pour la bonne application de cette coopération, le règlement 1408/71 a instauré un organisme de liaison au niveau communautaire nommé « la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants », (CASSTM). L'article 80 en règle la CJCE, affaire 24/75, composition et la fonction.

A noter qu'à son paragraphe 2, cet article mentionne l'aide technique dont bénéficie la CASSTM, de la part du Bureau International du Travail (BIT), dans le cadre des accords conclus entre la CEE et le BIT.

³⁶ CJCE, affaire 24/75, *op. cit.*, attendu 16.

³⁷ *Ibid.*, attendu 17.

³⁸ Article 10 TCE.

L'article 81 édicte les tâches de la CASSTM.

Les articles 2 à 4 du règlement d'application n°574/72 édictent les différentes procédures de mise en pratique des tâches de la CASSTM.

A la demande des syndicats, le règlement n°1408/71 a instauré un comité consultatif pour la sécurité sociale des travailleurs migrants, l'article 82 réglemente sa création, sa composition et son fonctionnement et l'article 83 édicte ses tâches.

Après avoir brièvement exposé les notions contenues dans le principe de coordination des législations nationales, passons au quatrième et dernier principe directeur du règlement n°1408/71: l'égalité de traitement.

Egalité de traitement³⁹

C'est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire. La règle générale est énoncée à l'article 12 TCE, reprise par l'article 39 TCE dans le chapitre sur les travailleurs. L'article 3 du règlement n°1408/71 la reprend également à son premier paragraphe:

«1. Les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve des dispositions particulières contenues dans le présent règlement».

Rappelons que les ressortissants des pays tiers ne sont pas couverts par le règlement n°1408/71, mais qu'une extension du champ d'application personnel a été opérée vers les ressortissants d'Etats qui ont repris le droit communautaire à travers des

³⁹ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 573-575.

conventions internationales, telles que les accords bilatéraux signés entre l'Union européenne et la Suisse.

Cette égalité concerne «les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres», cela signifie que l'Etat membre compétent peut refuser de verser des prestations à des personnes assujetties au régime national mais résidant sur le territoire d'un Etat tiers, sans enfreindre le principe de l'égalité de traitement.

L'égalité de traitement interdit les discriminations directes et indirectes basées sur la nationalité; ceci est également une reprise du principe général énoncé à l'article 12 CE.

Ainsi des étrangers ne peuvent être exclus de certaines prestations du seul fait qu'ils ne sont pas ressortissants de l'Etat compétent, des normes nationales qui subordonnent l'octroi de prestations à des conditions plus rigoureuses pour les communautaires que pour les nationaux sont une discrimination directe prohibée par l'article 3. Frans Pennings nous rappelle les définitions des notions de «discrimination directe» et «discrimination indirecte»:

«By direct discrimination is meant a situation where a distinction is made between persons on the basis of a forbidden criterion, e.g. nationality.

We describe a rule as indirectly discriminating if it, although not containing a forbidden criterion, leads to disadvantageous effects for species categories of persons who can be defined by the forbidden criterion [such as "migrant worker"]. As in the case of indirect discrimination there is no forbidden criterion mentioned, it is much more difficult to prove indirect discrimination than direct discrimination»⁴⁰.

L'égalité de traitement doit s'appliquer en dehors de toutes conditions de réciprocité.

Les limites de cette égalité de traitement sont en dehors de la sphère des prestations auxquelles auraient droit des ressortissants;

⁴⁰ Frans PENNING, *Introduction to European Social Security Law*, op. cit., p. 11.

par exemple, une discrimination basée sur la nationalité selon le règlement 1408/71 ne peut être invoquée contre une norme nationale dont la source est un traité international conclu entre l'Etat compétent et un Etat tiers, une telle norme nationale qui favorise le ressortissant de ce dernier Etat par rapport à un national est licite au regard du droit communautaire.

La CJCE a constamment rappelé cette exigence du traitement égalitaire entre ressortissants de l'Etat compétent et travailleurs migrants, tombant sous sa législation quant à l'application du droit de la sécurité sociale. Nous pouvons notamment citer l'affaire «Kenny»⁴¹:

«[...] Dans le domaine d'application du règlement 1408/71, l'article 7 du traité CEE est directement applicable aux Etats membres»⁴² ;

«Attendu qu'aux termes dudit article 7 paragraphe 1, est interdite, dans le domaine d'application du Traité, et sans préjudice des dispositions particulières de celui-ci, toute discrimination exercée en raison de la nationalité»⁴³;

«Que cette règle a été mise en œuvre, en ce qui concerne les travailleurs salariés, par les articles 48 à 51, ainsi que par les actes des institutions européennes adoptés sur la base de ces articles, et en particulier, par le règlement 1408/71»⁴⁴;

«Attendu que l'article 3, paragraphe, 1 du règlement 1408/71, dispose que les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles s'appliquent les dispositions du règlement, sont soumises aux obligations et admises au bénéfice de la législation de sécurité sociale de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci»⁴⁵;

«Que l'objet de cette disposition est d'assurer, conformément à l'article 48 du Traité, au profit des travailleurs auxquels s'applique

⁴¹ CJCE, affaire 1/78, «Patrick Christopher Kenny contre Insurance Officer» du 28.06.78, recueil 1978 pp. 1489ss.

⁴² *Ibid.*, attendu 7.

⁴³ *Ibid.*, attendu 8.

⁴⁴ *Ibid.*, attendu 9.

⁴⁵ *Ibid.*, attendu 10.

le règlement, l'égalité en matière de sécurité sociale sans distinction de nationalité, en supprimant toute discrimination à cet égard résultant des législations nationales des Etats membres [...]»⁴⁶.

Dans l'affaire C- 307/89⁴⁷, La France a été condamnée pour non-respect de l'article 3, paragraphe 1, car elle imposait une double condition incompatible avec le règlement communautaire, pour bénéficier des prestations de sécurité sociale: d'une part, elle imposait l'existence d'un traité international, entre l'Etat d'origine du travailleur migrant et la France, contenant une clause de réciprocité, quant au bénéfice de prestations de sécurité sociale et, d'autre part le travailleur migrant devait être domicilié sur le territoire français avant sa demande de bénéficier des prestations en question:

«Il convient de relever, à cet égard, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que le maintien d'une réglementation nationale qui est, en tant que telle, incompatible avec le droit communautaire, même si l'Etat membre concerné agit en accord avec ce droit, donne lieu à une situation de fait ambiguë en maintenant, pour les sujets de droit concernés un état d'incertitude quant aux possibilités qui leur sont réservées de faire appel au droit communautaire. Cette incertitude ne peut qu'être renforcée par le caractère interne des instructions purement administratives qui écarteraient l'application de la loi nationale [...]»⁴⁸;

«Il y a, dès lors, lieu de constater que, en subordonnant, en ce qui concerne les ressortissants des autres Etats membres qui résident en France et relèvent des dispositions du règlement 1408/71, le bénéfice de la prestation de sécurité sociale visé aux articles L815/2 et L815/3 du nouveau code français de la sécurité sociale, à la double condition, d'une part, de la signature avec ces Etats d'une convention internationale de réciprocité et, d'autre part, de la

⁴⁶ CJCE affaire 1/78, *op. cit.*, attendu 11.

⁴⁷ CJCE, affaire C-307/89, «Commission des Communautés européennes contre République française», du 11.06.91, recueil 1991, p. I-2903.

⁴⁸ *Ibid.*, attendu 13.

résidence préalable de l'intéressé sur son territoire, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de ce règlement»⁴⁹.

L'égalité de traitement de l'article 3 est basé sur deux pivots, d'une part le travailleur migrant⁵⁰ ne doit pas être défavorisé par rapport aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil et d'autre part le travailleur migrant ne doit pas être favorisé par rapport aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil⁵¹.

Ne pas défavoriser le travailleur migrant

La coordination mise en place par le règlement n°1408/71 est appelée à jouer un rôle dans les seuls cas où son utilité est démontrée pour la protection du travailleur migrant, mais en aucun cas n'a pour but de créer un régime supranational d'application automatique.

Prodromos Mavridis nous résume le rôle de la Cour dans la protection du citoyen européen qui se déplace à l'intérieur de l'Union:

⁴⁹ CJCE affaire C-307/89, *op. cit.*, attendu 14.

⁵⁰ Le terme de «travailleur migrant» du règlement n°1408/71 a évolué. Actuellement les termes «d'assuré social migrant» et «citoyen européen en déplacement» répondent aux critères de la définition du règlement. Mais les institutions communautaires et la doctrine continuent à utiliser prioritairement le terme de «travailleur migrant» pour faire une distinction claire avec les termes «de membre de sa famille» et «bénéficiaire de pension ou de rente» notamment. Dans ce travail nous utiliserons les trois termes mentionnés comme synonymes. L'évolution du terme de «travailleur migrant» est développée dans ce travail sous le titre consacré au champ d'application personnel du règlement.

⁵¹ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.* pp. 625-626.

«Malgré la complexité et la diversité des problèmes de coordination des législations nationales, l'idée centrale de la jurisprudence est d'assurer la protection continue du travailleur qui se déplace: la coordination ne saurait aboutir à la perte des droits acquis ou en cour d'acquisition; elle commande aux institutions compétentes de raisonner comme si l'ensemble de la carrière du travailleur avait été accompli sur un seul territoire. Et ceci pour ne pas discriminer, défavoriser le migrant par rapport au sédentaire»⁵².

Le travailleur qui a toujours été soumis à une seule législation nationale ne peut prétendre à la proratisation. La CJCE a expliqué ceci dans l'affaire «De Moor»⁵³.

Ne pas favoriser le travailleur migrant

Le législateur communautaire a cherché à ne pas créer une sorte de discrimination à rebours qui toucherait les ressortissants du pays d'accueil. Le risque vient de la prise en compte de la même période d'assurance par deux législations nationales. Le règlement n°1408/71 a posé des garde-fous, par la mise en place de normes concernant le non-cumul des prestations se trouvant à l'article 12.

Les articles 7 à 10 bis du règlement d'application n°574/72, édictent les modalités d'application de l'article 12.

Xavier Prétot nous fait la remarque suivante:

«Précisons, par ailleurs, qu'aucune prescription communautaire n'interdit, aujourd'hui, à un Etat membre d'instituer une règle nationale de cumul»⁵⁴.

⁵² Prodromos MAVRIDIS, «La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne», *Cahier de droit européen*, n° 5-6, 2002, pp. 674-675.

⁵³ CJCE, affaire 2/67, «Auguste de Moor contre Caisse de pension des employés privés» du 5.07.67, recueil 1967, pp. 256ss.

⁵⁴ Xavier PRÉTOT «La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté», *op. cit.*, p. 570.

La CASSTM a édicté une décision relative à l'application de l'article 12⁵⁵.

Mais des discriminations à rebours peuvent être admissibles, lorsqu'elles se basent sur des conventions internationales et ainsi limiter l'égalité de traitement sur le territoire des Etats parties à ces traités entre nationaux et citoyens européens en faveur de ces derniers, voyons cela.

Le cas particulier des discriminations à rebours issues d'accords internationaux

Xavier Prétot nous explique ce cas particulier:

«L'égalité de traitement n'est pas, toutefois, sans limites. Elle ne s'étend, logiquement, qu'aux seules dispositions applicables aux nationaux et ne s'applique pas aux règles nationales qui traitent mieux, notamment par le jeu de conventions conclues avec des Etats tiers, le ressortissant étranger. Saisie ainsi du litige relatif aux incidences d'une convention conclue entre la RFA et la Pologne⁵⁶, La Cour a jugé que les autres Etats membres ne sauraient être tenus de prendre en compte, au titre de la coordination, des périodes accomplies sous l'empire de la législation d'un Etat tiers, alors même que l'un des Etats membres est lié par une convention en ce sens avec l'Etat en cause»⁵⁷.

Ainsi, nous en avons fini avec l'étude des principes directeurs du règlement n°1408/71, passons maintenant au seul chapitre du

⁵⁵ Décision n° 101 de la CASSTM, concernant la date à prendre en considérant pour déterminer les taux de conversion à appliquer lors du calcul de certaines prestations, du 29.05.75, JO n° C 44, du 26.02.76.

⁵⁶ CJCE, affaire 21/87, «M. Borowitz contre Bunderversicherungsanstalt für Angestellte» du 15.07.88, recueil 1988, pp. 3175ss.

⁵⁷ Xavier PRÉTOT, «La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté», *op. cit.* pp. 570-571.

règlement étudié, qui a été uniformisé par le législateur communautaire, les règles déterminant la législation applicable.

*Détermination de la législation applicable*⁵⁸

Les règles de conflit de loi, qui se trouvent au titre II, articles 13 à 17 bis, sont contenues dans le seul chapitre du règlement n°1408/71 à avoir été uniformisé au niveau communautaire.

Tout comme l'ancien règlement n°3/58, le règlement n°1408/71 crée un système complet et impératif de règles de conflit permettant la couverture adéquate par une loi sans lacune ni cumul du droit applicable. La CJCE a constamment répété ce principe de détermination du droit applicable, sur ce sujet, nous pouvons notamment citer l'affaire 302/84, «Ten Holder»⁵⁹:

«Il est à rappeler à cet égard que, selon une jurisprudence constante de la Cour, les dispositions du titre II des règlements n° 3[/58] et n°1408/71, qui déterminent la législation applicable aux travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tendent à ce que les intéressés soient soumis au régime de la sécurité sociale d'un seul Etat membre, de sorte que les cumuls des législations nationales applicables et les complications qui peuvent en résulter soient évitées»⁶⁰;

« Ce principe, appliqué par la Cour sous l'empire du règlement n° 3[/58] est exprimé par l'article 13, paragraphe 1, du règlement n°1408/71 qui dispose que le travailleur auquel le présent règlement est applicable n'est soumis qu'à la législation d'un seul Etat membre et que cette législation est déterminée conformément aux

⁵⁸ Pierre RODIERE, *Droit sociale de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 576-594.

⁵⁹ CJCE, aff.302/84, troisième chambre, «A. A. Ten Holder contre direction de la Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging», du 12.06.86, recueil 1986 p. 1821.

⁶⁰ *Ibid.*, attendu 19.

dispositions du présent titre, c'est-à-dire du titre II relatif à la détermination de la législation applicable»⁶¹;

«En effet, les dispositions de ce titre II forment un système de règles de conflit dont le caractère complet a comme effet de soustraire au législateur de chaque Etat membre le pouvoir de détermination de l'étendue et des conditions d'application de sa législation nationale, quant aux personnes qui y sont soumises et le territoire à l'intérieur duquel les dispositions nationales produisent leurs effets. Ainsi que la Cour l'a relevé dans les arrêts du 23 septembre 1982 [G. T. Kuijpers, 276/81, rec. p.3027, et G. F. Koks, 275/81, rec. p.3013], les Etats membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation ou celle d'un autre Etat membre, étant tenus de respecter les dispositions du droit communautaire en vigueur»⁶²;

«Cette règle n'est pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour [voir notamment, arrêt du 21 octobre 1975, Petroni, 24/75, rec. p.1149] selon laquelle l'application du règlement n°1408/71 ne peut entraîner la perte des droits acquis exclusivement en application d'une législation nationale. Ce principe concerne en effet non pas les règles visant à déterminer la législation applicable, mais les règles communautaires visant le cumul des prestations prévues par les différentes législations nationales applicables. Il ne saurait donc avoir pour effet, en contradiction avec l'article 13, paragraphe 1, du règlement n°1408/71, de soumettre l'intéressé pour une même période à l'assurance en vertu des dispositions des législations de plusieurs Etats membres, indépendamment des obligations de cotiser, ou autres charges qui en découlent éventuellement pour l'intéressé»⁶³.

L'uniformisation des règles de rattachement permet d'écartier l'insécurité liée aux conflits de lois résultant de normes nationales de droit international privé comme nous l'explique Frans Pennings:

⁶¹ C JCE, affaire 302/84, *op. cit.*, attendu 20.

⁶² *Ibid.*, attendu 21.

⁶³ *Ibid.*, attendu 22.

«Rules which assign which legislation is applicable are an essential part of coordination. These rules have to prevent workers from being, as a result of cross-border movement, insured in two States or not insured at all. They affect the national rules of conflict.

An important question as regards the rules for determining the legislation applicable is whether they have exclusive and binding effects.

If these rules have exclusive effect, this means that as a result there is only one national legislation applicable at the same time. Such a rule overrules national rules of conflict»⁶⁴;

«The exclusive effect of the rules for determining the legislation applicable avoids a positive conflict of laws, where the negative effect serves to prevent a negative conflict of laws»⁶⁵.

La Cour a rappelé à plusieurs reprises que le règlement n°1408/71 est un instrument de coordination des législations de sécurité sociale, le législateur communautaire ne peut pas, à travers ce règlement, définir le contenu des normes nationales en matière de sécurité sociale, comme ces dernières sont très différentes, il peut résulter pour le travailleur migrant une différence de niveau quant à la protection sociale lorsqu'il va exercer son activité professionnelle dans un autre Etat membre. Pour la Cour, cette conséquence de la migration des travailleurs n'est pas contraire au droit communautaire, si la législation nationale en question ne désavantage pas le travailleur migrant par rapport à ceux qui exercent leur activité professionnelle dans l'Etat membre où la norme s'applique ou par rapport aux travailleurs précédemment assujettis, ou si elle conduit à des fonds perdus alimentés par les versements des cotisations de sécurité sociales des travailleurs migrants. C'est du devoir des Etats membres de veiller à ce que leur législation nationale soit compatible avec le droit communautaire, le règlement 1408/71 n'a qu'une fonction coordinatrice qui peut laisser subsister une disparité quant à la couverture sociale

⁶⁴ Frans PENNING, *Introduction to European Social Security Law op. cit.*, p. 10.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 11.

entraînant aussi bien des avantages que des désavantages pour le travailleur migrant. Cette interprétation de la Cour se retrouve notamment dans les affaires jointes 393/99 et 394/99⁶⁶:

«Cependant, le Traité n'a pas prévu l'harmonisation des législations de sécurité sociale des Etats membres. En particulier, s'agissant des travailleurs salariés, l'article 51 du traité prévoit seulement une coordination de ces législations. Les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque Etat membre et, partant, dans les droits des personnes qui y travaillent ne sont pas touchées par cette disposition, [...]»⁶⁷;

«Ainsi, le système mis en place par le règlement n°1408/71 est uniquement un système de coordination, portant notamment, dans son titre II, sur la détermination de la ou des législations applicables aux travailleurs salariés et non salariés qui font usage, dans différentes circonstances, de leur droit à la libre circulation. Il est inhérent à un tel système que le niveau des cotisations sociales à acquitter au titre de l'exercice d'une activité diffère selon l'Etat membre où cette activité est totalement ou partiellement exercée ou selon la législation de sécurité sociale à laquelle cette activité est soumise [voir, en ce sens, arrêt du 8 mars 2001, Commission/Allemagne, C-68/99, Rec. p. I865, point 29]»⁶⁸;

«De plus, lorsqu'il détermine simplement la ou les législations applicables à différentes situations, comme il a fait dans le titre II du règlement n° 1408/71, le législateur communautaire ne peut définir le contenu des législations nationales de sécurité sociales, dont la conformité avec les articles 48 et 52 du traité relève de la responsabilité des autorités nationales»⁶⁹.

⁶⁶ CJCE, affaires-jointes 393/99 et 394/99, «Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) contre Claude Hervein et Hervillier SA (C-393/99) et Guy Lorthois et Comtexbel SA (C-394/99)», du 19.03.02, rec. 2002, pp. I- 2829ss.

⁶⁷ *Ibid.*, attendu 50.

⁶⁸ *Ibid.*, attendu 52.

⁶⁹ *Ibid.*, attendu 53.

Après avoir énuméré les principes directeurs attachés aux règles de conflits de lois, passons à la détermination des règles de rattachement par le règlement n°1408/71.

Règles de rattachement

Le règlement n°1408/71 édicte plusieurs règles de rattachement, le point de rattachement principal est le lieu où l'assuré exerce son activité professionnelle, si ce lieu ne peut être défini de manière suffisamment précise, le règlement désigne le domicile de l'intéressé comme point de rattachement subsidiaire. Dans des cas particuliers où ni le lieu d'occupation ni le domicile du bénéficiaire de l'assuré ne peuvent être pris en compte, le siège de l'entreprise qui emploie ce travailleur est considéré comme le point de rattachement⁷⁰.

Mais ces différentes règles de rattachement obéissent au principe de l'unicité de la législation applicable qui interdit qu'un assuré soit affilié à plus d'un régime de sécurité sociale à la fois. Voyons cela.

La règle générale: le principe de l'unicité de la législation applicable

Prodromos Mavridis nous explique la raison d'être de l'unicité de la législation applicable:

«La raison d'être de cette règle est simple: il faut éviter l'application simultanée de plusieurs législations nationales et les complications qui peuvent en résulter, mais également empêcher que les personnes entrant dans le champ d'application du règlement n°1408/71 soient privées de protection en matière de sécurité sociale, faute de législation qui leur serait applicable.

Cette règle obéit à une certaine logique: elle est prise en application de l'article 42 [ex 51] du traité, comme d'ailleurs toutes

⁷⁰ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 583-586.

dispositions dudit règlement, et doit contribuer à l'établissement d'une liberté aussi complète que possible de circulation des travailleurs [salariés ou non salariés] mais aussi des services. Compte tenu de cette base juridique, les Etats membres ne peuvent adopter des mesures d'ordre fiscal ou social qui vont à l'encontre, entravent ou dissuadent l'exercice de cette liberté fondamentale. Tout ce qui est contraire à cette finalité constitue en principe une violation des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes et des services»⁷¹.

Passons maintenant au point de rattachement principal: le lieu d'occupation de l'assuré de l'article 13 du règlement.

Le point de rattachement principal du règlement n°1408/71: le lieu d'occupation de l'assuré

Le travailleur relève de la législation nationale de l'Etat membre où il exerce son activité professionnelle. C'est la norme édictée par l'article 13 du règlement 1408/71:

«1. Sous réserve des articles 14 quater et 14 septies, les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre. Cette législation est déterminée conformément aux dispositions du présent titre.

2. Sous réserve des articles 14 à 17:

a) La personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe à son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre;

b) La personne qui exerce une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre;

⁷¹ Prodromos MAVRIDIS, «La fin des doubles cotisations sociales en Europe?», *Droit social*, n°12, décembre 2000, p. 1106.

- c) La personne qui exerce son activité professionnelle à bord d'un navire battant pavillon d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat;
- d) Les fonctionnaires et le personnel assimilé sont soumis à la législation de l'Etat membre dont relève l'administration qui les occupe;
- e) La personne qui appelée ou rappelée sous les drapeaux ou au service civil d'un Etat membre est soumis à la législation de cet Etat. Si le bénéfice de cette législation est subordonné à l'accomplissement de périodes d'assurance avant l'incorporation au service militaire ou au service civil ou après la libération du service militaire ou du service civil, les périodes d'assurance accomplies sous la législation de tout autre Etat membre sont prises en compte, dans la mesure nécessaire, comme s'il s'agissait de périodes d'assurance accomplies sous la législation du premier Etat. Le travailleur salarié ou non salarié appelé ou rappelé sous les drapeaux ou au service civil garde la qualité de travailleur salarié ou non salarié;
- f) La personne à laquelle une législation d'un Etat membre cesse d'être applicable, sans que la législation d'un autre Etat membre lui devienne applicable en conformité avec l'une des règles énoncées aux alinéas précédents ou avec l'une des exceptions ou règles particulières visées aux articles 14 à 17, est soumise à la législation de cet Etat membre sur le territoire duquel elle réside, conformément aux dispositions de cette seule législation».

C'est en principe la loi du lieu d'activité ou d'occupation qui est compétente. Le choix du législateur est clair, comme la lecture de l'article 13, paragraphe 1 et paragraphe 2, let. a) à e), nous le montre c'est la législation de sécurité sociale de l'Etat membre du lieu d'activité qui a été choisie comme point de rattachement principal, d'autres critères de rattachement tels que le domicile/résidence du travailleur, celui de l'employeur ou le lieu de son siège social ou Etat membre d'origine sont des points de rattachement subsidiaires.

L'égalité de traitement édictée à l'article 3 est mise en pratique grâce au point de rattachement principal du règlement: le lieu

d'occupation du travailleur. Toute personne exerçant une activité professionnelle sur un territoire d'un Etat membre est affiliée au système de sécurité sociale de ce pays, donc elle est au bénéfice de la même législation et aux mêmes conditions que les ressortissants de cet Etat.

Mais le règlement n°1408/71 ne définit pas l'activité professionnelle. La CJCE l'a défini pour la première fois dans l'affaire 13/73⁷², à l'époque de l'ancien règlement n°3/58:

«Attendu qu'il résulte de l'arrêt de renvoi que ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige concernant l'affiliation, au régime de sécurité sociale, d'un citoyen français ayant son domicile en France, exerçant, dans la République Fédérale d'Allemagne, une activité de représentation pour le compte de diverses entreprises françaises et partageant son temps entre des tournées continues de prospection dans ce dernier Etat, pendant neuf mois par année, sans y avoir un lieu de séjour fixe, le restant de l'année étant mis à profit, sur le territoire français, pour des contacts avec les entreprises représentées»⁷³;

«Que l'affiliation du défendeur au principal [au régime général de sécurité sociale français] n'est litigieuse qu'en raison des conditions particulières dans lesquelles il partage l'exercice de sa profession entre les territoires de deux Etats membres»⁷⁴.

Le critère de rattachement, pour le métier de représentant commercial, est localisé sur le territoire de l'Etat membre où se trouve le siège des entreprises pour lesquelles le représentant commercial travaille, en l'espèce, en France. La Cour, malgré le fait que la plus grande partie de son activité professionnelle, calculée en mois, se déroule en Allemagne, a considéré que ces contacts sont «épisodiques» avec une «clientèle dispersée», c'est pour cela

⁷² CJCE, aff.13/73, «Anciens établissements D. Angenieux fils aîné et Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région de Paris contre Willy Hakenberg», du 12.07.73, rec.1973, p. 935.

⁷³ *Ibid.*, attendu 2.

⁷⁴ *Ibid.*, attendu 4.

qu'elle a donné la prépondérance, comme lieu de localisation et comme critère de rattachement à la France:

«Qu'en vu de sauvegarder, en l'état de la législation communautaire à l'époque considérée, le principe de l'unité de la législation applicable, à l'égard d'une occupation professionnelle cohérente et continue mais répartie sur le territoire de plusieurs Etats membres, tombant sous l'application de l'article 12⁷⁵, il convient d'analyser les caractéristiques de l'activité en cause afin d'établir si celle-ci comporte un lien prépondérant avec le territoire de l'un ou l'autre des Etats intéressés»⁷⁶;

«Qu'à cet effet, il y a lieu de considérer non seulement la durée des périodes d'activité, mais encore la nature de l'occupation en cause»⁷⁷;

«Qu'en ce qui concerne le type d'activité décrit par la Cour de cassation, ce lien prépondérant doit être recherché dans les rapports professionnels qui attachent un représentant aux entreprises dont il assume les intérêts et non dans les contacts épisodiques qu'il entretient avec une clientèle dispersée»⁷⁸;

«[...] Un représentant de commerce exerçant ses activités professionnelles dans les conditions indiquées dans l'arrêt de renvoi doit être considéré comme occupé sur le territoire de deux Etats intéressés, la prépondérance appartenant cependant, en vue de déterminer la législation applicable, à l'occupation localisée sur le territoire de celui des Etats où se trouve le siège des entreprises dont la représentation est, par lui, assurée»⁷⁹.

La Cour reconnaît comme critère de rattachement, pour déterminer la législation nationale de sécurité sociale, le lieu d'occupation du travailleur, si une législation nationale impose un

⁷⁵ Numérotation du règlement n°3/58, remplacé par l'article 13 dans le règlement n°1408/71.

⁷⁶ CJCE, affaire 13/73, *op.cit.* attendu 19.

⁷⁷ *Ibid.*, attendu 20.

⁷⁸ *Ibid.*, attendu 21.

⁷⁹ *Ibid.*, attendu 22.

autre point de rattachement, tel que le domicile du travailleur sur son territoire, il ne respecte pas l'effet utile du règlement 1408/71 et se retrouve dans une situation de manquement à ses devoirs par rapport à une norme communautaire. Tel a été le cas dans l'affaire C-2/89, la Cour a déclaré le régime général néerlandais d'allocations familiales [AWK] ne respecte pas le règlement communautaire⁸⁰:

«Il convient cependant de rappeler que, en fixant les conditions de l'existence du droit de s'affilier à un régime de sécurité sociale, les Etats membres sont tenus de respecter les dispositions du droit communautaire en vigueur [...]. En particulier, ces conditions ne peuvent avoir pour effet d'exclure de l'application de la législation en cause les personnes auxquelles, en vertu du règlement n°1408/71, cette législation est applicable»⁸¹;

«A cet égard, il y a lieu de noter que l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement dispose expressément que la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat "même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre". Cette disposition serait privée de tout effet utile si la condition de résidence imposée par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel l'activité salariée est exercée, afin d'être admis au régime de l'assurance qu'elle prévoit, était opposable aux personnes visées par l'article 13, paragraphe 2, sous a). En ce qui concerne ces personnes, l'article 13, paragraphe 2, sous a) a pour effet de substituer à la condition de résidence, une condition fondée sur l'exercice de l'activité salariée sur le territoire de l'Etat membre visé»⁸²;

«Par conséquent, il y a lieu de répondre [...] que l'article 13, paragraphe 2, sous a), du règlement n°1408/71 a pour effet de rendre inopposable aux personnes visées par cette disposition, une clause de la législation nationale applicable, en vertu de laquelle

⁸⁰ CJCE, affaire C-2/89, «Bestuur van der Sociale Verzekeringsbank contre M. G. J. Kits van Heijningen», du 03.05.90, rec. 1990, p. I-1755.

⁸¹ *Ibid.*, attendu 20.

⁸² *Ibid.*, attendu 21.

l'admission au régime de l'assurance prévue par cette législation est subordonnée à une condition de résidence dans l'Etat membre sur le territoire duquel l'activité salariée est exercée»⁸³.

La règle générale de rattachement est donc l'affiliation au système de sécurité sociale de l'Etat membre d'occupation⁸⁴.

⁸³ CJCE, affaire C-2/89, *op.cit.*, attendu 22.

⁸⁴ Exemples d'activités professionnelles particulières qui répondent au principe de rattachement de l'article 13, c'est à dire le travailleur n'est soumis qu'à la législation de sécurité sociale d'un seul Etat membre, cette législation est celle de l'Etat membre où le travailleur exerce son activité professionnelle.

Les gens de mer sont soumis à la législation de l'Etat membre du pavillon du navire sur lequel il exerce leur profession, article 13, paragraphe 2, lit c. Les fonctionnaires et assimilés sont soumis à la législation de sécurité sociale de l'Etat membre dont relève l'administration au sein de laquelle ils exercent leur profession, article 13, paragraphe 2, lit d).

Les postes diplomatiques et consulaires sont soumis à la législation de sécurité sociale du pays d'emploi, article 16, paragraphes 1 et 2. L'exercice de cette option est édicté par l'article 13 du règlement d'application n° 574/72.

Les agents auxiliaires des communautés européennes peuvent choisir entre la loi de sécurité sociale de l'Etat membre d'emploi, celle de l'Etat membre à laquelle ils ont été soumis en dernier lieu ou celle de l'Etat membre dont ils sont des ressortissants, article 16, paragraphe 3. L'exercice de ce droit d'option est réglementé par l'article 14 du règlement d'application n° 574/72.

Les travailleurs exerçant régulièrement leur activité professionnelle sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres: les travailleurs exerçant simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de plusieurs Etats membres sont soumis à la législation de l'Etat où ils exercent leur activité salariée, article 14, paragraphe 2, point b), lit. ii) et article 12 bis du règlement n° 574/72; les travailleurs non salariés qui exercent une activité sur le territoire de plusieurs Etats membres sont soumis à la législation de l'Etat membre où ils exercent leur activité principale, si aucune activité n'est exercée sur le territoire de l'Etat

Le point de rattachement correspondant à notre état de fait est celui du lieu d'activité de l'assuré ainsi défini par l'article 13, paragraphe 2. Pour cette raison, nous n'allons pas mentionner, les activités professionnelles qui nécessitent l'application des règles de rattachement subsidiaires du règlement n°1408/71 que sont la législation de l'Etat membre de résidence de l'intéressé et celle du siège de l'entreprise l'employant.

Voyons maintenant les exceptions aux règles de rattachement du règlement.

Exceptions aux règles de rattachement du règlement n°1408/71

L'article 17 du règlement n°1408/71 permet aux Etats membres de prévoir des exceptions à travers le processus d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Cet article a surtout été utilisé pour prolonger la période de détachement temporaire d'un travailleur sur le territoire d'un autre Etat membre, selon les dispositions des articles 14, § 1, lit a) et b), article 14 bis, § 1, lit a) et b) et l'article 14 ter § 1 et 2.

Une autre exception aux articles 13 à 16 et même aux accords internationaux de l'article 17, est réglementé par l'article 13, § 2, lit f): une personne qui ne dépend d'aucune législation de sécurité nationale, car aucun des points de rattachement des articles 13 à 16 ne peuvent lui être appliqués en vertu de son statut de travailleur actif et dont le cas n'a pas fait l'objet d'une convention internationale entre Etats membres dont cette personne dépend est soumis à la norme de l'article 13, § 2, lit f), afin d'éviter un vide juridique.

Les formalités d'application prévues pour cette norme sont réglées par l'article 10 ter du règlement d'application n°574/72.

Passons maintenant à une hypothèse de travail: quelles seront les conséquences sur la détermination des points de rattachement du règlement n°1408/71, si ce dernier est basé sur «le principe du pays d'origine»? Voyons cela.

membre où ils sont domiciliés, article 14 bis, paragraphe 2 et article 12 bis du règlement d'application.

L'hypothèse dans laquelle «le principe de pays d'origine» est appliqué pour déterminer le point de rattachement principal du règlement

Si «le principe du pays d'origine» détermine le point de rattachement principal du règlement n°1408/71, celui-ci sera le pays d'origine du travailleur qui exerce sa liberté de circulation à l'intérieur du Marché intérieur. Dans ce cas, nous pensons que l'égalité de traitement telle qu'édictée par l'article 3 du règlement disparaîtra.

Le principe de l'unicité de la législation applicable est respecté dans cette hypothèse, puisque les assurés sont affiliés uniquement au système de sécurité sociale de l'Etat membre dont ils sont ressortissants. Ce pays est considéré comme «l'Etat membre compétent» selon la définition du règlement, lorsque ses nationaux exercent leur liberté de circulation dans l'Union.

Les points de rattachements subsidiaires, que sont la résidence de l'assuré ou le siège de l'entreprise employant ce dernier restent inchangés. La résidence est le point de rattachement dans les cas concernant les apatrides et réfugiés par exemple.

Mais nous pensons que l'égalité de traitement, voulue par l'article 3 du règlement disparaîtra, si le point de rattachement principal est le pays d'origine du travailleur et non plus le lieu d'activité de l'assuré.

En effet, dans cette hypothèse, nous serons en présence de la situation suivante: sur le territoire d'un Etat membre, les assurés sont affiliés à plusieurs systèmes de sécurité sociale, selon leurs origines. Nous savons que le niveau de protection sociale diffère largement d'un Etat membre à un autre, donc une différence de protection sociale existe entre résidents d'un même territoire national, dans ce cas l'égalité de traitement telle qu'édictée par l'article 3 du règlement disparaîtra.

Nous pensons enfin que, dans cette hypothèse, le travail administratif sera alourdi dans chaque Etat membre, lorsqu'il faudra savoir, notamment à quel système national un résident est affilié.

Nous en avons fini avec les dispositions du règlement n°1408/71 relatives aux règles de rattachement. Passons maintenant aux

dispositions concernant les champs d'application personnel et matériel du règlement étudié.

*Champs d'application personnel et matériel*⁸⁵

Premièrement, nous étudierons le champ d'application personnel et deuxièmement, étudierons le champ d'application matériel du règlement n°1408/71.

Champ d'application personnel

Le domaine «rationne personae» est défini par l'article 2 du règlement:

«1. Le présent règlement s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou plusieurs Etats membres et qui sont ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants.

2. Le présent règlement s'applique aux survivants des travailleurs salariés ou non salariés et des étudiants qui ont été soumis à la législation d'un ou plusieurs Etats membres, quelle que soit la nationalité de ces personnes, lorsque leurs survivants sont ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres».

Les intéressés doivent remplir plusieurs conditions pour bénéficier de la coordination communautaire. Cette dernière vise les travailleurs salariés ou non salariés, ainsi que les étudiants, réfugiés et apatrides qui sont supposés se déplacer pour permettre la mise en œuvre des règles communautaires qui s'étendent également à leurs

⁸⁵ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne, op. cit.*, pp. 608-620.

ayant droits. Seuls les ressortissants communautaires entrent dans le champ d'application personnel du règlement 1408/71.

Nous ne reprendrons que l'analyse des termes «travailleurs salariés ou non salariés» et ceux «membres de leur famille» énoncés à l'article 2, car ils correspondent à l'état de fait de notre cas d'espèce. Nous n'allons pas analyser les termes d'«étudiant» de «réfugié» «d'apatride» ou «survivants» pour cette même raison.

Passons donc au terme «travailleurs salariés ou non salariés».

Travailleurs salariés ou non salariés

La première définition du travailleur migrant vient de la CJCE. Elle a été donnée dans l'affaire, «Unger», 75/ 63⁸⁶:

«1) La notion de “travailleur salarié ou assimilé” utilisée par le règlement n°3[58] du Conseil de la C.E.E. concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants[Journal Officiel des Communautés européennes du 16 décembre 1958, p.561 et s.] a, au même titre que le terme “travailleur” des articles 48 à 51, une portée communautaire»⁸⁷;

«Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier en chaque espèce si ce bénéfice a été accordé aux intéressés dans les conditions énoncées sous A»⁸⁸;

«Les “travailleurs salariés ou assimilés” se trouvant dans la situation visée par l'article 19 (1) du règlement n°3[58] bénéficient des droits prévus par cette disposition, quel que soit le motif de leur séjour à l'étranger»⁸⁹;

«L'article 19 (1) s'oppose à toute règle de droit interne subordonnant l'octroi des prestations en cause, à des conditions

⁸⁶ CJCE, affaire 75/63, «M.K.H. Unger, épouse Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detail handel en Ambachten à Utrecht», 19.03.64, recueil 1964, pp. 347ss.

⁸⁷ *Ibid*, p. 365.

⁸⁸ *Ibid*.

⁸⁹ *Ibid*.

plus onéreuses que celles qui seraient appliquées si l'intéressé était tombé malade pendant qu'il se trouvait sur le territoire de l'Etat membre dont relève l'assureur»⁹⁰.

Extension de la notion de «travailleurs migrants»

Dans l'affaire «Singer», 44/65⁹¹, la CJCE a indiqué que le système de coordination des régimes des Etats membres ne s'applique pas exclusivement aux travailleurs migrants au sens strict ou aux déplacements professionnels. Pour la Cour, c'est la qualité de travailleur qui permet à la personne concernée d'être couverte par le règlement n°1408/71:

«Que l'article 51 est inclus dans le chapitre intitulé « Les travailleurs » et placé au titre III [“La libre circulation des personnes, des services et des capitaux”] de la deuxième partie du Traité [“Les fondements de la Communauté”]»⁹²;

«Que l'établissement d'une liberté aussi complète que possible que celle des travailleurs s'inscrivant dès lors dans les “fondements” de la Communauté, constitue ainsi le but ultime de l'article 51 et, de ce fait, conditionne l'exercice du pouvoir conféré au Conseil»⁹³;

«Qu'il ne serait pas conforme à cet esprit de limiter la notion de “travailleur” aux seuls travailleurs migrants stricto sensu ou aux seuls déplacements relatifs à l'exercice de leur emploi»⁹⁴;

«Que rien dans l'article 51 n'impose de telles distinctions, qui d'ailleurs seraient susceptible de rendre l'application des règles envisagées impraticable»⁹⁵;

⁹⁰ CJCE, affaire 75/63, *op. cit.*

⁹¹ CJCE, affaire 44/65, «Hessische Knappschaft contre maison Singer et fils» du 9.12.65, recueil pp. 1191ss.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ CJCE, affaire 44/65, *op. cit.*

«Que, par contre, le système adopté pour le règlement n°3[/58], qui consiste à supprimer, autant que possible, les limites territoriales de l'application des différents régimes de sécurité sociale, correspond bien aux objectifs de l'article 51 du Traité»⁹⁶.

La condition sine qua non pour bénéficier de la couverture du droit communautaire est d'exercer une activité préalable et effective.

La notion de «travailleur» a évolué dans le cadre du règlement n°1408/71, initialement, seuls les travailleurs salariés et leurs familles étaient couverts par les prestations de ce dernier. Le champ d'application personnel a été étendu, dans un premier temps aux travailleurs non salariés, puis aux étudiants notamment pour compléter la liberté d'établissement et la libre prestation des services.

Cette extension a été également nécessaire pour mettre à jour la coordination entre législations nationales de sécurité sociale des Etats membres qui, ont étendu leur protection aux non salariés. C'est à travers le règlement n°1390/81⁹⁷ qui a modifié le règlement n° 1408/71, que le champ d'application personnel de ce dernier a assimilé la notion de «travailleur non salarié». La famille de cette dernière catégorie de personnes est également entrée dans le champ d'application personnel du règlement que nous étudions.

Dans l'affaire «Sala»⁹⁸ notamment, la CJCE a rappelé que la notion de travailleur varie selon le domaine du droit communautaire:

«Il y a ensuite lieu de relever que la notion de travailleur en droit communautaire n'est pas univoque mais qu'elle varie selon le domaine d'application envisagé. Ainsi la notion de travailleur utilisée dans le cadre de l'article 48 du Traité CE et du règlement

⁹⁶ *Ibid.*, p.1199.

⁹⁷ Règlement 1390/81 n° JO 1981, L 143, p. 143.

⁹⁸ CJCE, affaire C-85/96, «Maria Martinez Sala contre Freistaat Bayern», du 12.05.98, recueil 1998, pp. I-2691ss.

n°1612/68 ne coïncide pas nécessairement avec celle qui a cours dans le domaine de l'article 51 et du règlement n°1408/71»⁹⁹.

La définition autonome de la notion de travailleur du règlement n°1408/71 est contenue à l'article 1:

«1. a) Les termes “travailleur salarié” et “travailleur non salarié”, désignent, respectivement, toute personne:

i) Qui est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches d'un régime de sécurité sociale s'appliquant aux travailleurs salariés ou non salariés ou par un régime spécial des fonctionnaires;

ii) Qui est assurée à titre obligatoire contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique le présent règlement, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale s'appliquant à tous les résidents ou l'ensemble de la population active:

- lorsque les modes de gestion ou de financement de ce régime permettent de l'identifier comme travailleur salarié ou non salarié, ou

- à défaut de tels critères, lorsqu'elle est assurée au titre d'une assurance obligatoire ou facultative continuée contre une autre éventualité précisée à l'annexe 1, dans le cadre d'un régime organisé au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés ou d'un régime visé sous iii) ou en l'absence d'un tel régime dans l'Etat membre concerné, lorsqu'elle répond à la définition donnée à l'annexe 1,

iii) Qui est assurée à titre obligatoire contre plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique le présent règlement dans le cadre d'un régime de sécurité sociale organisé d'une manière uniforme au bénéfice de l'ensemble de la population rurale selon les critères fixés à l'annexe 1;

iv) Qui est assurée à titre volontaire contre une ou plusieurs éventualités correspondant aux branches auxquelles s'applique ce

⁹⁹ CJCE, affaire C-85/96, *op. cit.*, attendu 31.

règlement, dans le cadre d'un régime de sécurité sociale d'un Etat membre organisé au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés ou de tous les résidents ou de certaines catégories de résidents;

- si elle exerce une activité salariée ou non salariée, ou

- si elle a été antérieurement assurée à titre obligatoire contre la même éventualité dans le cadre d'un régime organisé au bénéfice des travailleurs salariés ou non salariés du même Etat membre;

b) Le terme "travailleur frontalier" désigne tout travailleur salarié ou non salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et réside sur le territoire d'un autre Etat membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine; cependant, le travailleur frontalier qui est détaché par l'entreprise dont il relève ou qui effectue une prestation de service sur le territoire du même Etat membre ou d'un autre Etat membre conserve la qualité de travailleur frontalier pendant une période n'excédant pas quatre mois, même si au cours de cette durée, il ne peut pas retourner chaque jour ou au moins une fois par semaine au lieu de sa résidence;

c) Le terme "travailleur saisonnier" désigne tout travailleur salarié qui se rend sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où il réside, afin d'y effectuer, pour le compte d'une entreprise ou d'un employeur de cet Etat, un travail à caractère saisonnier dont la durée ne peut dépasser en aucun cas huit mois s'il séjourne sur le territoire dudit Etat pendant la durée de son travail; par travail à caractère saisonnier, il convient d'entendre un travail qui dépend du rythme des saisons et se répète automatiquement chaque année».

L'article 108 du règlement d'application n° 574/72 règle les justifications de la qualité de travailleur saisonnier.

Passons maintenant à l'étude du terme «membre de la famille».

Les membres de la famille

«Article 1er,f)

- i) Le terme “membre de la famille” désigne toute personne définie ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation au titre de laquelle les prestations sont servies ou, dans les cas visés à l'article 22, paragraphe 1 sous a) et à l'article 31, par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside; toutefois, si ces législations ne considèrent comme membre de la famille ou du ménage qu'une personne vivant sous le toit du travailleur salarié ou non salarié ou de l'étudiant, cette condition est réputée remplie lorsque la personne en cause est principalement à la charge de ce dernier. Si la législation d'un Etat membre ne permet pas d'identifier les membres de la famille des autres personnes auxquelles elle s'applique, le terme “membre de la famille” a la signification qui lui est donnée à l'annexe I;
- ii) Toutefois, s'il s'agit de prestations pour handicapés en vertu de la législation d'un Etat membre à tous les ressortissants de cet Etat qui satisfont aux conditions requises, le terme “membre de la famille” désigne au moins le conjoint, les enfants mineurs ainsi que les enfants majeurs à charge du travailleur salarié ou non salarié ou de l'étudiant».

La Cour a toujours distingué deux catégories de droits reliés aux personnes couvertes par le règlement n° 1408/71, les droits propres qui sont acquis à la personne concernée de par son statut de travailleur et les droits dérivés acquis en qualité de membre de la famille et survivants, elle a fait cette distinction, pour la première fois, dans l'affaire Kermaschek¹⁰⁰:

«Que, dès lors, la question se pose de savoir si et dans quelles mesures les membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat membre sont à assimiler, pour l'application du règlement n°1408/71, et notamment aux articles 67 à 70, à ces ressortissants mêmes»¹⁰¹;

¹⁰⁰ CJCE, affaire 40/76, «Slavica Kermaschek contre Bundesrat für Arbeit», du 23.11.76, recueil 1976, pp. 661ss.

¹⁰¹ CJCE, affaire 40/76, *op. cit.*, attendu 5.

«Attendu qu'aux termes de l'article 2, premier paragraphe, du règlement il s'applique aux travailleurs qui sont ou qui ont été soumis à la législation de l'un ou de plusieurs des Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants»¹⁰²;

«[...] Que cette disposition vise deux catégories nettement distinctes: les travailleurs d'une part et les membres de leur famille et leurs survivants d'autre part; qu'à titre de travailleur ne sont admis que les ressortissants d'un Etat membre, les apatrides et les réfugiés, qui sont ou qui ont été soumis au régime de sécurité sociale d'un ou de plusieurs Etat; que, tandis que les personnes appartenant à la première catégorie peuvent revendiquer les droits à prestation envisagés par le règlement en tant que droits propres, celles appartenant à la seconde catégorie ne saurait prétendre qu'aux droits dérivés, acquis en qualité de membre de la famille ou de survivant d'un travailleur, c'est-à-dire d'une personne appartenant à la première catégorie»¹⁰³;

«Que cette interprétation est confirmée par le texte du deuxième paragraphe de l'article 2, qui dispose que les travailleurs qui ne sont pas ressortissants d'un Etat membre sont néanmoins assimilés pour ce qui est des droits de leurs survivants, à condition que ceux-ci soient des ressortissants de l'un des Etats membres, ou des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres»¹⁰⁴.

Le règlement n°1408/71, La Cour l'a rappelé à plusieurs reprises, est un instrument de coordination entre les législations nationales de sécurité sociale des Etats membres. C'est donc l'interprétation propre de la législation nationale, désignée comme compétente, qui définit ce qu'est un droit propre et un droit dérivé sur son territoire.

¹⁰² *Ibid.*, attendu 6.

¹⁰³ *Ibid.*, attendu 7.

¹⁰⁴ *Ibid.*, attendu 8.

Dans l'affaire Cabanis-Issarte¹⁰⁵, la Cour limite la libre interprétation des Etats membres pour éviter de décourager la libre circulation des travailleurs et de leur famille au sein du marché intérieur:

«[...] Il y a lieu de constater que la distinction entre droits propres et droits dérivés, [...] peut avoir pour conséquence de porter atteinte à l'exigence fondamentale de l'ordre juridique communautaire que constitue l'uniformité d'application de ces règles, en faisant dépendre leur applicabilité aux particuliers de la qualification de droits propres ou de droits dérivés donnée par la législation nationale applicable aux prestations en causes, au regard des particularités du régime interne de sécurité sociale»¹⁰⁶;

«Ces particularités peuvent même conduire à ce que, en vue de l'octroi d'une pension vieillesse sous la législation d'un seul Etat membre, les droits à pension constitués au cours des périodes d'assurance ou de résidence, prises en considération pour le calcul de la pension, soient qualifiés de droits propres ou de droits dérivés selon la période considérée. Tel est le cas, [...] de Mme Cabanis-Issarte qui, sous la législation néerlandaise, a bénéficié, par rapport à certaines périodes d'assurance, de l'acquisition de droits à pension en sa qualité de membre de la famille d'un travailleur migrant et, par rapport à d'autres périodes, en tant que droit propre»¹⁰⁷;

«Il y a lieu d'ajouter que pareille distinction entre droit propre et droit dérivé a tendance à s'estomper dans les régimes nationaux de sécurité sociale, ainsi que le relève la Commission eu égard à une tendance l'universalisation de la couverture de sécurité sociale»¹⁰⁸.

Comme conclusion sur la distinction entre droits propres et droits dérivés, nous allons résumer un article de Nicole Kerschen, que nous intitulons « Les inconvénients des droits dérivés ».

¹⁰⁵ CJCE, affaire 308/93, «Bestuur van den Sociale Verzekeringsbank contre J.M. Cabanis-Issarte», du 30.04.96, recueil p. I-2097.

¹⁰⁶ *Ibid.*, attendu 31.

¹⁰⁷ *Ibid.*, attendu 32.

¹⁰⁸ *Ibid.*, attendu 33.

Les inconvénients des droits dérivés

Nicole Kerschen constate que la Commission a tendance à glisser de plus en plus vers un renforcement des droits propres au détriment des droits dérivés:

«[...] La Commission aborde quatre axes de modernisation: rendre la protection sociale plus favorable à l'emploi, adapter la protection sociale au vieillissement démographique, améliorer la protection sociale au nouvel équilibre entre les sexes, améliorer la protection sociale des migrants. [...]

Le thème de l'individualisation des droits a émergé dans le troisième axe. C'est donc la question des droits dérivés aux femmes dans le cadre du modèle des assurances sociales qui est prioritairement visée.

[...] Le thème de l'individualisation des droits s'intègre dans une réflexion sur l'adaptation des systèmes de protection sociale aux mutations de la société européenne et non dans un débat sur la déconstruction de l'Etat-Providence, voir sur la privatisation de la protection sociale [...].

Comment la Commission argumente-t-elle sa position?

La Commission prend d'abord acte de la participation active des femmes au marché du travail et elle déclare qu'il s'agit d'un phénomène irréversible qui continuera à augmenter. Elle justifie ensuite sa position d'une individualisation des droits c'est à dire le passage des droits dérivés vers les droits propres. Bien que les droits dérivés aient constitué des droits sociaux très favorables aux femmes; ils leur ont permis d'échapper à la pauvreté ils posent aujourd'hui trois problèmes majeurs:

1. Un problème d'insécurité pour les titulaires de droits dérivés

Les droits dérivés instituent une dépendance à l'égard du titulaire des droits aux prestations. En cas de rupture de la relation, les titulaires perdent leurs droits sociaux. De plus, dans de nombreux pays, seuls les épouses et les enfants peuvent bénéficier des droits dérivés, alors que la composition des ménages, les types de famille et les formes de cohabitation changent et appellent de nouvelles réponses.

2. Un problème de désincitation au travail

Les droits dérivés dissuadent les femmes à se présenter sur le marché du travail et les incitent à travailler dans l'économie informelle, sans couverture sociale propre. Leur travail n'est pas considéré comme un moyen indépendant de gagner leur vie, mais plutôt comme un complément au budget familial.

3. Un problème de justice sociale en matière de pensions

Les droits dérivés sont accordés sans contrepartie en matière de cotisation sociale. Ainsi les pensions de réversion permettent aux intéressés de bénéficier d'une pension calculée sur la base des cotisations du conjoint décédé sans que celui-ci ait eu à payer des cotisations additionnelles. Bien plus, les femmes qui n'ont jamais travaillé reçoivent une pension de survie calculée d'après la carrière et les revenus de leur conjoint décédé, qui peut-être plus élevée que celle d'une femme qui a travaillé toute sa vie pour une rémunération plus faible. En effet, les pensions vieillesse reflètent les inégalités du marché du travail. Or, les rémunérations des femmes sont de 25 à 30 % inférieures aux rémunérations des hommes. Le système actuel instaure une inégalité flagrante dans la redistribution, qui favorise les femmes mariées sans emploi aux dépens de femmes ayant exercé une activité professionnelle.

A partir de l'identification de ces trois problèmes, la Commission plaide pour une individualisation progressive des droits visant à mettre un terme à la pratique qui consiste à tenir compte des liens familiaux pour assurer la protection sociale des individus. Elle préconise un alignement de la protection sociale sur la législation régissant le contrat de travail, laquelle considère "les travailleurs comme des individus". Elle note que l'individualisation des droits est "conforme à la tendance générale vers une plus grande autonomie de l'individu". Elle précise enfin que l'individualisation dépasse les questions de sexe et qu'elle concerne aussi la relation entre parent[s] et enfant[s], "à la lumière des nouveaux modèles familiaux".

Comment la Commission envisage-t-elle la réalisation concrète de l'individualisation des droits?

Elle demande aux Etats membres d'éviter que l'individualisation des droits ne conduise à une détérioration de certaines situations.

Pour cela, il faut mettre en place “une stratégie pour encourager tous les travailleurs potentiels à participer eux-mêmes au marché du travail, plutôt que peser indûment sur les finances familiales”. Ensuite il faut aborder l’individualisation des droits différemment suivant les branches de protection sociale. Pour la Commission, l’individualisation ne pose guère de problèmes en matière de soins de santé et de chômage[...].

Depuis 1997, le thème de l’individualisation des droits n’a plus été abordé en bloc, de front, au niveau communautaire[...].

Qu’en est-il des quinze Etats membres ou plus exactement des Etats membres, qui conservent un système de protection sociale mariant droits propres et droits dérivés?

A priori, les Etats membres ne sont ni moteurs ni demandeurs en la matière. Ainsi, on n’observe aucune tendance nette dans le sens d’une individualisation progressive des droits dans les différents systèmes européens, sauf pour les pays scandinaves[...].

Mais l’Union européenne offre deux modèles d’individualisation des droits à partir desquels une réflexion peut-être entamée: d’une part, le modèle nordique du Welfare State, fondé sur des droits universels [...], et d’autre part, le modèle germanique de l’Etat social en cours d’évolution [...]¹⁰⁹.

Nous voyons deux raisons pour l’inaction des Etats membres: d’une part, une révision du système de sécurité sociale d’un pays est toujours une question politique délicate.

D’autre part, la suppression, même progressive, des droits dérivés rendrait la situation sociale des bénéficiaires qui ne travaillent pas plus que délicate. Enfin, l’individualisation des droits sociaux donne un signal de glissement vers une politique sociale plus libérale qui peut effrayer les citoyens des Etats membres. Pour ces raisons, nous pensons que les Etats européens s’en tiennent au statu quo et conservent les droits dérivés aux côtés des droits propres dans leurs législations de sécurité sociale.

¹⁰⁹ Nicole KERSCHEN, «Vers une individualisation des droits sociaux: approche européenne et modèles nationaux», *op. cit.*, pp. 218-219.

Passons maintenant au champ d'application matériel du règlement n°1408/71.

Champ d'application matériel¹¹⁰

C'est l'article 4 du règlement n° 1408/71 qui le définit:

«1. Le présent règlement s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent:

- a) Les prestations de maladie et de maternité;
- b) Les prestations d'invalidité, y compris celles qui sont destinées à maintenir ou à améliorer la capacité de gain;
- c) Les prestations de vieillesse;
- d) Les prestations de survivants;
- e) Les prestations d'accident du travail et de maladie professionnelle;
- f) Les allocations de décès;
- g) Les prestations de chômage;
- h) Les prestations familiales.

2. Le présent règlement s'applique aux régimes de sécurité sociale généraux et spéciaux, contributifs et non contributifs, ainsi qu'aux régimes relatifs aux obligations de l'employeur ou de l'armateur concernant les prestations visées au paragraphe 1.

2 bis. Le présent règlement s'applique aux prestations spéciales à caractère non contributif relevant d'une législation ou d'un régime autre que ceux qui sont visés au paragraphe 1 ou qui sont exclus au titre du paragraphe 4, lorsque ces prestations sont destinées:

- a) Soit à couvrir, à titre supplétif, complémentaire ou accessoire, les éventualités correspondant aux branches visées au paragraphe 1 points a) à h);
- b) Soit uniquement à assurer la protection spécifique des handicapés.

¹¹⁰ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., pp. 595-607.

2 ter. Le présent règlement n'est pas applicable aux dispositions de la législation d'un Etat membre concernant les prestations spéciales à caractère non contributif, mentionnées à l'annexe II section III, dont l'application est limitée à une partie de son territoire.

3. Toutefois les dispositions du titre III ne portent pas atteinte aux dispositions de la législation des Etats membres relatives aux obligations de l'armateur.

4. Le présent règlement ne s'applique ni à l'assistance sociale et médicale ni aux régimes de prestations en faveur des victimes de la guerre ou de ces conséquences »¹¹¹.

Dans notre cas d'espèces, la branche topique est celle des prestations maladies du paragraphe 1, lit. a) dont peuvent bénéficier les travailleurs et les membres de leur famille.

Cet article a fait l'objet de déclarations de la part des Etats membres lors de son adoption. L'article 5 mentionne ce complément au champ d'application du règlement n°1408/71:

«Les Etats membres mentionnent les législations et régimes visés à l'article 4 paragraphes 1 et 2, les prestations spéciales à caractère non contributif visés à l'article 4 paragraphe 2 bis, les prestations minimales visées à l'article 50 ainsi que les prestations visées aux articles 77 et 78, dans les déclarations notifiées et publiées conformément à l'article 97»¹¹².

Xavier Prétot nous rappelle les limites de l'article 4 §1 du règlement:

«Quoiqu'étendu, le champ d'application de la coordination *ratione materiae* n'est pas sans limite. Il ne s'étend pas ainsi, à l'ensemble des dispositifs propres à indemnisation des anciens combattants et

¹¹¹ C'est le règlement n° 1612/68 relatif à la libre circulation des personnes du 15.10.68, JO n° L 257 du 19.10.68, pp. 2ss qui régit l'assistance sociale pour les travailleurs migrants et leur famille.

¹¹² Pour la déclaration de l'Allemagne, cf. JO n° C 210, du 05.09.03, p.1. Pour celle des Pays-Bas, cf. JO n° C 318, du 07.11.00, p. 1.

des victimes de guerre. L'exclusion est d'importance puisqu'elle s'applique y compris aux prestations insérées dans le dispositif de Sécurité sociale, telles les règles plus favorables de calcul des pensions de vieillesse prévues par la législation française au profit des anciens prisonniers de guerre.

La seconde exclusion, de plus d'importance encore, concerne les régimes conventionnels: la coordination ne s'applique, en effet, qu'aux prestations des seuls régimes légaux. Cette exclusion s'explique aisément, eu égard à l'extrême complexité des mécanismes de protection sociale complémentaire et surcomplémentaire dans les divers Etats membres de la CEE. Elle n'est pas néanmoins sans conséquences, notamment dans le domaine de la protection contre la vieillesse, les régimes complémentaires conduisant fréquemment à une majoration certaine des avantages servis au titre du régime légal. [...] Il convient d'observer, enfin, que l'exclusivité ne joue pas à l'encontre des régimes conventionnels de substitution, autrement dit des régimes, certes, de caractère conventionnel, mais nés soit pour la mise en œuvre d'une obligation d'assurance édictée par la loi, soit pour la prise en charge d'un risque qui ne donne lieu à aucune disposition dans la législation nationale. Telle est, en France, la situation du régime d'assurance chômage, géré par les ASSEDIC, régime procédant à l'origine d'une initiative des partenaires sociaux pour la prise en charge d'un risque exclu de l'organisation de la Sécurité sociale, puis transformé en 1979 et en 1984, en un régime quasi-légal dont la convention d'assurance chômage ne détermine que les modalités d'application[...]»¹¹³.

La CJCE a précisé, notamment dans l'affaire «Alberto Paletta»¹¹⁴, les critères servant à qualifier les prestations entrant dans le champ d'application matériel de l'article 4 du règlement n°1408/71:

¹¹³ Xavier PRETOT, «La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté», *op. cit.*, pp. 568-569.

¹¹⁴ CJCE, affaire 45/90, «Alberto Paletta et autres contre Brennet AG.» du 03.06.92, recueil 1992 pp. I-3423ss.

«La distinction entre prestations exclues du champ d'application du règlement n°1408/71 et prestations qui en relèvent repose essentiellement sur les éléments constitutifs de chaque prestation, notamment ses finalités et ses conditions d'octroi, et non pas sur le fait qu'une prestation est qualifiée ou non par une législation nationale comme prestation de sécurité sociale»¹¹⁵;
«Constituent des prestations maladie au sens de l'article 4, paragraphe 1, du règlement n°1408/71 les prestations fournies par l'employeur au travailleur au titre du maintien du salaire en cas de maladie et dont le versement, jusqu'à concurrence d'une durée de six semaines, suspend le paiement des allocations journalières prévues dans la loi nationale de sécurité sociale. La circonstance que la charge financière desdites prestations incombe à l'employeur ne saurait empêcher l'inclusion de ces prestations dans le champ d'application de ce règlement, étant donné que la qualification d'une prestation en tant que prestation de sécurité sociale couverte par ce règlement ne dépend pas de son mode de financement»¹¹⁶.

Nous allons reprendre des termes du champ d'application matériel du règlement étudié, à travers leurs définitions de l'article 1, qui nous sont utiles pour la résolution de notre cas d'espèce.

Etat compétent

La notion est définie à l'article 1, lit. q):

«Le terme "Etat compétent" désigne l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve l'institution compétente»

La législation

Elle est définie à la lettre j):

¹¹⁵ CJCE, affaire 45/90, *op. cit.*, point 1 du chapeau de l'arrêt et attendu 16.

¹¹⁶ *Ibid.*, point 2 du chapeau et attendu 18.

«Le terme “législation” désigne, pour chaque Etat membre, les lois, les règlements, les dispositions statutaires et toutes autres mesures d'application, existants ou futurs, concernant les branches et régimes de sécurité sociale visés à l'article 4, paragraphes 1 et 2 ou les prestations spéciales à caractère non contributif de l'article 4, paragraphe 2 bis¹¹⁷.

Ce terme exclut les dispositions conventionnelles, existantes ou futures, qu'elles aient fait ou non l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoires ou étendant leur champ d'application. Toutefois, en ce qui concerne les dispositions conventionnelles:

- i) Servant à la mise en œuvre d'une obligation d'assurance résultant des lois des règlements visés au sous- alinéa précédent ou
- ii) Créant un régime dont la gestion est assurée par la même institution que celle qui administre les régimes institués par des lois ou des règlements visés au sous- alinéa précédent.

Cette limitation peut à tout moment être levée par une déclaration faite par l'Etat membre intéressé mentionnant les régimes de cette nature auxquels le présent règlement est applicable. Cette déclaration est notifiée et publiée conformément aux dispositions de l'article 97.

Les dispositions du sous-alinéa précédent ne peuvent avoir pour effet de soustraire du champ d'application du présent règlement les régimes auxquels le règlement n°3[58] a été appliqué.

Le terme “législation” exclut également les dispositions régissant des régimes spéciaux des travailleurs non salariés dont la création est laissée à l'initiative des intéressés ou dont l'application est limitée à une partie du territoire de l'Etat membre en cause, qu'elles aient fait ou non l'objet d'une décision des pouvoirs publics les rendant obligatoire ou étendant leur champ d'application. Les régimes spéciaux en causes sont mentionnés à l'annexe II».

¹¹⁷ Article 10 bis du règlement n° 1408/71, qui édicte les normes régissant les cas impliquant les prestations spéciales à caractère non contributif. Pour l'application de cet article, la CASSTM a édicté la décision n° 151 du 22.04.93 et la décision n° 152 du 13.05.93, JO n° L 244, du 19.09.94.

La lettre j bis) définit «le régime spécial des fonctionnaires»:

«Les termes “régime spécial des fonctionnaires” désignent tout régime de sécurité sociale qui est différent du régime général applicable aux travailleurs salariés dans les Etats membres concernés et auxquels tous les fonctionnaires ou tout le personnel assimilé ou certaines catégories d'entre eux sont directement soumis».

L'article 9 du règlement n°1408/71 édicte l'admission à l'assurance volontaire ou facultative continuée.

L'autorité compétente

Elle est définie à l'article 1 lit. l) :

«Le terme “autorité compétente” désigne, pour chaque Etat membre, le ministre, les ministres ou une autre autorité correspondante dont relèvent, sur l'ensemble ou une partie quelconque du territoire de l'Etat dont il s'agit, les régimes de sécurité sociale».

Les institutions, institutions compétentes et les institutions du lieu de résidence et de séjour

Les institutions sont définies à l'article 1 lit. n):

«Le terme “institution” désigne, pour chaque Etat membre, l'organisme ou l'autorité chargé d'appliquer tout ou une partie de la législation».

Les institutions compétentes sont définies à l'article 1, lit. o) :

«Le terme “institution compétente” désigne

- i) L'institution à laquelle l'intéressé est affilié au moment de la demande de prestations ou
- ii) L'institution de la part de laquelle l'intéressé a droit à prestations s'il résidait ou si le ou les membres de sa famille résidaient sur le territoire de l'Etat membre où se trouve cette institution ou
- iii) L'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre concerné ou
- iv) S'il s'agit d'un régime relatif aux obligations de l'employeur concernant les prestations visées à l'article 4, paragraphe 1, soit l'employeur, soit l'assureur subrogé soit, à défaut, l'organisme ou l'autorité désigné par l'autorité compétente de l'Etat membre concerné».

Les institutions du lieu de résidence et de séjour sont définies par l'article 1, lit. p):

«Les termes “institution du lieu de résidence” et “institution de lieu de séjour” désignent respectivement l'institution habilitée à servir les prestations au lieu où l'intéressé réside et l'institution habilitée à servir les prestations au lieu où l'intéressé séjourne, selon la législation que cette institution applique ou, si une telle institution n'existe pas, l'institution désignée par l'autorité compétente de l'Etat membre concerné».

La résidence

L'article 1, lit. h) définit ainsi ce terme:

«Le terme “résidence” signifie le séjour habituel».

La CJCE a précisé cette définition, qui était identique dans le règlement n°3/58, dans l'arrêt Hakenberg¹¹⁸:

¹¹⁸ CJCE, affaire 13/73, «Anciens établissements D. Angieux fils aîné et Caisse primaire centrale d'assurance maladie de la région parisienne contre Willy Hackenberg» du 12.07.73, recueil 1973, pp. 935ss.

«Par “résidence”, au sens où ce terme est utilisé par l'article 13, paragraphe 1, C, du règlement n°3[58], [...], et défini par l'article A, H, du même règlement, il faut entendre, [...] le lieu où [un représentant de commerce] a établi le centre permanent de ses intérêts et où il retourne dans l'intervalle de ses tournées»¹¹⁹.

Rodière¹²⁰ nous explique que c'est une conception familiale de la notion de «résidence» qui se dégage de l'interprétation de la Cour. Cette conception a été jugée la mieux adaptée pour l'affiliation à un système de sécurité sociale de l'intéressé et ses ayants droit.

Séjour

Cette notion est définie à l'article premier lit. i):

«Le terme “séjour” signifie le séjour temporaire».

Périodes d'assurance, d'emploi ou d'activité non salariée et de résidence

Les périodes d'assurance sont définies à l'article 1, lit. r):

«Le terme “périodes d'assurance” désigne les périodes de cotisation, d'emploi ou d'activité non salariée telles qu'elles sont définies ou admises comme périodes d'assurance par la législation sous laquelle elles ont été accomplies, ainsi que toutes périodes assimilées dans la mesure où elles sont reconnues par cette législation comme équivalant aux périodes d'assurance. Les périodes accomplies dans le cadre d'un régime spécial des fonctionnaires sont également considérées comme des périodes d'assurance».

¹¹⁹ CJCE, affaire 13/73, *op. cit.*, point 3 du dispositif.

¹²⁰ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.* p. 585.

Les périodes d'emploi ou périodes d'activités non salariées sont définies à l'article 1, lit. s):

«Les termes “périodes d'emploi” et “périodes d'activité non salariée” désignent les périodes définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies, ainsi que toutes périodes assimilées dans la mesure où elles sont reconnues par cette législation comme équivalant aux périodes d'emploi ou aux périodes d'activité non salariée; les périodes accomplies dans le cadre d'un régime spécial des fonctionnaires sont également considérées comme des périodes d'emploi».

Les périodes de résidence sont définies par l'article 1, lit. s bis):

«Le terme “période de résidence” désigne les périodes définies ou admises comme telles par la législation sous laquelle elles ont été accomplies ou sont considérées comme accomplies».

L'article 9 bis, régleme la prolongation des périodes de référence.

Prestations, pensions et rentes

Elles sont définies par l'article 1, lit. t):

«Les termes “prestations”, “pensions” et “rentes” désignent toutes prestations, pensions et rentes, y compris tous les éléments à la charge des fonds publics, les majorations de revalorisation ou allocations supplémentaires, sous réserve du titre III, ainsi que les prestations en capital qui peuvent être substituées aux pensions ou rentes et les versements effectués à titre de remboursement de cotisations».

L'article 10 régleme les conséquences d'une levée de clause de résidence sur le remboursement des cotisations.

Pour le versement de cotisations l'article 109 du règlement d'application n°574/72 édicte la procédure d'un arrangement lorsque l'employeur n'a pas d'établissement sur le territoire où se trouve le lieu d'occupation du bénéficiaire.

L'article 11 régit la revalorisation des prestations, ce sont les normes nationales de l'Etat membre compétent qui s'appliquent.

Ainsi, nous terminons la liste des définitions des termes contenus au sein des champs d'application personnel et matériel du règlement n°1408/71. Nous avons reproduit ces définitions car elles se retrouveront dans les articles topiques pour la résolution de notre cas d'espèce, dans le chapitre consacré aux prestations maladie du règlement.

Passons maintenant à une rapide présentation des articles concernant la relation existante entre le règlement et des traités internationaux.

Relations entre le règlement n°1408/71 et les traités internationaux

Les articles 6 à 8 réglementent la relation entre des conventions internationales et le règlement n° 1408/71.

L'article 6 intitulé «conventions de sécurité sociale auxquelles le présent règlement se substitue» édicte la norme suivante:

«Dans le cadre du champ d'application personnel et du champ d'application matériel du présent règlement, celui-ci se substitue, sous réserve des articles 7¹²¹, 8 et 46 paragraphe 4¹²², à toute convention de sécurité sociale liant:

¹²¹ Article 7 du règlement n°1408/71, intitulé «Dispositions internationales auxquelles le présent règlement ne porte pas atteinte»: les conventions adoptées par la conférence de l'OIT [§ 1, lit. a)] et les accords intérimaires européens du 11 décembre 1953 sur la sécurité sociale conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe [§ 1 lit.b)]. Le § 2, lit. a) et b) énumère des conventions concernant les bateliers rhénans et le personnel des transports internationaux, la lit.c) renvoie à l'annexe III du règlement concernant «les

- a) Soit exclusivement deux ou plusieurs Etats membres;
- b) Soit au moins deux Etats membres et un ou plusieurs autres Etats, pour autant qu'il s'agisse de cas dans le règlement desquels aucune des institutions de l'un de ces derniers Etats n'est appelée à intervenir».

L'article 8 intitulé «Conclusion de conventions entre Etats membres» dispose:

«1. Deux ou plusieurs Etats membres peuvent conclure entre eux, en tant que de besoin, des conventions fondées sur les principes et l'esprit du présent règlement.

2. Chaque Etat membre notifie, conformément aux dispositions de l'article 97 paragraphe 1¹²³, toute convention conclue entre lui et un autre Etat membre en vertu des dispositions du paragraphe 1».

Passons maintenant à l'étude des dispositions du règlement concernant l'assurance maladie.

institutions du lieu de résidence et les institutions du lieu de séjour».

¹²² Article 46 § 4 du règlement n°1408/71 prend en compte les dispositions de conventions internationales, lors de liquidations de prestations dans des cas concernant des pensionnaires ou des bénéficiaires de rentes sociales.

¹²³ Article 97 §1 du règlement n°1408/71 à propos de «la notification concernant certaines dispositions».

TROISIEME PARTIE

Dispositions du règlement n°1408/71 concernant la branche de sécurité sociale «maladie»

L'article 4, § 1, lit. a) du règlement n° 1408/71 énonce cette première branche de sécurité sociale du champ d'application matériel:

«1. Le présent règlement s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent:

a) Les prestations de maladie et de maternité [...]».

Les prestations maladies sont regroupées sous le titre III du règlement intitulé «dispositions particulières aux différentes catégories de prestations», chapitre I «maladie et maternité».

Dans ce chapitre nous analyserons uniquement les articles topiques pour la résolution de notre cas d'espèce parmi les dispositions 19 à 24 du règlement, contenues dans la section II du chapitre I du titre III, ainsi que les dispositions communes du chapitre I concernant les prestations dont peuvent bénéficier les travailleurs et les membres de leur famille.

Les articles 25 et 25 bis de la section III concernant les «chômeurs et leur famille», l'article 26 de la section IV concernant les «demandeurs de pensions ou de rentes et membres de leur famille», les articles 27 à 34 de la section V concernant les «titulaires de pensions ou de rentes et membres de leur famille», les articles 34 bis et 34 ter de la section V bis concernant les «personnes qui suivent des études ou une formation professionnelle et membres de leur famille», ne seront pas étudiés dans ce travail, car ils ne font que reprendre les normes développées au sein de la section II du règlement concernant les «les travailleurs salariés ou non-salariés et membres de leur famille».

Passons maintenant aux dispositions communes du titre III, chapitre premier «maladie et maternité» du règlement n°1408/71.

Dispositions communes

Le chapitre I «maladie et maternité» contient cinq articles édictant des dispositions communes à toutes les sections du chapitre. L'article 18 concernant la totalisation des périodes, l'article 23 concernant le calcul des prestations en espèces, l'article 24 concernant les prestations en nature de grande importance, l'article 35 concernant la pluralité de régime dans le pays de résidence ou de séjour, les cas d'une affection préexistante et de la durée maximale d'octroi de prestations, ainsi que de l'article 36 concernant le remboursement entre institutions.

Comme, ils sont utiles à la résolution de notre cas d'espèce, nous allons les reproduire.

Totalisation des périodes

C'est la section I de ce chapitre, intitulé «dispositions communes» qui régit la totalisation à son unique article, l'article 18:

«1. L'institution compétente d'un Etat membre dont la législation subordonne l'acquisition, le maintien ou le recouvrement du droit aux prestations à l'accomplissement de périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence, tient compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence accomplies sous la législation de tout autre Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes accomplies sous la législation qu'elle applique.

2. Les dispositions du paragraphe 1 sont applicables au travailleur saisonnier, même s'il s'agit de périodes antérieures à une interruption d'assurance ayant excédé la durée admise par la législation de l'Etat compétent, à condition toutefois que l'intéressé n'ait pas cessé d'être assuré pendant une durée supérieure à quatre mois».

La CJCE a rappelé dans l'affaire «Una Coonan»¹²⁴, notamment, que l'article 18 du règlement n°1408/71 règle la totalisation des périodes de qualification et ses conséquences, mais pas les questions préalables comme les conditions d'affiliation à un système de sécurité sociale national ou le type de régime social. Dans ce domaine, la législation de l'Etat membre d'occupation est seule compétente:

«Les articles 1, a) et 3 du règlement du Conseil n°1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté doivent être interprétés en ce sens qu'il appartient à la législation de chaque Etat membre de déterminer les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale ou à telle ou telle branche de pareil régime du moment qu'il n'est pas fait à cet égard de discrimination entre nationaux et ressortissants d'autres Etats membres»¹²⁵;

«Aucune disposition du règlement n°1408/71 n'interdit aux Etats membres de régler les conséquences d'une affiliation opérée par erreur, rien non plus ne leur interdit de prévoir des régimes distincts de sécurité sociale avec des conditions d'affiliation particulières suivant la nature des risques à couvrir ou des prestations à fournir»¹²⁶.

Ce sont les articles 15 et 16 du règlement n°574/72 qui édictent les règles de calcul concernant la totalisation des périodes d'assurance [article 15] et la procédure d'octroi de l'attestation de période d'assurance [article 16].

¹²⁴ CJCE, affaire 110/79, «Una Coonan contre Insurance Officer», du 24. 04.80, recueil 1980, pp. 1445ss.

¹²⁵ *Ibid.*, point 1 du dispositif et attendu 12.

¹²⁶ *Ibid.*, point 2 du dispositif et attendu 15.

Calcul des prestations en espèces

L'article 23 du règlement édicte les règles de calcul des prestations en espèces:

«1. L'institution compétente d'un Etat membre dont la législation prévoit que le calcul des prestations en espèces repose sur le gain moyen ou sur une base de cotisation moyenne détermine ce gain moyen ou cette base de cotisation moyenne exclusivement en fonction des gains constatés ou des bases de cotisation appliquées pendant les périodes accomplies sous ladite législation.

2. L'institution compétente d'un Etat membre dont la législation prévoit que le calcul des prestations en espèces repose sur un gain forfaitaire tient compte exclusivement du gain forfaitaire ou, le cas échéant, de la moyenne des gains forfaitaires correspondant aux périodes accomplies sous ladite législation.

3. L'institution compétente d'un Etat membre dont la législation prévoit que le montant des prestations en espèces varie avec le nombre des membres de la famille tient compte également des membres de la famille de l'intéressé qui résident sur le territoire d'un autre Etat membre, comme s'ils résidaient sur le territoire de l'Etat compétent».

Pour bénéficier des prestations en espèces les membres de la famille du travailleur concerné, résidant sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent, doivent faire parvenir à l'institution compétente, une attestation établie par l'institution du lieu de leur résidence. L'article 25 du règlement d'application édicte cette procédure.

Prestations en nature de grande importance

L'article 24 du règlement édicte les règles concernant les prestations en nature de grande importance:

- «1. Le travailleur salarié ou non salarié qui s'est vu reconnaître, pour lui-même ou les membres de sa famille, le droit à une prothèse, à un grand appareillage ou à d'autres prestations en nature d'une grande importance par l'institution d'un Etat membre avant sa nouvelle affiliation à l'institution d'un autre Etat membre bénéficie de ces prestations à la charge de la première institution même si elles sont accordées alors que ledit travailleur se trouve déjà affilié à la deuxième institution.
2. La commission administrative établit la liste des prestations auxquelles les dispositions du paragraphe 1 sont applicables».

Pluralité de régimes dans l'Etat membre de résidence ou de séjour -Affection préexistante- Durée maximale d'octroi des prestations

C'est la section VI, du chapitre sur les prestations pour maladie, intitulée «dispositions diverses», qui contient un unique article, l'article 35 du règlement regroupant plusieurs notions sous le titre «Pluralité de régimes dans l'Etat membre de résidence ou de séjour -Affection préexistante- Durée maximale d'octroi des prestations» qui édicte la norme suivante:

- «1. Sous réserve du paragraphe 2, si la législation du pays de séjour ou de résidence comporte plusieurs régimes d'assurance maladie ou de maternité, les dispositions applicables en vertu des dispositions de l'article 19, de l'article 21, paragraphe 1, des articles 22, 25, 26, de l'article 28 paragraphe 1, de l'article 29 paragraphe 1 ou de l'article 31 sont celles du régime qui relèvent les travailleurs manuels de l'industrie de l'acier. [...].
2. Si la législation du pays de séjour ou de résidence comporte un ou plusieurs régimes spéciaux, applicables à l'ensemble ou à la plupart des catégories professionnelles de travailleurs non salariés, qui accordent des prestations en nature moins favorables que celles dont bénéficient les travailleurs salariés, les dispositions applicables à l'intéressé et aux membres de sa famille, en vertu de l'article 19 paragraphe 1 sous a) et paragraphe 2, de l'article 22 paragraphe 1

sous i) et paragraphe 3, de l'article 28 paragraphe 1 sous a) ou de l'article 31 sous a), sont celles du ou des régimes déterminés par le règlement d'application visé à l'article 98 [...].

3. Si la législation d'un Etat membre subordonne l'octroi des prestations à une condition relative à l'origine de l'affection, cette condition n'est pas opposable aux personnes auxquelles le présent règlement est applicable, quel que soit l'Etat membre sur le territoire duquel ils [elles] résident.

4. Si la législation d'un Etat membre fixe une durée maximale à l'octroi des prestations, l'institution qui applique cette législation peut tenir compte, le cas échéant, de la période pendant laquelle les prestations ont déjà été servies par l'institution d'un autre Etat membre pour le même cas de maladie ou de maternité».

Dans l'affaire Klaus¹²⁷, la Cour a précisé que lorsque la législation applicable exclut le bénéfice des prestations de maladie, quand l'assuré était déjà inapte au travail au moment de son affiliation au régime établi par ladite législation, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 35, §3 du règlement n°1408/71:

«Par la première question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 35, paragraphe 3, du règlement n°1408/71 s'applique à la législation d'un Etat membre excluant, tout ou en partie, le bénéfice des prestations de maladie lorsque le travailleur était déjà inapte au travail au moment de son affiliation au régime qu'elle établit»¹²⁸ ;

«Il suffit, à cet égard, de constater que l'article 35, paragraphe 3, du règlement vise l'hypothèse où une condition relative à l'origine de l'affection est, en vertu de la législation de l'Etat compétent, opposée au travailleur ou au membre de sa famille. En revanche, il ne concerne pas l'hypothèse où, comme en l'espèce, la législation applicable subordonne le droit aux prestations de maladie à la

¹²⁷ CJCE, affaire C- 482/93, «S.E. Klaus contre Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging», arrêt de la cinquième chambre du 26.10.95, recueil 1995, pp. I- 3551ss.

¹²⁸ *Ibid.*, attendu 18.

condition que l'incapacité de travail en tant que telle n'ait pas déjà existé au moment de l'affiliation»¹²⁹;
«En conséquence, il y a lieu de répondre par la négative à la première question. [...]»¹³⁰.

Cet arrêt fournit aux caisses un outil supplémentaire pour motiver des réserves au contrat d'assurance maladie d'une personne atteinte dans sa santé au moment de son affiliation. Elles peuvent se lancer dans un subtil exercice d'interprétation, en argumentant que c'est l'incapacité au travail de l'assuré au moment de son affiliation, qui est prise en compte pour définir s'il peut bénéficier de prestations maladie ou pas et non l'origine de son affection.

Le règlement n°574/72 contient trois articles concernant l'application de l'article 35 du règlement étudié. Nous n'allons que les résumer.

L'article 32 indique aux travailleurs des mines et des établissements assimilés à quelles institutions s'adresser et quelle procédure suivre pour bénéficier des prestations maladie ou maternité.

L'article 32 bis renvoie à l'annexe 2 du règlement d'application qui énumère les régimes particuliers applicables à certains travailleurs non salariés.

L'article 33 règle la collaboration entre les institutions concernées, lors de la prise en compte de la période pendant laquelle des prestations ont déjà été servies par l'institution d'un autre Etat membre.

Remboursement entre institutions

C'est la section VII qui édicte les règles de remboursements entre institutions dans le cadre des dispositions relatives à l'assurance maladie du travailleur migrant. La section VII du 1er chapitre ne contient que le seul article 36 dont la teneur est la suivante:

¹²⁹ CJCE, affaire C- 482/93, *op. cit.*, attendu 19.

¹³⁰ *Ibid.*, attendu 20.

«1. Les prestations en nature servies par l'institution d'un Etat membre pour l'institution d'un autre Etat membre, en vertu des dispositions du présent chapitre, donnent lieu à un remboursement intégral.

2. Les remboursements visés au paragraphe 1 sont déterminés et effectués selon les modalités prévues par le règlement d'application visé à l'article 98, soit sur justifications des dépenses effectives, soit sur la base de forfaits.

Dans ce dernier cas, ces forfaits doivent assurer un remboursement aussi proche que possible des dépenses réelles.

3. Deux ou plusieurs Etats membres, ou les autorités compétentes de ces Etats, peuvent prévoir d'autres modes de remboursement ou renoncer à tout remboursement entre les institutions relevant de leur compétence».

La CASSTM a rendu une décision interprétative sur cet article: «décision n°100 du 23 janvier 1975, concernant le remboursement des prestations en espèces servies par les institutions du lieu de résidence ou de séjour pour le compte de l'institution compétente et les modalités de remboursement de ces prestations».

La CASSTM précise que les remboursements entre institutions doivent se faire de manière intégrale et dans la monnaie du pays de résidence ou du pays de séjour.

L'article 34 du règlement n°574/72 édicte la procédure à suivre lors d'un remboursement par l'institution de l'Etat membre compétent à l'institution de l'Etat membre de séjour, pour les frais que celle-ci a eu en octroyant des prestations à un assuré en séjour sur son territoire.

Pour en finir avec le thème «du remboursement entre institutions», nous allons résumer deux articles de Prodromos Mavridis, sur les craintes des Etats membres, résultant de l'obligation de rembourser des prestations octroyées dans un autre Etat membre.

Les règles de remboursement entre institutions: problèmes et déséquilibres

Dans le premier article, Mavridis nous explique que les pays de l'Union craignent pour la «Sécurité sociale en tant que service public»¹³¹.

D'une part, nous avons l'interprétation de la CJCE qui déclare que c'est une liberté fondamentale de recevoir les soins les plus appropriés à sa santé dans un espace unifié et d'autre part celle des autorités des Etats membres qui craignent un déséquilibre non négligeable aussi bien dans la planification et le financement de la sécurité sociale que chez les professionnels de la santé, si les caisses nationales, dont l'assuré bénéficiaire relève, sont obligées de rembourser les honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres:

«La poursuite d'objectifs sociaux est un élément important du développement des services publics en Europe.

C'est notamment parce que le marché n'est pas apparu susceptible de répondre à certains objectifs sociaux que les services publics se sont développés. L'accessibilité, la réduction des inégalités sont les principaux objectifs sociaux directement poursuivis. Mais au travers de ces objectifs, c'est une ambition plus large qui est visée: le renforcement du lien social, des compromis sociaux durables.

Le bon fonctionnement de la Sécurité sociale, basée sur la solidarité va dans l'intérêt de toute la société. Il est vrai que si le traité permettait de recevoir toute prestation dans tout Etat membre, cela bouleverserait complètement l'équilibre financier des organismes de Sécurité sociale dans la mesure où les patients auraient le choix du lieu où se faire soigner.

En outre, cette liberté inconditionnelle risquerait d'entraîner une atteinte massive à la planification des besoins des Etats membres et

¹³¹ Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *Droit social*, n°12, décembre 1996, pp. 1092-1093.

une surcharge de certains hôpitaux par rapport à d'autres qui sont moins utilisés. [...].

Tous les régimes de Sécurité sociale basés sur le principe de solidarité ont pour but de couvrir les assurés contre certains risques [vieillesse, invalidité, maladie...]. Ce but social justifie la contribution des assurés ou de toute la population afin de préserver l'équilibre financier de ces régimes [balance entre ressources et dépenses] [...].

Si les organismes nationaux de Sécurité sociale sont obligés de rembourser les honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres, cela provoquerait un déséquilibre non négligeable aussi bien dans la planification et le financement de la Sécurité sociale que chez les professionnels de la santé. Il pourrait porter un mauvais coup à la notion de service public»¹³².

A ces craintes, Mavridis et d'autres auteurs¹³³ répondent que le législateur communautaire n'a pas voulu mettre en danger cet équilibre, puisqu'il a respecté «le principe de territorialité qui caractérise le système de soins de santé»¹³⁴.

Pour sa part, la CJCE a constamment répété dans sa jurisprudence qu'en l'état actuel «le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale»¹³⁵. Mavridis ajoute:

«La Cour s'est d'ailleurs préoccupée de l'équilibre financier des régimes de Sécurité sociale en soulignant que le règlement n°1408/71 n'as pas pour objectif de bouleverser les modes existants d'organisation de régimes nationaux de Sécurité sociale [arrêt du 20 juin 1991, "Stanton-Newton", C-356/89, rec. P. I-3017; voir

¹³² *Ibid.*, pp. 1092-1093.

¹³³ Frans PENNINGNS, Xavier PRETOT, Jean-Claude SECHE et Nicole KERSCHEN.

¹³⁴ Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *op. cit.*, p. 1093.

¹³⁵ *Ibid.*

également arrêt du 22 avril 1993, "Levatino", C-65/92, rec. P.I-2005)¹³⁶.

Sean Van Raepenbusch souligne que la CJCE, tout comme la Commission européenne admettent les mesures nationales de restriction de la libre prestation des services par une raison impérieuse d'intérêt général. Dans l'affaire Kohll¹³⁷ notamment, la Commission estime que le risque de rupture de l'équilibre financier du système de santé national doit être réel et effectif et la CJCE a ajouté:

«Quant à la protection de la santé publique, la Cour a rappelé que, si les Etats membres disposent effectivement, en vertu des articles 56 et 66 du traité CE¹³⁸, de la faculté de limiter la libre prestation des services, à l'abri du principe fondamental de libre circulation, [point 46]»¹³⁹.

Nous pouvons également rappeler les limites de l'action communautaire dans le domaine social édicté par l'article 137, §4 TCE:

«4. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article:
Ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux Etats membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité

¹³⁶ Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *op. cit.*, p. 1093.

¹³⁷ CJCE, affaire C-158/96, «Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie», du 28.04.98, recueil 1998, pp. I-1931ss.

¹³⁸ Actuels articles 46 et 55 TCE. L'article 46 concerne l'application de législations, réglementations et décisions administratives limitant le libre établissement des ressortissants étrangers pour justes motifs. L'article 55 applique par analogie l'article 46 dans le domaine des services.

¹³⁹ Sean VAN RAEPENBUSCH, «Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du Marché intérieur», *Cahier de droit européen.*, n° 1-2, 1998, pp. 693-694.

sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier.

Ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité».

Nous pensons que le Traité de l'Union européenne a édicté suffisamment de garde-fous pour ne pas mettre en péril les systèmes nationaux de santé des Etats membres. Ces derniers ont suffisamment de normes juridiques communautaires à disposition, pour préserver l'équilibre financier de leur sécurité sociale si cela s'avère nécessaire. Chaque fois que le risque de rupture de l'équilibre financier du système de santé national est réel et effectif, les Etats membres peuvent limiter les remboursements par leurs caisses nationales des honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres en fondant ces limitations sur les articles 46, 55 et 137, §4 TCE et sur la jurisprudence de la CJCE.

De plus, nous pensons que le système d'autorisations préalables de l'article 22 du règlement n°1408/71 est un instrument normatif dont l'un des objectifs est de contrôler que l'équilibre financier des systèmes nationaux de sécurité sociale ne soit pas mis en danger par les remboursements des honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres.

Dans un second article, Prodromos Mavridis nous résume la crainte du déséquilibre financier des institutions nationales des pays du sud de l'Europe, après l'adhésion de l'Espagne et du Portugal:

«De manière générale, les dispositions financières des règlements peuvent être considérées comme équilibrées dans la mesure où elles sont appliquées entre Etats membres ayant des coûts de prestations comparables à des flux migratoires équilibrés. Toutefois, cette situation n'existe pas dans une Communauté de 15 membres dont la situation économique et le niveau de protection sociale diffèrent largement: au contraire, les disparités initiales se sont encore accrues après les derniers élargissements de la Communauté [adhésion de la Grèce, de l'Espagne et du Portugal]. L'expérience pratique des dernières années a démontré que des règles financières

appropriées à la Communauté relativement homogène des six Etats membres fondateurs sont devenues déséquilibrées par le simple fait de l'extension du champ d'application territorial des règlements.

Le système actuel de remboursement entre institutions peut aboutir à des situations injustes par rapport aux intentions initiales du législateur communautaire. Prenons le cas des pensionnés: si le titulaire d'une rente ou d'une pension [et, le cas échéant, les membres de sa famille] transfère sa résidence vers un Etat membre où il n'était jamais assuré, ce dernier est remboursé par l'Etat compétent à concurrence de montants forfaitaires, calculés sur la base de coûts moyens dans l'Etat membre de résidence. Ceci comporte l'obligation de l'Etat de résidence de rembourser l'institution de tout Etat membre qui a servi, pendant un séjour temporaire du pensionné, des prestations en nature en application de l'article 31 du règlement¹⁴⁰. Cette construction, appropriée à des situations où les coûts moyens ne diffèrent guère selon les Etats concernés, produit des effets indésirables dans tous les cas où les coûts moyens de l'Etat de résidence sont inférieurs par rapport aux coûts moyens des Etats sur le territoire des quels le pensionnaire a reçu des prestations lors d'un séjour temporaire [exemple extrême: 27, 77 Ecus au Portugal par rapport à 183, 40 Ecus en France]. Etant donné, qu'une grande partie des pensionnés ayant transféré leur résidence vers des pays du Sud préfèrent se faire soigner [au moins pour les soins importants] dans l'Etat compétent, l'Etat de résidence doit très souvent rembourser l'Etat compétent d'un montant qui dépasse largement le montant forfaitaire qu'il a reçu pour le pensionné concerné. Dans la mesure où la "migration" des pensionnés du Nord vers le Sud de la Communauté continue ou même augmente, une solution pour ce problème deviendra de plus en plus urgente. Sinon, les Etats membres dont les coûts moyens sont moins élevés, se retrouveront dans le rôle du cofinancier des coûts sanitaires pour les pensionnés qui n'ont jamais été soumis à leur législation mais qui résident sur leur territoire. Bref, un grand débat s'impose sur ces questions»¹⁴¹.

¹⁴⁰ Article 36 pour les travailleurs et les membres de leur famille.

¹⁴¹ Prodromos MAVRIDIS, «Libération des soins de santé en Europe: un

Il faudrait rechercher si la Commission européenne a fait des études relevant si les pays méditerranéens¹⁴² subissent vraiment des déséquilibres de la balance de financement de leurs systèmes de sécurité sociale, à cause des remboursements des honoraires de soins reçus dans les Etats compétents des assurés résidant dans les pays du Sud de l'Union selon le règlement n°1408/71.

Nous pensons que les nouveaux membres de l'Union, provenant de l'Est de l'Europe notamment, pourraient utiliser les arguments des Etats membres méditerranéens.

Frans Pennings propose un projet d'harmonisation du domaine de la sécurité sociale. Comme toute harmonisation, le fond commun repose sur des standards minimaux. Pennings propose que l'Union accorde une aide financière aux Etats membres tant qu'ils n'ont pas atteint ces standards minimaux:

«With the transitional nature of several national benefits in mind, it could be argued that there should be [financial] support from the EU for those systems in which the standards have not yet been reached»¹⁴³.

Peut-être que sachant qu'une aide financière communautaire est possible, en cas de déséquilibre de leur système national, les Etats membres, «riches» et «pauvres», seraient plus enclins à écouter les défenseurs de l'harmonisation du domaine de la sécurité sociale au niveau communautaire.

Ainsi nous en avons fini avec les dispositions communes du chapitre sur les prestations pour maladie, passons maintenant à la section II du chapitre I du titre III du règlement n°1408/71, intitulé «travailleurs salariés ou travailleurs non salariés et leur famille».

premier diagnostic», *Revue du Marché Unique Européen*, n°3/98, 1998, pp. 192-193.

¹⁴² Sous la notion de «méditerranéen» nous incluons la Grèce.

¹⁴³ Frans PENNING, *«Introduction to European Social Security Law» op. cit.*, p. 294.

Travailleurs salariés ou non salariés et leur famille

Les dispositions de la section II du chapitre sur l'assurance maladie, intitulée «Travailleurs salariés ou travailleurs non salariés et membres de leur famille» régleme nte l'octroi à des prestations pour maladie à des assurés qui, soit sont domiciliés hors de l'Etat compétent [articles 19 à 21], soit qui ont demandé de bénéficier de telles prestations lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat de résidence [articles 22 à 22 ter].

Sous un premier sous-titre, nous nous contenterons de reproduire la norme générale d'octroi de prestations aux assurés et aux membres de leur famille qui sont domiciliés hors de l'Etat compétent, car dans une variante 2A de notre cas d'espèce, «le membre de la famille» souffrant réside toujours dans l'Etat membre d'origine.

Sous un second sous-titre, nous étudierons les normes concernant l'octroi de prestations «maladie» lors d'un séjour hors de l'Etat de résidence, car c'est de ce type de prestations que le couple de notre cas d'espèce a demandé de bénéficier.

Travailleurs et membres de leur famille domiciliés hors de l'Etat compétent [article 19 du règlement n°1408/71]

Nous allons reproduire les règles générales d'octroi de prestations pour maladie aux assurés domiciliés hors de l'Etat compétent [article 19]. Nous allons également synthétiser l'arrêt «Ridone»¹⁴⁴, sur la portée d'un contrôle médical effectué dans l'Etat membre de résidence. Les normes concernant les travailleurs frontaliers et les membres de leur famille [article 20] et l'octroi de prestations pour maladie dans les cas de séjour ou de transfert de domicile sur le territoire de l'Etat compétent [article 21] ne seront pas développées,

¹⁴⁴ CJCE, affaire 22/86, «Giuseppe Ridone contre l'Allgemeine Ortskrankenkasse Bad Urach-Münsingen», arrêt de la troisième chambre de la Cour du 12.03.87, recueil 1987, p. 1339.

car elles n'ont pas de relation avec l'état de fait de notre cas d'espèce.

Le paragraphe 1 de l'article 19 édicte les règles pour les travailleurs et le second paragraphe les applique par analogie aux membres de la famille:

«1. Le travailleur salarié ou non salarié qui réside sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent et qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations, compte tenu, le cas échéant, des dispositions de l'article 18, bénéficie dans l'Etat de sa résidence:

a) Des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente par l'institution du lieu de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié;

b) Des prestations en espèce servies par l'institution compétente selon les dispositions de la législation qu'elle applique. Toutefois, après accord entre l'institution compétente et l'institution du lieu de résidence, ces prestations peuvent être servies par cette dernière institution, pour le compte de la première, selon les dispositions de la législation de l'Etat compétent.

2. Les dispositions du paragraphe 1 sont applicables par analogie aux membres de la famille qui résident sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent, pour autant qu'ils n'aient pas droit à ces prestations en vertu de la législation de l'Etat sur le territoire duquel ils résident.

En cas de résidence des membres de la famille sur le territoire d'un Etat membre selon la législation duquel le droit aux prestations en nature n'est pas subordonné à des conditions d'assurance ou d'emploi, les prestations en nature qui leur sont servies sont censées l'être pour le compte de l'institution à laquelle le travailleur salarié ou non salarié est affilié, sauf si son conjoint ou la personne qui a la garde des enfants exerce une activité professionnelle sur le territoire dudit Etat membre».

Les modalités d'application de cet article se trouvent aux articles 17, 18, 94 du règlement n°574/72.

L'article 17 édicte la procédure pour bénéficier de prestations en nature. L'article 18 le fait pour les prestations en espèces. L'article 94 édicte les procédures de remboursement.

Nous allons résumer l'arrêt «Ridone» dans lequel la Cour interprète la portée d'un contrôle médical effectué dans l'Etat membre de résidence.

La portée d'un contrôle médical effectué dans l'Etat membre de résidence: l'arrêt «Ridone»

Dans l'affaire 22/86, «Ridone»¹⁴⁵, la CJCE a précisé que le contrôle médical de l'article 18 du règlement d'application de l'article 19 du règlement n°1408/71, peut être fait par un médecin du lieu de résidence de l'assuré. Celui-ci n'a pas l'obligation de se déplacer sur le territoire de l'Etat compétent pour s'y soumettre.

De plus si l'autorité compétente renonce à son droit de faire contrôler l'assuré par le médecin de son choix comme le paragraphe 5 de l'article 18 lui en donne l'opportunité, elle est dès lors liée par le diagnostic du médecin du lieu de résidence.

Dans l'arrêt «Keller»¹⁴⁶, que nous développerons dans ce travail, la Cour a rappelé que la jurisprudence «Ridone» s'étend à un contrôle médical effectué dans l'Etat membre de séjour, lorsque l'état de santé d'un assuré nécessite «des soins urgents à caractère vital»¹⁴⁷.

Nous allons passer maintenant à l'analyse de l'article 22 du règlement concernant l'octroi de prestations lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat membre compétent. Cet état de fait correspond aux données de notre cas d'espèce.

¹⁴⁵ CJCE, affaire 22/86, *op. cit.*, p. 1339.

¹⁴⁶ CJCE, affaire C-145/03, «Héritiers d'Annette Keller contre Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Instituto Nacional de Gestion Sanitaria [Ingesa]», du 12.04.05, recueil 2005.

¹⁴⁷ *Ibid.*, attendus 56 et 57.

Octroi de prestations lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat de résidence (article 22 du règlement n°1408/71)

L'article 22 est une disposition centrale du règlement n°1408/71, car il édicte les règles d'octroi des prestations d'assurance maladie lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat de résidence.

Les assurés sociaux doivent bénéficier d'une autorisation préalable permettant la prise en charge des honoraires, pour soins octroyés lors de séjours temporaires en dehors du territoire de l'Etat de résidence. Nous pensons que le système d'autorisations préalables de l'article 22 du règlement n°1408/71 est un instrument normatif dont l'un des objectifs est de contrôler que l'équilibre financier des systèmes nationaux de sécurité sociale ne soit pas mis en danger par les remboursements des honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres.

Trois types de soins sont distingués au paragraphe 1 de l'article 22:

- Les «soins inopinés ou d'urgence aux expatriés», nécessitant la délivrance du formulaire E111 [lit. a)];
- Les «soins devenus nécessaires aux expatriés» nécessitant également la délivrance du formulaire E111 [lit. b)];
- Les «soins programmés à l'étranger»¹⁴⁸, nécessitant la délivrance du formulaire E112 [lit. c)].

¹⁴⁸ Les notions de «soins inopinés ou d'urgence aux expatriés», «soins devenus nécessaires aux expatriés» et «soins programmés à l'étranger» sont des termes développés par la doctrine. Le règlement n°1408/71 utilise les notions suivantes: «des prestations en nature nécessaires du point de vue médical» au §1, lit. a); «après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente, est autorisé par cette institution de retourner sur le territoire de l'Etat membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre Etat membre» au §1, lit. b) et «qui est autorisé par l'institution compétente de se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins appropriés à son état» au §1 lit. c), Nous utiliserons les notions doctrinales, plus explicites à notre avis.

Le traitement pour lequel le couple de notre cas d'espèce a demandé une autorisation préalable à l'institution compétente est du type «soins programmés à l'étranger». La délivrance du formulaire E112 lui a été refusée. Les administrations nationales pratiquent une politique de refus quasi-systématique d'autorisation préalable nécessaire à la prise en charge des coûts résultant de «soins programmés à l'étranger» de l'article 22, §1, lit. c) du règlement n°1408/71. Cette pratique est fondée sur une interprétation très stricte du paragraphe 2, deuxième alinéa du même article.

Nous allons analyser la problématique «des soins programmés à l'étranger» et la politique de délivrance du formulaire E112 par les institutions compétentes, qui est la situation correspondant à notre cas d'espèce.

Nous n'allons pas étudier «les soins inopinés ou d'urgence aux expatriés» de l'article 22, §1, lit. a) et «les soins devenus nécessaires aux expatriés» de la lit. b) car, ces cas ne correspondent pas à la problématique de ce travail.

Reprenons l'article 22:

«Article 22 du règlement n°1408/71: séjour hors de l'Etat compétent-retour ou transfert de résidence dans un autre Etat membre au cours d'une maladie ou maternité-nécessité de se rendre dans un autre Etat membre pour recevoir des soins appropriés

1. Le travailleur salarié ou non salarié qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations, compte tenu, le cas échéant, des dispositions de l'article 18¹⁴⁹ et:

a) Dont l'état vient à nécessiter des prestations en nature nécessaires du point de vue médical au cours d'un séjour sur le territoire d'un autre Etat membre, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour ou

b) Qui, après avoir été admis au bénéfice des prestations à charge de l'institution compétente, est autorisé par cette institution de

¹⁴⁹ Article réglementant la totalisation des périodes d'assurance et de résidence.

retourner sur le territoire de l'Etat membre où il réside ou à transférer sa résidence sur le territoire d'un autre Etat membre ou

c) Qui est autorisé par l'institution compétente de se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins appropriés à son état, a droit:

i) Aux prestations en nature servies, pour le compte de l'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, la durée de service des prestations étant toutefois régie par la législation de l'Etat compétent;

ii) Aux prestations en espèces servies par l'institution compétente selon les dispositions de la législation qu'elle applique. Toutefois, après accord entre l'institution compétente et l'institution du lieu de séjour ou de résidence, ces prestations peuvent être servies par cette dernière institution pour le compte de la première, selon des dispositions de la législation de l'Etat compétent.

1 bis. La commission administrative établit une liste des prestations en nature qui, pour pouvoir être servies pendant un séjour dans un autre Etat membre, requièrent pour des raisons pratiques un accord préalable entre la personne concernée et l'institution dispensant les soins.

2. L'autorisation requise au titre du paragraphe 1 sous b) ne peut être refusée que s'il est établi que le déplacement de l'intéressé est de nature à compromettre son état de santé ou l'application du traitement médical.

L'autorisation requise au paragraphe 1 sous c) ne peut être refusée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'Etat membre de résidence.

3. Les dispositions des paragraphes 1, 1 bis et 2 sont applicables par analogie aux membres de la famille d'un travailleur salarié ou non salarié.

Toutefois, pour l'application du paragraphe 1 sous a), i. et c), i. aux membres de la famille visés à l'article 19 paragraphe 2 qui résident

sur le territoire d'un Etat membre autre que celui sur le territoire duquel le travailleur salarié ou non salarié réside:

a) Les prestations en nature sont servies, pour le compte de l'institution de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si le travailleur salarié ou non salarié y était affilié. La durée du service des prestations est toutefois régie par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident.

b) L'autorisation requise au paragraphe 1 sous c) est délivrée par l'institution de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident.

4. Le fait que le travailleur salarié ou non salarié bénéficie des dispositions du paragraphe 1 n'affecte pas le droit aux prestations des membres de sa famille».

Résumons à présent les décisions administratives de la CASSTM, concernant l'interprétation de l'article 22 du règlement:

Dans sa «décision n°74 du 22 février 1973, concernant l'octroi des soins médicaux, en cas de séjour temporaire, en application des articles 22, paragraphe a) du règlement n°1408/71 [CEE] et 21 du règlement n°574/72 [CEE]», la CASSTM précise que les prestations ne seront délivrées que si les bénéficiaires présentent le formulaire E111 comme attestation décernée par l'institution compétente qui demande à l'institution du lieu de séjour pour servir les prestations, en son nom, grâce au formulaire E107.

La «décision n°138 du 17 février 1989, concernant l'interprétation de l'article 22, paragraphe 1, point c) du règlement n°1408/71 [CEE] dans le cas de transplantation d'organes ou d'autre intervention chirurgicale qui exige des analyses d'échantillons biologiques, l'intéressé ne se trouvant pas dans l'Etat membre où les analyses sont effectuées» précise l'application de l'article 22 dans des cas de certaines interventions chirurgicales exigeant des analyses biologiques.

La «décision n°163 du 31 mai 1996, concernant l'interprétation de l'article 22, paragraphe 1, point a) du règlement n°1408/71 [CEE] pour les personnes sous dialyse et les personnes sous

oxygénothérapie» précise l'application de l'article 22 dans des cas de traitements lourds tels que la dialyse.

Voyons l'interprétation de la notion de « prestations en nature » tel que l'a interprétée la CASSTM dans sa décision n°175 du 23 juin 1999:

«Décision n°175 de la CASSTM du 23 juin 1999 concernant l'interprétation de la notion de « prestation en nature » en cas de maladie ou de maternité visée à l'article 19, paragraphe 1 et 2, aux articles 22 [...]

Décision n°175 du 23 juin 1999 concernant l'interprétation de la notion de "prestation en nature" en cas de maladie ou de maternité visée à l'article 19, paragraphe 1 et 2, aux articles 22, 22 bis et 22 ter, à l'article 25, paragraphes 1, 3 et 4, à l'article 26, à l'article 28, paragraphe 1, ainsi qu'aux articles 28 bis, 29, 31, 34 bis et 34 ter du règlement [CEE] n°1408/71 du Conseil et concernant la détermination des montants à rembourser en vertu des articles 93, 94 et 95 du règlement [CEE] n°574/72 ainsi que les avances à verser en application du paragraphe 4 de l'article 102 du même règlement.

La Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants décide:

1. Les prestations de maladie ou de maternité en nature à retenir pour la détermination des remboursements visés aux articles 93, 94 et 95 du règlement [CEE] n°574/72 du Conseil sont celles qui sont considérées comme telles en vertu de la législation nationale appliquée par l'institution qui a assuré le service de ces prestations, pour autant que celles-ci puissent être acquises conformément aux dispositions de l'article 19, paragraphes 1 et 2, des articles 22, 22 bis et 22 ter de l'article 25, paragraphes 1, 3 et 4, de l'article 26, de l'article 28, paragraphe 1, et des articles 28 bis, 29, 31, 34 bis et 34 ter du règlement [CEE] n°1408/71.

2. Sont également à considérer comme des prestations en nature au sens des articles précités du règlement (CEE) n°1408/71:

a) Les prestations d'assurance dépendance en nature ouvrant droit à la prise en charge totale ou partielle, de certaines des dépenses entraînées par l'état de dépendance de l'assuré et effectuées à son

bénéfice direct, telles que les soins infirmiers et l'aide ménagère prodigués à domicile, dans les centres ou les établissements spécialisés, l'achat d'équipement de soins ou la réalisation de travaux dans le logement, et qui ont donc essentiellement pour objet de compléter les prestations en nature de l'assurance maladie afin d'améliorer l'état de santé et la qualité des personnes dépendantes;

b) Les prestations en nature ne relevant pas d'une assurance dépendance, mais ayant les mêmes caractéristiques et finalités que les prestations visées au point a), pour autant que ces prestations puissent être qualifiées de prestations de sécurité sociale en nature au sens du règlement [CEE] n°1408/71 et puissent être acquises, comme les prestations visées au point a), conformément aux dispositions des articles précités du règlement [CEE] n°1408/71.

Les prestations en nature visées aux points a) et b) sont à inclure dans les dépenses visées au point 1.[...]».

Passons maintenant au résumé des articles d'application:

Les articles 20 à 24 du règlement n°574/72 édictent les modalités d'application de l'article 22 du règlement n°1408/71.

L'article 20 concerne l'octroi des prestations en nature aux travailleurs des transports internationaux et aux membres de leur famille.

L'article 21 régit le versement de prestations en nature aux assurés ne travaillant pas dans les transports internationaux lors de maladies se déclarant lors d'un séjour dans l'Etat compétent.

L'article 22 règle le versement des prestations en nature dans les cas de «soins devenus nécessaires aux expatriés» [art.22, §1,lit.b)].

L'article 23 concerne l'octroi des prestations aux membres de la famille.

Avant d'étudier les «soins programmés à l'étranger» de l'article 22, §1, lit. c) du règlement, nous allons nous intéresser à l'arrêt «Keller»¹⁵⁰, mentionné précédemment et dans lequel la Cour a rappelé que la jurisprudence «Ridone»¹⁵¹ s'étend à un contrôle médical effectué dans l'Etat membre de séjour, lorsque l'état de

¹⁵⁰ CJCE, affaire C-145/03, *op. cit.*

¹⁵¹ CJCE, affaire 22/86, *op. cit.*

santé d'un assuré nécessite «des soins urgents à caractère vital»¹⁵². L'arrêt «Keller» interprète la portée des formulaires E111 et E112 de l'article 22, §1, lit. a) et lit. c), en cas de nécessité de soins urgents à caractère vital.

Nécessité de soins urgents à caractère vital de l'article 22, §1, lit. a) et lit. c) du règlement n°1408/71-transfert de l'assuré dans un établissement hospitalier d'un Etat tiers-portée des formulaires E111 et E112: l'arrêt «Keller»

La Cour déclare que lorsque des médecins agréés par l'institution compétente de l'Etat membre de séjour ont opté pour des raisons d'urgence vitale au transfert de l'assuré dans un hôpital situé dans un Etat tiers, l'institution compétente, qui a délivré le formulaire E111 ou E112, doit supporter la charge des prestations servies dans ce pays comme si elles avaient été octroyées dans l'Etat membre de séjour et ainsi rembourser ce dernier selon les conditions de l'article 36 du règlement:

«L'article 22, paragraphe 1, sous a), i) et c), i), du règlement n°1408/71 et l'article 22, paragraphes 1 et 3¹⁵³ du règlement n°574/72 doivent être interprétés en ce sens que l'institution compétente qui a consenti par la délivrance d'un formulaire E111 ou d'un formulaire E112, à ce que l'un de ses assurés sociaux reçoive des soins médicaux dans un autre Etat membre que l'Etat membre compétent est liée par les constatations relatives à la nécessité de soins urgents à caractère vital, effectués au cours de la période de validité du formulaire par des médecins agréés par

¹⁵² CJCE, affaire C-145/03, *op. cit.*, attendus 56 et 57.

¹⁵³ L'article 22 du règlement n°574/72 édicte la procédure de versement des prestations en nature dans les cas de «soins devenus nécessaires aux expatriés» [art.22, §1,lit.b)]. Le § 3 applique par analogie la procédure édictée aux paragraphes 1 et 2 de cet article au cas visé à l'article 22, §1, lit. c) du règlement n°1408/71 .

l'institution de l'Etat membre de séjour, ainsi que la décision de tels médecins, prise, au cours de cette même période, sur le fondement desdites constatations et de l'état des connaissances médicales du moment, de transférer l'intéressé dans un établissement hospitalier situé dans un autre Etat, ce dernier fût-il un Etat tiers. Toutefois, dans une telle situation, conformément à l'article 22, paragraphe 1 sous a), i) et c), i), du règlement n°1408/71, le droit de l'assuré aux prestations en nature servies pour le compte de l'institution compétente est soumis à la condition que, selon la législation appliquée par l'institution de l'Etat membre de séjour, celle-ci soit tenue de servir à une personne qui y est affilié les prestations en nature correspondant à de tels soins.

Dans de telles circonstances, l'institution compétente n'est en droit ni d'exiger le retour de l'intéressé dans l'Etat membre compétent aux fins de l'y soumettre à un contrôle médical ni de faire contrôler celui-ci dans l'Etat membre de séjour, ni de soumettre les constatations et les décisions susmentionnées à une approbation de sa part»¹⁵⁴.

«Dans le cas où des médecins agréés par l'institution de l'Etat membre de séjour ont opté, pour des raisons d'urgence vitale et au vu des connaissances médicales du moment, pour le transfert de l'assuré dans un établissement hospitalier situé sur le territoire d'un Etat tiers, l'article 22, paragraphe 1, sous a), i) et c), i), du règlement n°1408/71 doit être interprété en ce sens que les soins prodigués dans ce dernier Etat doivent être pris en charge par l'institution de l'Etat membre de séjour conformément à la législation appliquée par cette dernière institution, dans des conditions identiques à celles dont bénéficient les assurés sociaux qui relèvent de cette législation. S'agissant de soins figurant parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre compétent, il appartient ensuite à l'institution de ce dernier Etat de supporter la charge des prestations ainsi servies, en remboursant l'institution de l'Etat membre de séjour dans les conditions prévues à l'article 36 du règlement n°1408/71.

¹⁵⁴ CJCE, affaire C-145/03, *op. cit.*, attendu 63.

Dès lors que les soins prodigués dans un établissement situé dans un Etat tiers n'ont pas été pris en charge par l'institution de l'Etat membre de séjour, mais qu'il est établi que la personne concernée était en droit d'obtenir une telle prise en charge et que lesdits soins figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre compétent, il incombe à l'institution compétente de rembourser directement à ladite personne ou à ses ayants droit le coût de ces soins de manière à garantir un niveau de prise en charge équivalent à celui dont cette personne aurait bénéficié si les dispositions de l'article 22, paragraphe 1, avaient été appliquées¹⁵⁵.

Passons maintenant à l'étude de l'interprétation des conditions d'octroi de l'autorisation préalable par les administrations nationales des Etats membres.

L'interprétation des conditions d'octroi de l'autorisation préalable par les administrations nationales des Etats membres pour bénéficier de la prise en charge des coûts «de soins programmés à l'étranger» de l'article 22, §1, lit. c) et de la politique de quasi-refus de délivrance du formulaire E112

Les administrations nationales pratiquent une politique de refus quasi-systématique d'autorisation préalable nécessaire à la prise en charge des coûts résultant de « soins programmés à l'étranger » de l'article 22, §1, lit. c) du règlement n°1408/71. Cette pratique est fondée sur une interprétation très stricte du paragraphe 2, deuxième alinéa du même article.

La Cour retient le critère de l'efficacité du traitement du premier paragraphe, lit. c) et relève le rôle déterminant que l'article 22 attribue aux exigences médicales. Par conséquent, dès que l'institution compétente reconnaît que les soins constituent un traitement nécessaire et efficace de la maladie ou de l'affection dont l'intéressé est atteint, tout refus de l'autorisation est exclu sans réserve et pour n'importe quelle autre considération.

¹⁵⁵ CJCE, affaire C-145/03, *op. cit.*, attendu 70.

Pour la doctrine¹⁵⁶ l'autorisation préalable octroyée par l'institution compétente de l'Etat membre d'affiliation du demandeur, condition indispensable imposée par l'article 22 du règlement n°1408/71, est contraire aux articles 28 et 49 du Traité¹⁵⁷.

La Commission admet, que ces dispositions sont restrictives, sans toutefois être contraires aux règles fondamentales du Traité.

Nous allons étudier les positions de chaque acteur dont nous venons de parler.

Les «soins programmés à l'étranger» de l'article 22 du règlement n°1408/71, deux interprétations s'affrontent: «une liberté fondamentale » contre «la sauvegarde des systèmes nationaux de santé»

D'une part, nous avons l'interprétation de la CJCE qui déclare que c'est une liberté fondamentale de recevoir les soins les plus appropriés à sa santé dans un espace unifié et d'autre part celle des autorités des Etats membres qui prédisent l'effondrement des systèmes nationaux de santé aussi bien dans la planification et le financement de la sécurité sociale que chez les professionnels de la santé, si les caisses nationales, dont l'assuré bénéficiaire relève, sont obligées de rembourser les honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres.

La première étape de cet affrontement est l'interprétation des termes «soins appropriés à son état» de l'article 22, §1, lit c) du règlement n°1408/71 par la Cour dans les deux arrêts «Pierik». Cette interprétation a été jugée trop libérale par les Etats membres qui ont poussé le législateur communautaire à réviser l'article 22, paragraphe 2 du règlement.

¹⁵⁶ Prodromos MAVRIDIS, Jean-Philippe LHERNOULD et Francis KESSLER ainsi que Sean VAN RAEPENBUSCH.

¹⁵⁷ L'article 28 [ex 30] interdit les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent. L'article 49 [ex 59] interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union européenne.

Voyons cela à travers la reproduction des attendus topiques des arrêts et du résumé de deux articles de Prodromos Mavridis.

1. Interprétation de la CJCE des notions «soins appropriés à son état» de l'article 22, §1, lit. c): les arrêts «Pierik I» et «Pierik II»

La CJCE a précisé le sens qu'elle donne à ces termes dans l'affaire 117/77 «G.Pierik»¹⁵⁸:

«Que, placé dans le cadre des objectifs généraux du Traité, l'article 22 du règlement s'inscrit parmi les mesures tendant à permettre au travailleur ressortissant d'un des Etats membres de la Communauté de bénéficier, quelle que soit l'institution nationale à laquelle il est affilié ou le lieu de sa résidence, des prestations en nature servies dans tout autre Etat membre»¹⁵⁹;

«Qu'il ressort des termes "soins appropriés à son état", inscrit au paragraphe 1, c), de l'article 22, que les prestations en nature pour lesquelles l'autorisation à se rendre dans un autre Etat membre est accordée au travailleur conformément à cette disposition s'étend à tous soins susceptibles d'assurer un traitement efficace de la maladie ou de l'affection dont l'intéressé est atteint»¹⁶⁰;

«Que, dans ces conditions, peu importe de savoir si la prestation en nature dont le travailleur a besoin peut être dispensée sur le territoire de l'Etat membre de résidence, le seul fait que cette prestation correspond à des soins plus appropriés à l'Etat de santé de l'intéressé étant déterminant aux fins de l'octroi de l'autorisation visée au paragraphe 1, c), précité»¹⁶¹;

«Que si la possibilité pour le travailleur de bénéficier des prestations en nature servies dans un autre Etat membre est soumise, en vertu dudit paragraphe, à une autorisation, le pouvoir

¹⁵⁸ CJCE, affaire 117/77, «Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contre G.Pierik», du 16.03.78, recueil 1978, pp. 825ss.

¹⁵⁹ *Ibid.*, attendu 14.

¹⁶⁰ *Ibid.*, attendu 15.

¹⁶¹ CJCE, affaire 117/77, *op. cit.*, attendu 16.

de décision de l'institution compétente quant au refus d'autorisation rencontre cependant les limites dans l'exigence, voulue par le règlement, d'assurer au travailleur la possibilité de bénéficier des soins appropriés à son état de santé, dispensés dans tout Etat membre, quels que soient le lieu de sa résidence et l'Etat membre dont relève l'institution sociale à laquelle il est affilié¹⁶²;
«Qu'en prévoyant au paragraphe 2, alinéa 2, que l'autorisation "ne peut pas être refusée lorsque les soins dont il s'agit ne peuvent pas être dispensés à l'intéressé sur le territoire de l'Etat membre où il réside", l'article 22 du règlement interdit le refus d'autorisation également dans le cas où les soins dispensés dans l'Etat membre de résidence sont moins efficaces que ceux dont l'intéressé peut bénéficier dans un autre Etat membre»¹⁶³.

Dans l'affaire 182/78, «G.Pierik "2"»¹⁶⁴, la Cour a repris son argumentation de l'affaire exposée ci-dessus pour les rentiers et bénéficiaires de pensions, ainsi que pour les chômeurs.

Suite à ces deux arrêts les Etats membres ont poussé le législateur européen à réviser le second paragraphe et lui donner une optique plus restrictive pour l'octroi d'une autorisation préalable de prise en charge, par la caisse d'affiliation, des coûts de «soins programmés à l'étranger»¹⁶⁵.

Nous allons développer cela à travers la synthèse de deux articles de Prodromos Mavridis¹⁶⁶, qui nous explique comment les

¹⁶² *Ibid.*, attendu 17.

¹⁶³ *Ibid.*, attendu 18.

¹⁶⁴ Affaire 182/78, «Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland contre G.Pierick», du 03.05.79, recueil 1979, pp. 1977ss.

¹⁶⁵ Selon Jean-Philippe LHERNOULD, et Francis KESSLER, le législateur communautaire a modifié la lettre de l'article 22, § 2, du règlement n°1408/71, à la suite des jurisprudences Pierik jugées trop libérales par les Etats membres. Cf. «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *Revue de Jurisprudence Sociale*, n° 10/01, p. 751.

¹⁶⁶ Prodromos MAVRIDIS, «Libération des soins de santé en Europe: un premier diagnostic», *Revue du Marché Unique Européen*, n°3/98, 1998,

administrations nationales pratiquent une politique de quasi-refus systématique de délivrance du formulaire E112.

2. L'interprétation du texte actuel de l'article 22, §2 du règlement a renforcé le pouvoir d'appréciation des institutions compétentes

Pour Prodromos Mavridis et d'autres auteurs¹⁶⁷, l'autorisation préalable octroyée par l'institution compétente de l'Etat membre d'affiliation du demandeur, condition indispensable imposée par l'article 22 du règlement n°1408/71, est contraire aux articles 28 et 49 du Traité¹⁶⁸.

Pour ces auteurs, cela instaure également un système qui entrave la libre circulation des citoyens européens, alors que les enseignements de l'arrêt «Pierik 1» sont toujours d'actualité:

«Dans le second arrêt Pierik, la Cour réaffirme sa position, retient à nouveau le critère de l'efficacité du traitement et relève le rôle déterminant que l'article 22 attribue aux exigences médicales. Par conséquent, dès que l'institution compétente reconnaît que les soins constituent un traitement nécessaire et efficace de la maladie ou de l'affection dont l'intéressé est atteint, tout refus de l'autorisation est exclu sans réserve et pour n'importe quelle autre considération.

Il est vrai que l'interprétation de la Cour dans ces affaires se fondait non seulement sur l'article 22 §1c [inchangé aujourd'hui] mais également sur l'ancien texte de l'article 22 §2 qui énonçait que:

“L'autorisation requise au titre du paragraphe 1 alinéa c) ne peut être refusée lorsque les soins dont il s'agit ne peuvent pas être

pp. 145-196 et «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *Droit social*, n°12, décembre 1996, pp. 1086-1094.

¹⁶⁷ Jean-Philippe LHERNOULD et Francis KESSLER ainsi que Sean VAN RAEPENBUSCH.

¹⁶⁸ L'article 28 [ex 30] interdit les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent. L'article 49 [ex 59] interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union européenne.

dispensés à l'intéressé sur le territoire de l'Etat membre où il réside”.

La formule était plus souple que le texte actuel. Toutefois l'enseignement des arrêts Pierik est toujours valable: l'efficacité du traitement est le facteur déterminant pour l'octroi de l'autorisation visée au §1c. Cette efficacité du traitement est la notion clé qui limite le pouvoir discrétionnaire des institutions compétentes. Mais c'est justement cette efficacité qui a été oubliée dans la pratique administrative, à cause d'une intervention du législateur communautaire.

C'est à la suite de ces deux arrêts que le législateur a modifié l'article 22 §2 en posant des conditions plus restrictives et en renforçant le pouvoir d'appréciation de l'institution compétente¹⁶⁹.

On peut lire ce qui suit dans l'exposé des motifs du règlement n°2793/81 [considérant 1]:

“Considérant que l'expérience dans l'application des règlements n°s 1408/71 et 574/72 fait apparaître la nécessité d'apporter certaines améliorations à ces règlements; que, en conséquence, il y a lieu d'étendre le pouvoir d'appréciation que possède l'institution d'un Etat membre pour accorder ou refuser à un travailleur l'autorisation de se rendre dans un autre Etat membre en vue d'y recevoir des soins appropriés à son état de santé”.

L'actuelle rédaction pose des conditions strictes, ce qui permet aujourd'hui aux organismes de Sécurité sociale de refuser pratiquement toute demande d'autorisation préalable de se faire soigner à l'étranger.

Cependant, retenons bien en mémoire que c'est uniquement le paragraphe 2 qui a été modifié. L'article 22, §1c est toujours valable; ce qui veut dire que même aujourd'hui, cet article couvre “tous les soins susceptibles d'assurer un traitement efficace de la maladie dont l'intéressé est atteint” [selon l'arrêt Pierik].

¹⁶⁹ Selon Jean-Philippe LHERNOULD, et Francis KESSLER, le législateur communautaire a modifié la lettre de l'article 22, § 2, du règlement n°1408/71, à la suite des jurisprudences Pierik jugées trop libérales par les Etats membres. Cf. «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, p.751.

Selon la pratique administrative, cette autorisation n'est donc pas délivrée automatiquement. Loin de là. Les conditions sont draconiennes, il faut tenir compte, entre autres des éléments suivants:

le besoin de l'intéressé de recevoir des soins appropriés à son état (art. 22-1-c), qui renvoie à des critères d'ordre médical.

Le fait que les soins en cause figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat de résidence [art. 22-2], ce qui limite la délivrance de soins en fonction de considérations juridiques ou plutôt administratives de droit interne.

L'impossibilité de dispenser ces soins dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dans l'Etat membre de résidence compte tenu de l'état de santé actuel et l'évolution probable de la maladie du patient, ce qui renvoie à des éléments d'ordre médical et de disponibilité du traitement.

Le parcours du combattant de l'assuré peut se résumer ainsi:

1. Il doit consulter un médecin,
2. Il doit obtenir l'accord du médecin consulté sur le fait que ce dernier ne peut lui fournir le service requis,
3. Il doit solliciter l'accord de la caisse,
4. Il doit attendre l'aboutissement des procédures administratives.
5. Il doit recommencer les points 1 à 4 tant que l'administration ne sera convaincue que le traitement adéquat à l'état de santé dudit assuré ne peut être fourni sur le territoire de l'Etat membre de résidence¹⁷⁰.

Or, la pratique administrative aboutit, on le sait, à un refus quasi automatique de l'autorisation préalable. Ni la nécessité ni la proportionnalité de la mesure restrictive ne sont justifiées. L'obligation d'émettre l'autorisation préalable est imposée seulement lorsque les soins nécessaires à l'intéressé sont prévus par la législation de l'Etat compétent mais ne peuvent être dispensés dans un délai normal compte tenu de l'état de santé de l'intéressé et de l'évolution probable de la maladie. Pratiquement, ceci signifie que toute demande d'autorisation préalable est quasi-

¹⁷⁰ Le 5ème point a été ajouté par nous aux quatre points de l'article de Prodromos MAVRIDIS.

automatiquement rejetée, à en juger par le nombre très élevé de plaintes et de pétitions qui arrivent à la Commission et au Parlement européen¹⁷¹. De l'avis de la Commission, ces dispositions sont restrictives, sans toutefois être contraires aux règles fondamentales du Traité [réponse à la question écrite E-531/95, posée par M.A.Smith à la Commission. JO C-277/1 du 23.10.95].

Mais l'application stricte de l'article 22, §2 peut avoir d'autres conséquences beaucoup plus graves. Imaginons, par exemple, que dans une région, il n'y ait pas de service chirurgical spécialisé; le malade est intransportable dans une autre région mais tout à fait transportable dans un service spécialisé plus proche situé dans un Etat voisin. Une application stricte de l'article 22, §2 permet à l'Administration de refuser l'autorisation préalable, ce qui n'était pas le cas avec le texte antérieur à la modification de l'article 22. Ainsi l'expression "normalement nécessaire" figurant à l'article 22, §2 peut avoir des conséquences fatales pour le demandeur du formulaire E 112. En effet, l'institution compétente peut refuser ce formulaire en indiquant que le délai "normalement nécessaire" pour faire une intervention chirurgicale est de six mois. Or, si l'intervention est réalisée dans un délai d'un ou deux mois, on peut éviter des risques d'aggravation irréversibles ou une issue mortelle. Il est inconcevable aujourd'hui, dans un espace unifié, de ne pas recevoir des soins appropriés au motif que l'Administration applique strictement et uniquement le paragraphe 2 de l'article 22. Cet article, tel qu'interprété dans la pratique, restreint la libre prestation des services dans la mesure où il donne le pouvoir à l'institution compétente de refuser aux intéressés le droit de recevoir des soins appropriés à son état de santé.

Cependant, l'article 22, §1 est toujours valable; ce qui signifie qu'il couvre actuellement "tous les soins susceptibles d'assurer un traitement efficace de la maladie dont l'intéressé est atteint" selon les termes utilisés par la Cour dans l'arrêt Pierik. Autrement dit, la

¹⁷¹ MAVRIDIS nous apprend que selon «L'Européen» du 22.04.98, seulement 17 autorisations préalables pour «soins programmés à l'étranger» [formulaire E 112] ont été accordées en France pour l'année 1996.

notion de traitement plus efficace à laquelle la Cour fait référence dans l'arrêt précité devrait guider les solutions. L'efficacité du traitement est et demeure le fait déterminant pour obtenir le formulaire E112.

La pratique administrative qui consiste à refuser systématiquement le formulaire E112, sans tenir compte de la nécessité ou de la proportionnalité d'une mesure nationale, contrarie les règles du traité garantissant la libre circulation des produits et la prestation des services. Cette pratique se limite à interpréter uniquement l'article 22, §2 du règlement, tel que modifié mais elle ne tient pas compte de l'efficacité du traitement prévue par le paragraphe 1er du même article auquel la jurisprudence *Pierik* donne une grande importance»¹⁷².

Donc, suite à la modification de l'article 22, §2 du règlement n°1408/71, il est devenu pratiquement impossible aux citoyens européens d'obtenir un formulaire E112, afin de pouvoir se faire rembourser les prestations octroyées, lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat membre compétent. Comme l'a écrit Mavridis: «l'expression "normalement nécessaire" figurant à l'article 22, §2 peut avoir des conséquences fatales pour le demandeur du formulaire E 112»¹⁷³, en effet, nous pensons que ce dernier peut renoncer au déplacement, hors de l'Etat membre compétent, sachant qu'il ne pourra pas payer les honoraires du traitement adéquat à son état de santé. Il ne s'agit plus d'une restriction à la libre circulation des personnes, des produits ou à la libre prestation des services, mais une mise en danger de la vie humaine, notamment dans des situations comme celle de notre cas d'espèce, où nous nous trouvons en présence d'erreurs répétées de diagnostic en plus de l'urgence due à l'état de santé du patient. Dans ce cas l'arrêt *Pierick 1* s'applique pleinement, puisque «l'article 22 du règlement interdit le refus d'autorisation également dans le cas où les soins dispensés dans l'Etat membre de résidence sont moins

¹⁷² Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *op. cit.*, pp. 1093-1094.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 1093.

efficaces que ceux dont l'intéressé peut bénéficier dans un autre Etat membre.»¹⁷⁴, alors une autorisation préalable basée sur l'article 22, §1, lit. c) doit lui être accordée, pour qu'il puisse bénéficier de «soins appropriés à son état»¹⁷⁵.

La CJCE, consciente que les pratiques nationales sont trop restrictives, a contourné le dispositif d'autorisation préalable du règlement n°1408/71.

Réaction de la CJCE aux pratiques administratives nationales trop restrictives basées sur l'article 22, paragraphe 2, alinéa 2 du règlement n°1408/71

Prodromos Mavridis, Jean-Philippe Lhernould et Francis Kessler ainsi que Sean Van Raepenbusch ont tous écrit sur ce sujet, nous allons synthétiser et combiner leurs analyses.

1. Quant aux soins ambulatoires: les arrêts «Decker» et «Kohll»

Prodromos Mavridis nous résume les faits de ces deux arrêts, dont les jugements ont été rendus simultanément le 28 avril 1998:

«La première affaire [Decker]¹⁷⁶, concerne l'achat de lunettes à verres correcteurs prescrites à Luxembourg, mais achetées en Belgique. La caisse a refusé de rembourser la facture au motif que les lunettes étaient achetées à l'étranger sans autorisation préalable. La question posée à la Cour est celle de savoir si ce refus est compatible avec l'article 30¹⁷⁷ du traité qui assure la libre circulation des marchandises dans l'espace communautaire. La

¹⁷⁴ CJCE, affaire 117/77, *op.cit.*, attendu 18.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ CJCE, affaire C-120/95, «Nicolas Decker contre Caisse de maladie des employés privés», du 28.04.98, recueil 1998, pp. I-1831ss.

¹⁷⁷ Actuel article 28 TCE.

deuxième affaire [Kohll]¹⁷⁸ concerne le refus de l'institution compétente luxembourgeoise d'octroyer l'autorisation préalable pour obtenir un traitement orthodontique en Allemagne. La juridiction de renvoi demande à la Cour si les articles 59 et 60¹⁷⁹ du traité s'opposent à ce refus. La caisse fait valoir que la réglementation critiquée est conforme au règlement n°1408/71 et est justifiée par des raisons impératives: éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier; maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous; maintenir une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national [point 37 et suivants].

Deux conditions supplémentaires doivent être réunies pour que la libre prestation des services ne soit pas violée: la réglementation nationale doit être objectivement nécessaire à la fin poursuivie et le résultat ne doit pas être obtenu par des règles moins contraignantes¹⁸⁰.

Jean-Philippe Lhernould et Francis Kessler nous résument les décisions de la Cour:

«Elle a jugé que l'autorisation préalable nécessaire pour la prise en charge des soins par la caisse d'affiliation était contraire aux règles communautaires du traité CE instituant la libre circulation des services [en l'occurrence des soins ambulatoires] et la libre circulation des marchandises [à l'occasion d'achat de lunettes].

¹⁷⁸ CJCE, affaire C-158/96, «Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie», du 28.04.98, recueil 1998, pp. I-1931ss.

¹⁷⁹ Actuels articles 49 et 50 TCE. L'article 49 interdit les restrictions à libre prestation des services. L'article 50 définit les prestations considérées comme des services selon l'interprétation autonome du Traité.

¹⁸⁰ Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *op. cit.*, p. 1086. Egalement Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, p. 752.

L'article 22 du règlement n°1408/71 n'ayant pas été invalidé par les arrêts Decker et Kohll»¹⁸¹.

Pour Sean Van Raepenbusch, la CJCE se contente d'une interprétation littérale de l'article 22 du règlement n°1408/71, pour ne pas se placer en porte-à-faux avec le Traité:

«A cet égard, la Cour s'en tiendra à une lecture littérale de l'article 22 du règlement: cet article régit uniquement la question de la prise en charge des soins de santé exposés en dehors du territoire de l'Etat compétent, et ce selon les dispositions de la législation de l'Etat de séjour dans lequel les prestations sont servies: "interprétée à la lumière de son objectif, [elle] n'a pas pour objet de réglementer et, dès lors, n'empêche nullement le remboursement par les Etats membres, aux tarifs en vigueur dans l'Etat compétent, des produits médicaux achetés dans un autre Etat membre, même en l'absence d'autorisation préalable" [arrêt Decker point 29] ou "des frais engagés à l'occasion de soins fournis dans un autre Etat membre, même en l'absence d'autorisation préalable" [arrêt Kohll point 27]. La Cour aurait pu adopter une approche différente, en estimant que l'article 22 du règlement n°1408/71 comportait des dispositions impératives, contraignant les caisses nationales à rembourser les soins de santé exclusivement selon les tarifs en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel les prestations ont été effectuées. En suivant cette approche, la Cour aurait inmanquablement été amenée à devoir apprécier la validité de cet article au regard des règles du traité, en ce qu'il n'aurait pas permis de rembourser des soins ou des coûts de produits médicaux selon les tarifs en vigueur dans l'Etat compétent. On comprend que la Cour ait choisi une interprétation de la disposition de droit dérivé qui ne la plaçait pas en porte-à-faux avec les règles du traité»¹⁸².

181 Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, p. 751.

182 Sean VAN RAEPENBUSCH, «Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence

Sur cette interprétation de l'article 22 que la Cour a donnée dans cet arrêt, Mavridis constate:

«[...] D'ailleurs, il est généralement accepté qu'elle se montre plus sévère à l'égard des mesures nationales qu'à l'égard des actes adoptés par le législateur communautaire»¹⁸³.

Pour Jean-Philippe Lhernould et Francis Kessler, les arrêts «Decker» et «Khol» ont créé «la procédure prétorienne [fondée sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises] sans autorisation préalable avec remboursement à l'assuré par l'Etat d'affiliation selon les tarifs fixé par cet Etat»:

«Il existe dorénavant deux voies permettant à un assuré social d'obtenir la prise en charge de soins programmés à l'étranger: la procédure d'autorisation préalable de l'article 22, avec prise en charge par l'Etat d'affiliation selon les tarifs de l'Etat où les soins sont prodigués; la procédure prétorienne [fondée sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises] sans autorisation préalable avec remboursement à l'assuré par l'Etat d'affiliation selon les tarifs fixé par cet Etat»¹⁸⁴.

Suite à ces deux arrêts, la question qui se posait était de savoir si, par extension, les soins hospitaliers devaient être soumis aux règles d'intégration économique en étant qualifiés de « services » au sens de l'article 50 TCE.

sociale du Marché intérieur», *op. cit.*, pp. 689-690.

¹⁸³ Prodromos MAVRIDIS, «Libération des soins de santé en Europe: un premier diagnostic», *op. cit.*, p. 155.

¹⁸⁴ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, pp. 751-752.

C'est à l'occasion des affaires «Vanbraeckel» et «Geraets-Smits», que la CJCE a répondu à cette question.

2. Quant aux soins hospitaliers au regard de la notion communautaire de services: les arrêts «Vanbraeckel» et «Geraets-Smits»

Les jugements de ces deux affaires ont été rendus simultanément, le 12 juillet 2001. Nous allons reprendre l'analyse de Jean-philippe Lhernould et Francis Kessler¹⁸⁵ de ces arrêts:

« A la suite des arrêts Decker et Kroll relatifs à des soins ambulatoires, la question qui se posait était de savoir si, par extension, les soins hospitaliers devaient être soumis aux règles d'intégration économique en étant qualifiés de "services" au sens de l'article 50 CE. La réponse de la CJCE est sans ambiguïté: l'ensemble des activités médicales relève par principe du domaine de la libre prestation des services, que les soins soient dispensés dans un cadre hospitalier ou hors de ce cadre. [Geraets-Smits point 53, Vanbraeckel point 41]»¹⁸⁶.

L'apport intéressant de l'affaire C-368/98, «Vanbraeckel»¹⁸⁷ c'est l'interprétation de la Cour de l'article 49 CE, qui oblige l'institution compétente de rembourser un assuré, dont les frais ont été remboursés selon les dispositions de sécurité sociale du lieu de séjour, de la différence en sa faveur, qu'il aurait obtenue s'il avait été hospitalisé sur le territoire de l'Etat membre d'affiliation.

Un assuré a introduit une demande d'autorisation, pour se rendre sur le territoire d'un autre Etat Membre pour recevoir des soins appropriés, fondée sur l'article 22, §1, lit. c) du règlement

¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 752-754.

¹⁸⁶ *Ibid.*, 752.

¹⁸⁷ CJCE, affaire C-368/98, «Abdon Vanbraeckel et autres contre Alliance nationale des mutualités chrétiennes [ANMC]» du 12.07.01, recueil 2001, pp. 5363ss.

n°1408/71. L'autorité compétente a refusé de la lui accorder. Le caractère non fondé de ce refus est établi ultérieurement. La Cour a jugé que l'assuré a droit au «remboursement d'un montant équivalent à celui qui aurait été supporté par l'institution du lieu de séjour conformément aux règles prévues par la législation qu'applique cette dernière, si l'autorisation avait été dûment délivrée dès l'origine»¹⁸⁸.

Lhernould et Kessler nous expliquent que la Cour a procédé en deux étapes, d'abord, elle a examiné si l'article 22 du règlement n°1408/71 peut répondre à la demande de l'assuré:

«[...]l'article 22 ne permettait pas de répondre à la demande de l'assuré, cet article ne prescrivant ni n'interdisant la prise en charge d'un remboursement complémentaire par l'Etat d'affiliation [point 37], elle porte les débats sur l'ex-article 59 du traité. [...]»¹⁸⁹.

«[...]L'article 59 [devenu 49] du Traité doit être interprété en ce sens que, si le remboursement des frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans un Etat Membre de séjour, qui résulte de l'application des règles en vigueur dans cet Etat est inférieure à celui qui aurait résulté de l'application des règles en vigueur dans l'Etat Membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordée à l'assuré social par l'institution compétente»¹⁹⁰.

Pour Lhernould et Kessler, le jugement de la Cour est très favorable aux assurés sociaux:

«[...]Elle contribue à l'abolition des frontières dans le domaine de la prise en charge des frais de soins hospitaliers: un Etat ne pourra

¹⁸⁸ CJCE, affaire C-368/98, *op. cit.*, deuxième paragraphe du point 1 du chapeau de l'arrêt.

¹⁸⁹ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, p. 753.

¹⁹⁰ CJCE, affaire C-368/98, *op. cit.*, attendu 53.

plus appliquer une minoration de remboursement en prenant prétexte d'une prise en charge moins favorable dans le pays où les soins sont prodigués.

L'arrêt Vanbraeckel illustre également la tendance de la Cour à interpréter strictement les dérogations au principe de la libre circulation des services formulées dans l'arrêt Kohll. En effet, la Cour ne retient pas l'existence "d'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale pouvant constituer une raison impérieuse d'intérêt général" ou de "raison de santé publique" et encore moins la nécessité du "maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national, essentiel pour la santé publique, voire même, pour la survie de sa population". On ne voit d'ailleurs pas comment une de ces justifications aurait pu être admise. Dans la mesure où il était simplement demandé par l'assuré que soit fait application de la réglementation de son Etat d'affiliation»¹⁹¹.

Lhernould et Kessler nous expliquent que la CJCE ne traite pas les soins hospitaliers de la même manière que les soins ambulatoires.

Dans l'arrêt «Geraets-Smits»¹⁹², la Cour considère que l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière, par le système national de sécurité sociale, des soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable, au regard de la particularité de ce type de soins:

«Dans l'arrêt "Geraets-Smits" le juge communautaire est invité à dire si la législation néerlandaise, qui subordonne la prise en charge des soins hospitaliers dans un autre Etat membre à une autorisation

¹⁹¹ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, p. 753.

¹⁹² CJCE, affaire 157/99, «B.S.M. Smits, épouse Geraets, contre Stichting Ziekenfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen» du 12.07.01, recueil 2001, pp. I-5473ss.

préalable, est conforme aux ex-articles 59 et 60 du traité [devenus 49 et 50 CE]. A titre liminaire, la Cour affirme que le principe même de la législation néerlandaise est une restriction à la libre prestation des services [points 65 à 69], il restait à déterminer si l'obstacle pouvait être objectivement justifié.

Sur le principe, la réponse est positive. La Cour retient trois justifications possibles [figurant déjà dans l'arrêt Kholll précité, point 37 et suivants]: éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier [point 72]; maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous [point 73]; maintenir une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national [point 74].

Deux conditions supplémentaires doivent être réunies pour que la libre prestation des services ne soit pas violée: la réglementation nationale doit être objectivement nécessaire à la fin poursuivie et le résultat ne doit pas être obtenu par des règles moins contraignantes [point 75].

A la lumière de ces justifications possibles, la Cour considère que l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale des soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable, au regard de la particularité de ce type de soins [points 76 à 82].

Les soins hospitaliers ne sont pas traités de la même manière que les soins ambulatoires, pour lesquels l'autorisation préalable a été jugée contraire à la libre prestation de services et à la libre circulation des marchandises [voir CJCE Decker et Kholll précités]. Mais les Etats membres ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des conditions de délivrance de l'autorisation préalable pour des soins hospitaliers. Les conditions sont encadrées par la Cour de justice et, de par leur généralité, devraient valoir pour tous les systèmes nationaux de soins de santé hospitaliers:

1. Concernant les catégories de soins qui peuvent faire l'objet d'une autorisation préalable, si le droit communautaire n'a pas de compétence pour contraindre un Etat membre à étendre la liste des prestations médicales prises en charge par son système de

protection sociale [point 87], cette liste doit être établie selon des critères objectifs non discriminatoires et connus à l'avance, de sorte que le pouvoir d'appréciation des autorités nationales ne soit pas exercé de manière arbitraire [point 90].

Dans la mesure où les critères appliqués doivent être indépendants du lieu où les soins sont accomplis afin de satisfaire les exigences de la libre prestation des services [point 95], une législation nationale qui choisirait comme critère le fait que le traitement soit "usuel" devra prendre en compte non pas les traitements habituellement pratiqués sur le territoire national, mais l'ensemble des traitements éprouvés et validés par la science médicale internationale.[...] Nul doute que la même question se posera pour les soins ambulatoires.

2. Concernant l'appréciation de la nécessité du traitement envisagé, l'autorisation préalable ne peut-être valablement refusée à un assuré social que lorsqu'un traitement identique ou présentant le même degré d'efficacité peut être obtenu en un temps opportun auprès d'un établissement avec lequel la caisse maladie de l'assuré a conclu une convention [point 103].

Ce travail d'appréciation devra tenir compte non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée, mais aussi de ses antécédents [point 104].

Cette seconde condition, qui érige en principe l'interdiction du refus de l'autorisation préalable, marque un point de départ d'une ouverture des frontières européennes en faveur des patients qui, victimes de l'insuffisance de leur système national de soins hospitaliers, attendent d'être soignés dans des délais déraisonnables.

On pense ici tout particulièrement aux personnes couvertes par le NHS britannique, pour qui l'arrêt Geraets-Smits pourrait constituer une planche de salut. En vérité, le gouvernement britannique lui-même paraît également soulagé par cette décision, qui pourrait permettre de trouver une issue rapide à un engorgement qui paraissait impossible à réduire à court terme par des solutions internes. [...]

Il est clair que sur les bases de cette jurisprudence, et en soutien à l'article 22 §2 du règlement n°1408/71, qui n'est guère respecté par les Etats membres, les soins hospitaliers à l'étranger devraient se

développer pour les assurés sociaux de tous les systèmes nationaux de santé, qui chacun accumulent des listes d'attente pour des types de soins particuliers.

In fine, et concernant [...] la réglementation communautaire, on observera que les arrêts Geraets-Smits et Vanbraeckel, ajoutés aux arrêts Decker et Kohll, rendent encore plus nécessaire la révision de l'article 22 du règlement n°1408/71 censé régler la question des soins programmés à l'étranger. On note en effet que l'intérêt de la complexe procédure d'autorisation, imaginée par le législateur communautaire et figurant dans cet article 22 du règlement n°1408/71, se trouve réduit d'autant par cette nouvelle série de décisions: non seulement la procédure réglementaire est largement contournée par l'arrêt Geraets-Smits [qui s'ajoute aux arrêts Decker et Kohll], mais en plus, même lorsque l'article 22 est appliqué, les conditions financières de la prise en charge des soins sont corrigées par les articles 49 et 50 CE [arrêt Vanbraeckel].

Il n'est pas de bonne politique juridique que deux procédures reposant sur des mécanismes distincts continuent à subsister, la Cour de justice suppléant l'inertie du législateur communautaire dans des décisions [surtout l'arrêt Geraets-Smits] qui ont toutes les apparences d'arrêts de règlement. Il conviendrait donc, dans un proche avenir, de modifier l'article 22 du règlement n°1408/71, tant pour inscrire le droit des assurés sociaux à obtenir sans autorisation préalable la prise en charge des soins ambulatoires dans un autre Etat membre [avec peut-être pour seule réserve fondée sur les risques de déséquilibre financier, l'hypothèse où les soins ne sont pas dans la nomenclature de l'Etat d'affiliation], que pour fixer les conditions d'autorisation préalable des soins hospitaliers.

En attendant cette réforme incertaine, puisqu'elle exige l'unanimité de tous les Etats membres, d'autres questions ne vont pas manquer de se poser devant les juges: lorsque les soins auront été prodigués en dehors du cadre de l'autorisation préalable, les assurés sociaux pourront-ils sur le fondement des articles 49 et 50 CE, réclamer un complément de remboursement à leur caisse d'affiliation si les soins sont mieux remboursés par l'Etat de séjour? Comment une caisse calculera-t-elle le remboursement des soins hospitaliers autorisés [voire de soins ambulatoires] sur le fondement

de l'article 49 CE lorsque ces soins n'existeront pas dans la nomenclature des soins des actes pris en charge par les services de l'Etat d'affiliation?

Autant de questions qui indiquent que le sujet n'est pas épuisé, et devrait susciter de très nombreuses réactions institutionnelles, au regard des enjeux financiers et structurels qu'il engage pour les régimes nationaux de soins de santé»¹⁹³.

Nous sommes d'accord avec les conclusions de Lhernould et Kessler, cette série d'arrêts donne des outils aux assurés pour contester un refus d'octroyer une autorisation préalable basée sur l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71 par une institution compétente de l'Etat membre de résidence. Mais la Cour n'a pas invalidé l'article 22 du règlement, donc les administrations nationales continueront leur politique de refus quasi-systématique des autorisations préalables pour bénéficier de «soins programmés» lors d'un séjour hors de l'Etat d'affiliation.

De plus, nous pensons que le recours à la voie judiciaire ne garantit pas à 100% la prise en charge de «soins programmés» lors d'un séjour hors de l'Etat membre de résidence. Même si les décisions de la CJCE, que nous venons d'étudier, ont fait jurisprudence, il y aura des cas où les restrictions à la libre circulation des personnes, des produits et la libre prestation des services seront justifiées. Dans ces cas, les assurés seront doublement perdants. Dans un premier temps, ces derniers se verront refuser leurs requêtes par une administration nationale. Dans un second temps, très éloigné du premier, la CJCE jugera que ces refus étaient justifiés au regard du droit communautaire. Face à cette incertitude liée à tout jugement, ajoutée à la lourdeur de la procédure dans son ensemble, nous pensons que la majorité des personnes renoncera à recourir contre ces refus. Ces assurés vont se résoudre à attendre qu'un traitement adéquat à leur état de santé leur soit fourni sur le territoire de l'Etat membre de résidence.

¹⁹³ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, pp. 752-753.

Dans des cas concernant des soins ambulatoires, notamment pour l'achat d'accessoires, par exemple des lunettes comme dans l'affaire «Decker», nous pensons qu'une partie des assurés renoncera également à recourir, tant que la dépense sera jugée acceptable. Peut-être que des gens confrontés à des traitements lourds, comme dans notre cas d'espèce, opteront pour la contestation de la décision administrative plus facilement.

Notre avis à propos de la voie judiciaire que la Cour a ouverte aux assurés pour contester le refus de délivrance du formulaire E112, s'aligne notamment sur celui de Prodromos Mavridis:

«Faut-il pour autant s'alarmer? La réponse devrait être négative. Mais un droit social d'origine jurisprudentielle est forcément instable et limité dans sa portée»¹⁹⁴.

Lhernould et Kessler l'ont également souligné, la CJCE sera submergée de questions auxquelles les arrêts mentionnés n'ont pas répondu, donc la problématique liée à l'application de l'article 22 du règlement n°1408/71 reste ouverte.

Prodromos Mavridis a clairement exprimé son opinion sur ce sujet:

«En tout état de cause, il est temps de finir avec les cacophonies interprétatives; l'unité des notions s'impose plus que jamais dans l'espace juridique européen. [...]

Il est donc essentiel que les responsables politiques de l'Union européenne définissent ce que doit être le modèle social européen»¹⁹⁵.

La réaction institutionnelle souhaitée par tous les auteurs que nous avons mentionnés, est-elle matérialisée par la création de la

¹⁹⁴ Prodromos MAVRIDIS, «La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne», *Cahier de droit européen*, n° 5-6, 2002, p. 677.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 676-677.

carte d'assurance maladie européenne et l'adoption du règlement n°883/2004?

Réactions du législateur communautaire: la création de la carte européenne d'assurance maladie et l'adoption du règlement n°883/2004

La carte européenne d'assurance maladie a été créée par le Conseil européen, réuni à Barcelone les 15 et 16 mars 2002, pour remplacer plusieurs formulaires que l'assuré devait remplir et transmettre à l'institution du lieu de séjour, chaque fois qu'il quittait le territoire de l'Etat membre compétent ou celui de sa résidence. Cela s'est concrétisé avec l'adoption du règlement n°631/2004¹⁹⁶. A ces fins, ce règlement modifie plusieurs articles du règlement n°1408/71.

Le règlement n°883/2004 qui va abroger le règlement n°1408/71, lorsque son règlement d'adoption sera édicté, contient un article 20 intitulé «déplacement aux fins de bénéficier de prestations en nature. Autorisation de recevoir un traitement adapté en dehors de l'Etat de résidence» qui remplacera l'article 22, §1, lit. c) du règlement actuel.

Voyons d'abord si la carte européenne d'assurance maladie peut résoudre notre problématique: c'est à dire permettre la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger» par la caisse maladie d'affiliation ou plus simplement, la carte européenne d'assurance maladie remplace-t-elle le formulaire E112?

1. La carte européenne d'assurance maladie

L'article 1 de la décision n°189 de la CASSTM «visant à remplacer par la carte européenne d'assurance maladie les formulaires nécessaires à l'application des règlements du Conseil [CEE] n°1408/71 et [CEE] n°574/72 en ce qui concerne l'accès aux soins pendant un séjour temporaire dans un autre Etat membre autre que

¹⁹⁶ Règlement n° 631/ 2004 du 31 mars 2004, JO n° L 100 du 06.04.04, pp. 1ss.

l'Etat compétent ou de résidence» fixe les objectifs de la Carte européenne d'assurance maladie.

«La carte européenne de d'assurance maladie [ci-après dénommée «la carte d'assurance maladie»] remplacera progressivement les formulaires prévus par les règlements [CEE] n°1408/71 et [CEE] n°574/72 pour pouvoir bénéficier de la prise en charge des soins de santé lors d'un séjour temporaire dans un Etat membre autre que l'Etat compétent ou de résidence. Les différentes étapes du remplacement de ces formulaires feront l'objet de décisions successives de la commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants»¹⁹⁷.

Dans l'annexe 2 de la note 376/03 de la CASSTM, intitulée «Droits et obligations des titulaires des cartes européennes d'assurance maladie ou des documents équivalents suite à la modification des articles 22, §1 A), 25 §1 A) et 31 §1 A)», le point 6 précise les droits qui ne sont pas ouverts avec la carte:

«Le titulaire d'une carte européenne ne peut en principe exiger la prise en charge par le régime d'assurance maladie à laquelle il est

¹⁹⁷ La décision n°190 concerne les caractéristiques techniques de la carte, elle fixe le modèle et les spécifications uniformes de la carte ainsi que du certificat provisoire de remplacement de la carte, JO n° L 276, 27.10.03. La décision n°191 organise concrètement le remplacement des formulaires E 111 et E 111B par la carte européenne d'assurance maladie à compter du 1er juin 2004 et prévoit la possibilité d'un déploiement progressif de la carte ainsi que des périodes transitoires jusqu'au 31 décembre 2005, JO n° L 276, 27.10.03.

La décision n° 197 différencie les Etats membres qui distribuent la carte européenne au plan national de ceux qui la distribuent par étapes et de ceux qui bénéficient d'une période transitoire. L'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg et la Suède délivreront la carte à la demande des assurés dès le 1er juin 2004, JO L 343 du 19.11.04, pp. 28ss.

affilié, des soins qui vont au-delà de ce qui est médicalement nécessaire pendant la durée d'un séjour temporaire.

Ainsi la carte européenne d'assurance maladie ne couvre pas les cas où la personne s'est rendue dans un autre Etat membre en vue d'obtenir un traitement médical. En effet, si la personne assurée se rend dans un autre Etat membre dans le seul but d'y recevoir des soins médicaux, le coût de ces soins [est] pris en charge, dans le cadre du règlement 1408/71, par l'institution compétente d'assurance maladie seulement si cette institution a donné son autorisation [formulaire E112]».

La carte européenne d'assurance maladie ne remplace donc pas le formulaire E112 nécessaire pour bénéficier de «soins programmés à l'étranger». Le Conseil n'a pas inclus ce dernier dans le champ d'application matériel de la carte.

A notre avis, un tel choix est motivé par la volonté du Conseil européen de ne pas soumettre les Etats membres aux aléas d'un recours devant la CJCE. En effet si le formulaire E112 est remplacé par la carte européenne d'assurance maladie, les institutions compétentes devront recourir contre les demandes de prises en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger» a posteriori.

Ce serait les administrations nationales d'affiliation qui devraient se lancer dans de longues procédures judiciaires pour contester l'obligation de rembourser les «soins programmés à l'étranger», comme les assurés déboutés peuvent le faire actuellement.

Les institutions compétentes des Etats membres perdraient leur pouvoir discrétionnaire qu'elles tirent de leur interprétation stricte des conditions d'octroi d'autorisations préalables de l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71.

L'adoption de la carte d'assurance maladie n'apporte pas de solution satisfaisante à notre problématique, voyons si l'article 20 du règlement n°883/2004 intitulé «déplacement aux fins de bénéficier de prestations en nature. Autorisation de recevoir un traitement adapté en dehors de l'Etat de résidence» permet d'espérer que les conditions d'octroi d'une autorisation préalable pour des «soins programmés à l'étranger» seront moins sévères.

2. L'article 20 du règlement n°883/2004

Cet article est inclus dans le premier chapitre de la section III du règlement, contenant les articles 17 à 21.

Les deux premiers paragraphes de cet article reprennent la norme contenue à l'article 22, §1, lit c) et §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71. Le premier paragraphe pose le principe, le second édicte la règle. Reproduisons-les.

«Article 20 du règlement n°883/2004. Déplacement aux fins de bénéficiaire de prestations en nature-Autorisation de recevoir un traitement adapté en dehors de l'Etat membre de résidence

1. A moins que le présent règlement n'en dispose autrement, une personne assurée se rendant dans un autre Etat membre aux fins de bénéficier de prestations en nature pendant son séjour demande une autorisation à l'institution compétente.

2. La personne assurée qui est autorisée par l'institution compétente à se rendre dans un autre Etat membre aux fins d'y recevoir le traitement adapté à son état bénéficie des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si elle était assurée en vertu de cette législation. L'autorisation est accordée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat 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.

3. [...]»¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Le paragraphe 3 renvoie aux deux premiers paragraphes lorsque les prestations en nature doivent bénéficier aux membres de la famille du travailleur assuré. Le paragraphe 4 s'applique dans les cas où les membres de la famille vivent sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où vit le travailleur assuré. C'est une reprise de la norme contenue au § 3, alinéas 2 et 3 du règlement n°1408/71.

Après une interprétation littérale du paragraphe 2 de cet article, nous pouvons conclure que les conditions d'octroi d'une autorisation préalable sont exactement les mêmes que celles de l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71.

Il est certain qu'il faudra attendre que le règlement n°883/2004 entre en vigueur, pour savoir comment ces conditions seront interprétées par les institutions compétentes des Etats membres, mais nous ne pensons pas que les autorités administratives nationales vont changer leur politique concernant l'octroi des autorisations préalables pour bénéficier de «soins programmés à l'étranger», du moins tant que législateur communautaire ne modifie le texte légal, servant de fondement juridique à cette politique.

Nous avons vu que la CJCE n'a pas invalidé, l'actuel article 22 du règlement n°1408/71, pour ne pas se mettre en porte-à-faux avec le Traité. Nous pensons également qu'elle ne changera pas de jurisprudence lorsqu'elle devra interpréter l'article 20, §2 du règlement n°883/2004.

L'article 20 §2 du règlement n°883/2004 reprend les mêmes conditions d'octroi que celles contenues dans le second paragraphe, 2ème alinéa de l'article 22 du règlement n°1408/71. Nous supposons que les autorités administratives nationales les interpréteront aussi strictement qu'aujourd'hui et donc continueront leur politique de rejet quasi-systématique des demandes d'autorisations préalables pour des «soins programmés à l'étranger». Les assurés déboutés devront encore tenter un recours judiciaire pour contester une décision d'une administration nationale.

Donc ni l'adoption de la carte européenne d'assurance maladie ni le nouveau règlement n°883/2004 n'apportent de solutions aux personnes déboutées par les institutions compétentes des Etats membres. La réaction institutionnelle attendue par les auteurs que nous avons cités précédemment ne va pas dans le sens que ces derniers espéraient.

Voyons si la mise en place d'une protection qui suit le travailleur dans toute l'UE est possible?

Nous allons voir s'il est plus adéquat pour résoudre notre problématique d'appliquer le «principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71 ou, comme l'ont écrit les auteurs que nous avons mentionnés dans ce travail, la seule solution viable est l'harmonisation du domaine au niveau communautaire.

La mise en place d'une protection qui suit l'assuré social dans toute l'UE est-elle possible?

L'application «du principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71 permettrait-elle de résoudre notre problématique? (Point 1). L'harmonisation du domaine au niveau communautaire, est-elle la seule solution viable à long terme? (Point 2).

Passons à la première sous-question:

1. L'application « du principe du pays d'origine » au règlement n°1408/71 serait-elle une solution adéquate?

Rappelons le contenu «du principe du pays d'origine», développé par la CJCE dans l'affaire «Cassis de Dijon»¹⁹⁹ qui a fait jurisprudence.

La Commission européenne a même fait une communication sur les suites de cet arrêt sur «la sauvegarde de la liberté des échanges à l'intérieur de la Communauté européenne»²⁰⁰. Toujours actuelle, la Commission l'a ainsi résumée dans un guide pratique publié par la direction «Marché intérieur»²⁰¹ en janvier 2001:

¹⁹⁹ CJCE, affaire 120/78, «Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein» du 20.02.79, recueil 1979, pp. 649ss, attendu 14.

²⁰⁰ Commission européenne, «Communication sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 [Cassis de Dijon]», JO n° C 256 du 03.10.80, p. 2.

²⁰¹ Commission européenne, Direction Marché intérieur, *Guide pratique*

«Il s'ensuit de cette affaire qu'en l'absence de règles communautaires harmonisées, les Etats membres conservent le pouvoir d'établir des règles régissant la composition, la fabrication, l'emballage et la présentation [...] Néanmoins, ils sont tenus d'admettre sur leur territoire [tous biens] légalement produits et commercialisés dans les autres Etats membres»²⁰².

Nous avons déjà écrit dans ce travail, dans le chapitre consacré aux règles de rattachement que si «le principe du pays d'origine» détermine le point de rattachement principal du règlement n°1408/71, celui-ci sera le pays d'origine de l'assuré social qui exerce sa liberté de circulation à l'intérieur du Marché intérieur. Dans ce cas, nous pensons que l'égalité de traitement telle qu'édictée par l'article 3 du règlement disparaîtra. En effet, dans cette hypothèse, nous serons en présence de la situation suivante: sur le territoire d'un Etat membre, les travailleurs sont affiliés à plusieurs systèmes de sécurité sociale, selon leurs origines. Nous savons que le niveau de protection sociale diffère largement d'un Etat membre à un autre, donc une différence de protection sociale existera entre résidents d'un même territoire national, dans ce cas une égalité de traitement telle qu'édictée par l'article 3 du règlement disparaîtra.

De plus, l'application du «principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71 ne résout pas notre problématique. Que l'assuré soit affilié à une caisse maladie de son pays d'origine et que cette assurance le suive et soit applicable dans n'importe quel Etat membre où il travaille et/ou réside ne le dispensera pas de demander le formulaire E112 pour bénéficier de «soins programmés à l'étranger» selon l'article 22, §1, lit. c) du règlement.

relatif aux concepts et à l'application des articles 28-30 du traité CE, janvier 2001, http://europa.eu/comm/internal_market/goods.

²⁰² Définition du «principe du pays d'origine» in Commission européenne, Direction Marché intérieur, *Guide pratique relatif aux concepts et à l'application des articles 28-30 du traité CE*, janvier 2001, p. 7.

Si nous l'appliquons à notre cas d'espèce, la situation serait la suivante: l'assuré travaille dans un autre Etat membre que celui dont il est originaire et dont la législation de sécurité sociale lui est applicable puisqu'il est affilié à une caisse maladie de ce pays d'origine, selon l'article 13, §2 du règlement.

Il souffre d'une longue maladie, déclarée avant qu'il réside dans l'Etat membre d'occupation. Il a reçu un traitement satisfaisant à l'époque, dans son pays d'origine. Il subit une rechute, alors qu'il vit dans l'Etat membre d'occupation.

Selon l'article 22, §2, 2ème alinéa du règlement n°1408/71:

«L'autorisation requise au paragraphe 1 sous c) ne peut être refusée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'Etat membre de résidence».

L'administration nationale du pays d'occupation et de résidence de l'assuré de notre cas d'espèce, se basant sur son interprétation stricte des conditions d'octroi du formulaire E112 de l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71, lui refusera certainement de le lui accorder.

Donc, si on applique «le principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71, cela ne dispense pas les assurés de demander une autorisation préalable, pour bénéficier de «soins programmés à l'étranger», à l'institution compétente de l'Etat membre de résidence. Cela ne stoppera pas non plus la politique de refus quasi-systématique de délivrance du formulaire E112 par les administrations nationales.

Il ressort que l'application du «principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71 ne résout pas la problématique de ce travail.

Voyons si l'harmonisation du domaine de la sécurité sociale au niveau communautaire est la solution adéquate?

2. L'harmonisation du domaine de la sécurité sociale au niveau communautaire, est-elle la seule solution viable à long terme?

Xavier Prétot exprime une opinion partagée par tous les auteurs cités dans ce travail:

«Sauf à remettre en cause la construction européenne elle-même, l'harmonisation doit succéder nécessairement, à terme rapproché, à la simple coordination. Il reste à souhaiter que celle-là soit conduite de manière moins outrageusement technique que celle-ci et intègre mieux les objectifs de principe qui président à une telle politique, et que, par ailleurs, la Cour de justice accepte de laisser à l'autorité politique la marge d'appréciation qui s'impose à la menée d'une telle opération, que l'on ne saurait sans danger codifier en quelque jurisprudence abstraite»²⁰³.

Pour Frans Pennings, il faudrait adopter le même système que la convention 102 de l'OIT²⁰⁴:

«In my view, this is a need for stronger instruments. The lack of enthusiasm of the Member States to establish an European social policy is mainly at the level of principle. Most of systems of the Member States reach higher standards than those contained in the recommendations [...]. ILO Convention 102 for instance, has been ratified by a considerable number of Member States. The resistance to higher and binding standards seems to be mainly due to the present feelings in the Member States in regard to the «powers» of the Community bodies rather than to hard arguments. [...]

Consequently, a first step in the process of harmonization and improvement of coordination could be to develop a stronger Community instrument [such a directive] to improve the protection [...]. This should establish standards no lower than are at present

²⁰³ Xavier PRETOT, «La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté», *op. cit.*, p. 572.

²⁰⁴ La Convention OIT n° 102 de 1952, intitulée «La norme minimum de la sécurité sociale».

already reached by the Member States. To this end, the Commission should a study of the present state of affairs.

A new element would be that the Commission should undertake this study in relation to the benefits which proved problematic for the coordination.

This would lead to the following steps. The European Commission would make, following ILO Convention 102, and having in mind the problems in protection levels which caused practical problems for coordination initiatives, and analysis the present situation. It would analyze to what extent the member States already satisfy the standards of ILO Convention mentioned. Subsequently, the measures necessary to satisfy this condition completely should be studied. With the transitional nature of several national benefits in mind, it could be argued that there should be [financial] support from the EU for those systems in which the standards have not yet been reached. Finally, one should study the type of additional protection needed to find solutions in those areas where the realization of comprehensive coordination has proved problematic. This last question would lead to long-term objectives.

This approach would be useful as proposals for harmonization initiatives would be, as a result of the steps described above, suggested by the need for a solution in relation to coordination. They would not be done on the basis of objective of establishing a Community social policy as such, in which is resisted by some Members States. Consequently, this approach, in which link is made between the problems existing for harmonization and coordination respectively, would be in line with the subsidiary principle»²⁰⁵.

C'est l'avantage certain de la proposition de Pennings, que la plupart des Etats membres soient également parties de la convention n°102 de l'OIT, pour s'en servir de fond commun à une législation d'harmonisation du domaine au niveau communautaire. La mise en place d'une telle protection signifierait que les Etats

²⁰⁵ Frans PENNINGS, «Introduction to European Social Security Law», *op. cit.*, pp. 293-294.

membres ont abandonné leur compétence prépondérante sur la gestion de leur politique de sécurité sociale nationale. Comme l'a écrit Pennings, une discussion sur la compétence subsidiaire de l'Union européenne en la matière est nécessaire.

Les Etats membres dont les législations nationales de sécurité sociale sont les plus élaborées, argumentent, entre autres, que l'harmonisation va les obliger à diminuer le niveau de protection sociale qu'ils offrent sur leurs territoires. Mais cet argument peut être écarté en leur rappelant que le fond commun harmonisé est un minimum normatif et que les Etats membres qui le désirent peuvent proposer, au niveau national, une protection sociale plus élevée.

L'important, du point de vue de la problématique de ce travail, est de savoir de quelle manière cette harmonisation communautaire traitera le problème de l'autorisation préalable pour «soins programmés à l'étranger». Si les Etats membres refusent que ce sujet soit inclus dans le cadre normatif commun, alors l'harmonisation ne sera pas la solution adéquate pour résoudre la problématique de ce travail.

Si dans un projet d'harmonisation, l'autorisation préalable est maintenue aux conditions de l'actuel article 22 du règlement n°1408/71, pour des traitements lourds, aussi bien sur le plan médical que sur le plan financier, comme dans notre cas d'espèce. Les conditions d'octroi seront interprétées selon les enseignements des jurisprudences «Pierik» et «Geraets-Smits». Un organe de contrôle communautaire définira la procédure à suivre. L'Union européenne accordera une aide financière aux Etats membres, afin que leurs systèmes nationaux de santé ne soient fragilisés par cette procédure.

Peut-être qu'un tel projet pourra intéresser les Etats membres, car il ne préconise pas la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger» par l'institution compétente, sans autorisation préliminaire.

Notre proposition est la suivante: les «soins programmés à l'étranger» sont autorisés dans toute l'Union européenne si l'efficacité d'un traitement est établie hors du territoire de l'Etat membre de résidence de l'intéressé, tel que la Cour l'a déclaré dans les affaires «Pierik». Pour cela, il faudra prendre en compte non pas

les traitements habituellement pratiqués sur le territoire national, mais l'ensemble des traitements éprouvés et validés par la science médicale internationale, prodigués dans toute l'Union européenne, selon la jurisprudence «Geraets-Smits».

Le facteur déterminant pour l'octroi de l'autorisation préalable est le critère de l'efficacité du traitement selon l'actuel article 22 §1, lit. c), en principe. L'Union européenne accorde une aide financière aux Etats membres, afin que les remboursements des honoraires pour ces soins ne mettent en péril l'équilibre financier, notamment, des systèmes de santé nationaux. Nous adaptons pour cela la proposition d'harmonisation du domaine de la sécurité sociale de Pennings, que nous avons mentionnée précédemment²⁰⁶.

Lorsque le risque de rupture de l'équilibre financier d'un système national de santé est réel et effectif, malgré l'appui financier communautaire, alors des mesures restrictives exceptionnelles pourront être mises en places.

Dès lors les administrations nationales pourront délivrer le formulaire E112 en se basant sur les conditions de l'actuel article 22, §2, alinéa 2, que nous rappelons:

«L'autorisation requise au paragraphe 1 sous c) ne peut être refusée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'Etat membre de résidence».

Les administrations nationales devront respecter le principe de proportionnalité et éviter l'arbitraire lors de la délivrance d'autorisations préalables pour «soins de santé programmés à l'étranger», pendant cette période d'exception.

Un organe de contrôle sur le modèle de la CASSTM du règlement n°1408/71, devra être mis en place. Cet organe devra

²⁰⁶ Sous le point consacré aux déséquilibres financier dus aux remboursements entre institutions.

notamment tenir un registre des traitements les plus efficaces pratiqués dans l'Union européenne, cette liste sera établie selon des critères objectifs non discriminatoires et connus à l'avance, tel que l'a déclaré la CJCE dans l'arrêt «Geraets-Smits». Cet organe devra définir les critères qualifiant un risque réel et effectif de rupture de l'équilibre financier d'un système national de santé. Il devra surveiller les administrations nationales pendant la période d'exception. Il devra également indiquer aux Etats membres le début et la fin de la période pendant laquelle leurs administrations nationales peuvent appliquer les mesures restrictives exceptionnelles, basées sur les conditions de l'actuel article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71.

Mais l'harmonisation de la sécurité sociale au niveau communautaire n'est pas d'actualité. Ce domaine est régi par la coordination des législations des Etats membres, l'instrument législatif utilisé est notamment le règlement tel que l'actuel n°1408/71 ou le futur n°883/2004. Rappelons que la carte européenne d'assurance maladie ne remplacera pas le formulaire E112.

Nous sommes d'accord avec les auteurs que nous avons cités dans ce travail, l'harmonisation de la sécurité sociale au niveau communautaire est sûrement nécessaire, mais comme l'ont écrit Lhernould et Kessler, «au regard des enjeux financiers et structurels [...] pour les régimes nationaux de soins de santé»²⁰⁷ la question de l'interprétation des conditions d'octroi de l'autorisation préalable pour bénéficier de la prise en charge des coûts de «soins de santé à l'étranger» par l'institution compétente et la politique de quasi-refus de délivrance du formulaire E112 par les administrations nationales, sont loin d'être closes.

Nous allons maintenant résoudre les variantes du cas d'espèce, en utilisant tout le matériel que nous avons étudié dans les chapitres de ce travail.

²⁰⁷ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, pp. 752-753.

QUATRIEME PARTIE

Résolution du cas d'espèce

Nous allons résoudre ce cas pratique avec les normes du règlement n°1408/71.

Variante 1. Le travailleur migrant souffre d'une longue maladie qui s'est déclarée avant qu'il change d'Etat membre, en acceptant un nouvel emploi

Le travailleur migrant remplit les conditions générales de rattachement énoncées à l'article 13, §1 et §2, lit a) et b).

Notre assuré exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre et est soumis à la législation de sécurité sociale de cet Etat membre selon l'article 1, §1, lit. a) pts i) et ii) du règlement n°1408/71.

Dans ce nouvel Etat membre, l'institution compétente doit prendre en compte la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence de ce nouvel assuré, comme l'édicte l'article 18, § 1.

Le travailleur souffrant trouve anormale que l'assurance maladie à laquelle il est affilié, de par la loi, dans le nouvel Etat membre ne couvre pas à 100% les dépenses de son traitement, comme le faisait l'assurance maladie obligatoire de son pays d'origine. La raison invoquée par la caisse est que la maladie était déjà déclarée, lors de son affiliation. Comme il doit supporter un traitement lourd et coûteux, après l'intervention chirurgicale subie dans son pays d'origine, il regrette d'avoir immigré dans l'Etat membre où il exerce actuellement son activité professionnelle et où il réside.

Malheureusement pour lui, le règlement n°1408/71 est une loi de coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres, ayant pour but de faciliter la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne. Chacun de ces Etats a la compétence exclusive pour légiférer en ce qui concerne la sécurité sociale sur leurs

territoires. Les particularités et les différences des législations nationales de sécurité sociale est un acquis que les Etats membres et le législateur européen veulent préserver.

Pour cette raison le règlement n°1408/71 édicte des normes coordonnant les législations nationales des Etats membres. Mais les différences subsistent et le travailleur migrant s'expose au risque d'être moins bien couvert par le système d'assurance maladie obligatoire d'un Etat membre par rapport à celui d'un autre s'il décide d'exercer sa liberté de circuler dans l'Union européenne.

Cette interprétation de la Cour se retrouve notamment dans les affaires jointes 393/99 et 394/99²⁰⁸:

«Cependant, le traité n'a pas prévu l'harmonisation des législations de sécurité sociale des Etats membres. En particulier, s'agissant des travailleurs salariés, l'article 51 du traité prévoit seulement une coordination de ces législations. Les différences de fond et de procédure entre les régimes de sécurité sociale de chaque Etat membre et, partant, dans les droits des personnes qui y travaillent ne sont pas touchées par cette disposition, [...]»²⁰⁹;

«Dès lors le traité ne garantit pas à un travailleur que l'extension de ses activités dans plus d'un Etat membre ou leur transfert dans un autre Etat membre soit neutre en matière de sécurité sociale. Compte tenu des disparités des législations de sécurité sociale des Etats membres, une telle extension ou un tel transfert peuvent, selon les cas, être plus ou moins avantageux ou désavantageux pour le travailleur sur le plan de la protection sociale. Il en découle que, en principe, un éventuel désavantage, par rapport à la situation dans laquelle le travailleur exerce l'ensemble de ses activités dans un même Etat membre, consécutif à l'extension de ses activités ou de leur transfert dans un ou plusieurs autres Etats membres et à son assujettissement à une nouvelle législation de sécurité sociale, n'est pas contraire aux articles 48 et 52 du traité, si cette législation ne désavantage pas ce travailleur par rapport à ceux qui exercent la totalité de leurs activités dans l'Etat membre où elle s'applique ou

²⁰⁸ CJCE, affaires-jointes 393/99 et 394/99, *op.cit.*

²⁰⁹ *Ibid.*, attendu 50.

par rapport à ceux qui y étaient déjà précédemment assujettis et si elle ne conduit pas purement et simplement à verser des cotisations sociales à fonds perdus»²¹⁰.

Mais sa caisse maladie ne peut pas lui imposer des réserves dans sa police ou refuser de rembourser la totalité des coûts de son traitement post-opératoire, parce qu'il était déjà malade avant de s'affilier auprès d'elle, l'article 35 §3 du règlement n°1408/71 l'interdit. Reprenons cette norme:

«Si la législation d'un Etat membre subordonne l'octroi des prestations à une condition relative à l'origine de l'affection, cette condition n'est pas opposable aux personnes auxquels le présent règlement est applicable, quel que soit l'Etat membre sur le territoire duquel ils résident».

Si la caisse maladie auprès de laquelle le travailleur migrant est affilié «subordonne l'octroi des prestations à l'origine de l'affection», elle viole l'article 35 §3 du règlement n°1408/71.

Mais nous ne pensons pas que les caisses maladies font des erreurs aussi grossières. La caisse d'affiliation de notre assuré motivera les réserves de sa police, par le fait que le preneur d'assurance était déjà en situation d'incapacité de travail, lors de la conclusion du contrat d'assurance. Une telle mesure n'est pas interdite par le règlement n°1408/71, comme l'a déclaré la CJCE dans l'arrêt Klaus²¹¹.

La Cour a précisé que lorsque la législation applicable exclut le bénéfice des prestations de maladie, quand l'assuré était déjà inapte au travail au moment de son affiliation au régime établi par ladite législation, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 35, §3 du règlement n°1408/71:

«Par la première question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 35, paragraphe 3, du règlement n°1408/71

²¹⁰ CJCE, affaires-jointes 393/99 et 394/99, *op. cit.*, attendu 51.

²¹¹ CJCE, affaire C- 482/93, *op. cit.*

s'applique à la législation d'un Etat membre excluant, tout ou en partie, le bénéfice des prestations de maladie lorsque le travailleur était déjà inapte au travail au moment de son affiliation au régime qu'elle établit»²¹²;

«Il suffit, à cet égard, de constater que l'article 35, paragraphe 3, du règlement vise l'hypothèse où une condition relative à l'origine de l'affection est, en vertu de la législation de l'Etat compétent, opposée au travailleur ou au membre de sa famille. En revanche, il ne concerne pas l'hypothèse où, comme en l'espèce, la législation applicable subordonne le droit aux prestations de maladie à la condition que l'incapacité de travail en tant que telle n'ait pas déjà existé au moment de l'affiliation»²¹³.

Nous pensons donc qu'il sera très difficile à notre assuré de contester les réserves de sa police d'assurance, à moins qu'il ne prouve, que sa maladie ne l'a pas empêché d'exercer sa profession. Cette contestation va ouvrir une longue procédure devant différentes instances administratives.

Une nouvelle détérioration de santé du travailleur migrant a obligé le couple de consulter des médecins de l'Etat membre de résidence. Malheureusement une série de diagnostics erronés ont poussé le couple à séjourner dans leur Etat membre d'origine, afin de consulter leur médecin de confiance. De plus le travailleur migrant se plaint du fait que sa caisse maladie lui interdit d'aller se faire soigner à l'étranger à moins qu'il ne s'agisse d'une urgence.

Lorsque la caisse parle d'état d'urgence, elle se réfère au paragraphe 2, alinéa 2 de l'article 22, et non aux «soins inopinés ou d'urgence aux expatriés» de l'article 22, §1, lit. a).

A ce second paragraphe, second alinéa, le législateur européen pose les conditions, pour lesquelles un refus par l'institution compétente d'une autorisation, pour la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger» de l'article 22, §1, lit. c), est exclu. Reprenons le texte de ce paragraphe:

²¹² CJCE, affaire C- 482/93, *op. cit.*, attendu 18.

²¹³ *Ibid.*, attendu 19.

«2. [...]L'autorisation requise au paragraphe 1 sous c) ne peut être refusée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'Etat membre de résidence».

La teneur actuelle de ce paragraphe est le résultat d'une pression exercée par les Etats membres, qui ont poussé le législateur communautaire à réviser l'article 22, paragraphe 2 du règlement n°1408/71, suite à l'interprétation des termes «soins appropriés à son état» de la Cour dans les deux arrêts «Pierik»²¹⁴. Cette interprétation a été jugée trop libérale par les Etats membres qui prédisent l'effondrement des systèmes nationaux de santé aussi bien dans la planification et le financement de la sécurité sociale que chez les professionnels de la santé, si les caisses nationales, dont l'assuré bénéficiaire relève, sont obligées de rembourser les honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres.

L'article 22, §1, lit. c), points i) et ii), permet à un travailleur souffrant qui est affilié dans un Etat membre, de séjourner dans un autre Etat membre avec l'autorisation de l'institution compétente, afin de bénéficier de soins adéquats à son état de santé.

Dans l'affaire 117/77 «G.Pierik»²¹⁵ la CJCE précise le sens de la notion «soins appropriés à son état»:

«Qu'il ressort des termes "soins appropriés à son état", inscrit au paragraphe 1, c), de l'article 22, que les prestations en nature pour lesquelles l'autorisation à se rendre dans un autre Etat membre est accordée au travailleur conformément à cette disposition s'étend à tous soins susceptibles d'assurer un traitement efficace de la maladie ou de l'affection dont l'intéressé est atteint»²¹⁶;

²¹⁴ CJCE, affaire 117/77, *op. cit.* et affaire 182/78, *op. cit.*

²¹⁵ CJCE, affaire 117/77, *op. cit.*

²¹⁶ *Ibid.*, attendu 15.

«Qu'en prévoyant au paragraphe 2, alinéa 2, "que l'autorisation ne peut pas être refusée lorsque les soins dont il s'agit ne peuvent pas être dispensés à l'intéressé sur le territoire de l'Etat membre où il réside", l'article 22 du règlement interdit le refus d'autorisation également dans le cas où les soins dispensés dans l'Etat membre de résidence sont moins efficaces que ceux dont l'intéressé peut bénéficier dans un autre Etat membre»²¹⁷.

L'efficacité du traitement est le facteur déterminant pour l'octroi de l'autorisation visée au §1c. Cette efficacité du traitement est la notion clé qui limite le pouvoir discrétionnaire des institutions compétentes. Mais c'est justement cette efficacité qui a été oubliée dans la pratique administrative, à cause d'une intervention du législateur communautaire.

Motivée par «la sauvegarde des systèmes nationaux de santé», la pratique administrative aboutit à un refus quasi automatique de l'autorisation préalable. Ni la nécessité ni la proportionnalité de la mesure restrictive ne sont justifiées.

Cette autorisation n'est donc pas délivrée automatiquement. Loin de là. Les conditions sont draconiennes, il faut tenir compte, entre autres des éléments suivants:

Le besoin de l'intéressé de recevoir des soins appropriés à son état [art. 22-1-c], qui renvoie à des critères d'ordre médical.

Le fait que les soins en cause figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat de résidence [art. 22-2], ce qui limite la délivrance de soins en fonction de considérations juridiques ou plutôt administratives de droit interne.

L'impossibilité de dispenser ces soins dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dans l'Etat membre de résidence compte tenu de l'état de santé actuel et l'évolution probable de la maladie du patient, ce qui renvoie à des éléments d'ordre médical et de disponibilité du traitement.

Le parcours du combattant de l'assuré peut se résumer ainsi:

1) Il doit consulter un médecin.

²¹⁷ CJCE, affaire 117/77, *op. cit.*, attendu 18.

- 2) Il doit obtenir l'accord du médecin consulté sur le fait que ce dernier ne peut lui fournir le service requis.
- 3) Il doit solliciter l'accord de la caisse.
- 4) Il doit attendre l'aboutissement des procédures administratives.
- 5) Il doit recommencer les points 1) à 4) tant que l'administration ne sera convaincue que le traitement adéquat à l'état de santé dudit assuré ne peut être fourni sur le territoire de l'Etat membre de résidence²¹⁸.

Or, l'assuré de notre cas d'espèce est entré dans le cercle infernal des cinq points mentionnés ci-dessus, dès qu'il a fait une demande d'obtention du formulaire E112, pour bénéficier de la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger». C'est cette pratique administrative nationale qu'il résume par la formule «sa caisse maladie lui interdit d'aller se faire soigner à l'étranger».

La CJCE, consciente que les pratiques nationales sont trop restrictives, a contourné le dispositif d'autorisation préalable du règlement n°1408/71, concernant les soins hospitaliers c'est l'arrêt «Geraets-Smits»²¹⁹, qui a fait jurisprudence.

Dans cette affaire, la Cour considère que l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale des soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable, au regard de la particularité de ce type de soins:

«La Cour retient trois justifications possibles [figurant déjà dans l'arrêt Kroll précité, point 37 et suivants]: éviter un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier [point 72]; maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous [point 73]; maintenir une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national [point 74].

Deux conditions supplémentaires doivent être réunies pour que la libre prestation des services ne soit pas violée: la réglementation

²¹⁸ Le 5ème point a été ajouté par nous aux quatre points de l'article de Prodromos MAVRIDIS.

²¹⁹ CJCE, affaire 157/99, *op. cit.*

nationale doit être objectivement nécessaire à la fin poursuivie et le résultat ne doit pas être obtenu par des règles moins contraignantes [point 75].

A la lumière de ces justifications possibles, la Cour considère que l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale des soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable, au regard de la particularité de ce type de soins [points 76 à 82].

Les soins hospitaliers ne sont pas traités de la même manière que les soins ambulatoires, pour lesquels l'autorisation préalable a été jugée contraire à la libre prestation de services et à la libre circulation des marchandises [voir CJCE Decker et Kholle précités].

Mais les Etats membres ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des conditions de délivrance de l'autorisation préalable pour des soins hospitaliers. Les conditions sont encadrées par la Cour de justice et, de par leur généralité, devraient valoir pour tous les systèmes nationaux de soins de santé hospitaliers.

Ce travail d'appréciation devra tenir compte non seulement de la situation médicale du patient au moment où l'autorisation est sollicitée, mais aussi de ses antécédents [point 104].

Cette seconde condition, qui érige en principe l'interdiction du refus de l'autorisation préalable, marque un point de départ d'une ouverture des frontières européennes en faveur des patients qui, victimes de l'insuffisance de leur système national de soins hospitaliers, attendent d'être soignés dans des délais déraisonnables»²²⁰.

Le travailleur migrant de notre cas d'espèce pourra certainement se servir de cette jurisprudence pour contester une décision défavorable, d'une administration nationale. De plus, dans son cas, les erreurs répétées de diagnostic prouvent qu'un traitement adéquat

²²⁰ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, pp. 752-753.

à son état de santé ne peut lui être administré sur le territoire de l'Etat membre de résidence. De ce fait, il se retrouve bien dans une situation d'urgence, pour laquelle l'institution compétente est prête à lui accorder une autorisation préalable pour se faire soigner dans son pays d'origine et ensuite prendre en charge les coûts de ces «soins programmés à l'étranger».

Donc l'assuré de notre cas d'espèce n'est pas obligé de garder un domicile dans son pays d'origine, pour pouvoir bénéficier de soins adéquats à son état de santé, ni être affilié pour cela à une caisse maladie de cet Etat membre. D'ailleurs le principe de l'unicité de la législation applicable, selon l'article 13, §1 du règlement n°1408/71 le lui interdit.

Passons maintenant à une variante de notre cas d'espèce, dans laquelle c'est le partenaire de l'assuré social, travailleur actif, qui demande la délivrance d'un formulaire E112 en tant que «membre de la famille du travailleur migrant» de l'article premier, lit. f) du règlement n°1408/71.

Variante 2. Le partenaire, membre de la famille, du travailleur migrant souffre d'une longue maladie, qui s'est déclarée avant l'immigration du couple dans un nouvel Etat membre

La définition de «membre de la famille» est édictée à l'article 1 lit. f) du règlement n°1408/71.

Grâce aux paragraphes 3 et 4 de l'article 22 du règlement n°1408/71, les solutions de la variante 1 sont applicables dans ce cas où le conjoint défini comme «membre de la famille» est souffrant. Rappelons ces dispositions:

«3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 sont applicables par analogie aux membres de la famille d'un travailleur salarié ou non salarié.[...]

4. Le fait que le travailleur salarié ou non salarié bénéficie des dispositions du paragraphe 1 n'affecte pas le droit aux prestations des membres de sa famille».

La caisse maladie d'affiliation basera certainement les réserves de la police d'assurance sur la jurisprudence de l'arrêt «Klaus»²²¹, comme sous la variante 1, en argumentant que le conjoint du travailleur migrant se trouvait déjà dans une situation d'incapacité de travail, lors de la conclusion du contrat d'affiliation. Elle pourra même ajouter que c'est justement à cause de cette incapacité de travail que cette personne ne peut prétendre qu'aux droits dérivés du règlement n°1408/71.

Il faudra dès lors prouver que le conjoint de l'assuré actif de notre cas d'espèce, rentre dans la catégorie «des membres de la famille du travailleur migrant» pour d'autres raisons que son incapacité de travail. Ainsi les réserves imposées à sa police d'assurance ne seraient plus fondées et violeraient l'article 35, §3 du règlement n°1408/71.

Passons maintenant à une dernière variante de notre cas d'espèce.

Variante 2A. Le membre de la famille est toujours domicilié dans le pays d'origine

Cette variante permet au couple de notre cas d'espèce, d'avoir un double domicile, selon le règlement n°1408/71; le partenaire actif réside dans l'Etat membre d'occupation, qui est désigné comme compétent [article 13, §2, lit a), b)], alors que le partenaire souffrant est resté domicilié dans le pays d'origine [article 19, §2].

Le paragraphe 3 applique la règle de l'article 22 §1, lit. c) aux membres de la famille, comme nous l'avons vu sous la variante 2. Le second alinéa s'applique au cas de cette variante, lorsque les membres de la famille résident sur le territoire d'un Etat membre autre que celui où est domicilié le travailleur assuré:

²²¹ CJCE, affaire C- 482/93, *op. cit.*

«3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 sont applicables par analogie aux membres de la famille d'un travailleur salarié ou non salarié.

Toutefois, pour l'application du paragraphe 1 sous a) i) et c), i) aux membres de la famille visés à l'article 19 paragraphe 2 qui résident sur le territoire d'un Etat membre autre que celui sur le territoire duquel le travailleur salarié ou non salarié réside:

a) Les prestations en nature sont servies, pour le compte de l'institution de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si le travailleur salarié ou non salarié y était affilié. La durée du service des prestations est toutefois régie par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident.

b) L'autorisation requise au titre du paragraphe 1 sous c) est délivrée par l'institution de l'Etat membre sur le territoire duquel les membres de la famille résident».

Si nous reprenons la disposition de l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement:

«L'autorisation requise au paragraphe 1 sous c) ne peut être refusée lorsque les soins dont il s'agit figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne peuvent, compte tenu de son état actuel de santé et l'évolution probable de la maladie, lui être dispensés dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dont il s'agit dans l'Etat membre de résidence».

Cette variante du cas d'espèce de notre travail est un cas particulier, pour lequel l'application de l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71 permet de bénéficier du traitement adéquat à l'état de santé de l'assuré souffrant dans l'Etat membre d'origine.

Donc, le partenaire souffrant ne doit pas rester affilié à une assurance maladie de son pays d'origine, car le principe de l'unicité de la législation applicable [art. 13, §1] le lui interdit. Le règlement n°1408/71 lui permet en tant que «membre de la famille du

travailleur migrant», d'être affilié, à ce titre, à la caisse maladie de l'assuré actif, de résider dans son pays d'origine et de continuer de consulter son médecin de confiance établi sur le territoire de cet Etat membre.

Passons à quelques mots de conclusion pour boucler ce travail

Conclusion

Le système de coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres existe, afin de faciliter la libre circulation des travailleurs à travers le marché intérieur. Pour obtenir une politique de l'emploi efficace, cette dernière doit être couplée à une politique sociale coordonnée au niveau communautaire.

Dans le domaine de la sécurité sociale, l'intervention des institutions communautaires est régie par le principe de la subsidiarité édicté par l'article 5 §2 TCE. Chacun des Etats membres a la compétence exclusive pour légiférer dans le domaine de la sécurité sociale sur leurs territoire. Les particularités et les différences des législations nationales de sécurité sociale sont un acquis que les Etats membres et le législateur européen veulent préserver.

Pour cette raison le règlement n°1408/71 édicte des normes coordonnant les législations nationales des Etats membres dans les domaines cités à son champ d'application matériel de l'article 4. Mais les différences subsistent et le citoyen européen s'expose au risque d'être moins bien couvert par le système d'assurance maladie obligatoire d'un Etat membre par rapport à celui d'un autre, s'il décide d'exercer sa liberté de circuler dans l'Union européenne. Le règlement n°1408/71 et son règlement d'application cherchent à assurer une plus grande certitude dans l'application de la législation communautaire. Ils connaissent de régulières modifications qui prennent en compte l'évolution de la jurisprudence de la CJCE, des droits nationaux des Etats membres en la matière et les nouvelles adhésions et leurs conséquences dans le domaine qui nous intéresse.

Une internationalisation des législations nécessite que le principe de territorialité soit flexibilisé, Pierre Rodière nomme cette extension «la déterritorialisation des conditions d'application des législations de sécurité sociale»²²². L'ancien article 51 du Traité de Rome édictait ce principe de déterritorialisation avec la totalisation

²²² Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 572.

des périodes d'assurance et avec le versement des prestations sur l'ensemble du territoire communautaire.

Le droit dérivé²²³ l'a généralisé et en a fait un principe d'application tout comme les règles de rattachement uniformes, la loi nationale déclarée applicable par la législation communautaire doit prendre en compte également les totalisations des périodes qui se sont accomplies hors du territoire national, sur celui d'un ou d'autres Etats membres et les faits qui se sont produits dans d'autres Etats membres qui se produisent ou qui se produiront devront être pris en compte par la législation nationale désignée compétente par le droit dérivé, tant que la législation nationale en question sera applicable.

Ainsi, les maladies qui se sont déclarées et qui ont été soignées sur le territoire d'un autre Etat membre seront couvertes par la législation de «l'Etat compétent».

Le décloisonnement territorial de la sécurité sociale nécessite la mise en place d'une structure administrative au niveau communautaire ainsi qu'une collaboration entre toutes les institutions nationales de sécurité sociale.

Comme les prestations de sécurité sociale peuvent être versées sur les territoires de tous les Etats membres à travers l'institution du lieu de résidence du bénéficiaire, pour le compte de l'institution de l'Etat désigné comme compétent, cela nécessite la mise en place d'une internationalisation des systèmes financiers, chargés de fournir les prestations et de prélever les cotisations.

Cette coopération institutionnelle doit respecter un des principes de base du droit communautaire qu'est la collaboration loyale²²⁴.

Le principe de l'égalité de traitement qui figure à l'article 3 est un autre principe directeur du règlement 1408/71. Il interdit les discriminations directes et indirectes basées sur la nationalité entre les ressortissants de l'Union européenne; ceci est une reprise du principe général énoncé à l'article 12 TCE.

²²³ Par droit dérivé, nous entendons l'ancien règlement n° 3/58, l'actuel n° 1408/71 et le futur n° 883/2004.

²²⁴ Article 10 du Traité CE.

L'égalité de traitement de l'article 3 est basé sur deux pivots, d'une part le travailleur migrant ne doit pas être défavorisé par rapport aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil et d'autre part le travailleur migrant ne doit pas être favorisé par rapport aux ressortissants de l'Etat membre d'accueil. Cette égalité concerne «les personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres», ainsi des étrangers ne peuvent être exclus de certaines prestations du seul fait qu'ils ne sont pas ressortissants de l'Etat compétent, des normes nationales qui subordonnent l'octroi de prestations à des conditions plus rigoureuses pour les communautaires que pour les nationaux sont une discrimination directe prohibée par l'article 3.

Les règles de conflit de loi, qui se trouvent au titre II, articles 13 à 17 bis, sont contenues dans le seul chapitre du règlement n°1408/71 à avoir été uniformisé au niveau communautaire. Elles créent un système complet et impératif de règles de conflit permettant la couverture adéquate par une loi sans lacune ni cumul du droit applicable. Ces règles de conflit obéissent au principe de l'unicité de la législation applicable qui interdit qu'un assuré soit affilié à plus d'un régime de sécurité sociale à la fois.

Le règlement n°1408/71 édicte plusieurs règles de rattachement, le point de rattachement principal est le lieu d'occupation où l'assuré exerce son activité professionnelle, si ce lieu ne peut être défini de manière suffisamment précise, le règlement désigne le domicile de l'intéressé comme point de rattachement subsidiaire. Dans des cas particuliers où ni le lieu d'occupation ni le domicile de l'assuré ne peuvent être pris en compte, le siège de l'entreprise qui emploie ce travailleur est considéré comme le point de rattachement. L'article 17 du règlement n°1408/71 permet aux Etats membres de prévoir des exceptions aux règles de rattachement à travers le processus d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Cet article a surtout été utilisé pour prolonger la période de détachement temporaire d'un travailleur sur le territoire d'un autre Etat membre, selon les dispositions des articles 14, § 1, lit a) et b), article 14 bis, § 1, lit a) et b) et l'article 14 ter § 1 et 2.

Si «le principe du pays d'origine» détermine le point de rattachement principal du règlement n°1408/71, celui-ci sera le pays

d'origine du travailleur qui exerce sa liberté de circulation à l'intérieur du Marché intérieur. Dans ce cas, nous pensons que l'égalité de traitement telle qu'édictée par l'article 3 disparaîtra.

Le principe de l'unicité de la législation applicable est respecté dans cette hypothèse, puisque les assurés sont affiliés uniquement au système de sécurité sociale de l'Etat membre dont ils sont ressortissants. Ce pays est considéré comme «l'Etat membre compétent», selon la définition du règlement, lorsque ses nationaux exercent leur liberté de circulation dans l'Union.

Les points de rattachement subsidiaires, que sont la résidence de l'assuré ou le siège de l'entreprise employant ce dernier restent inchangés. La résidence est le point de rattachement dans les cas concernant les apatrides et réfugiés par exemple.

Mais nous pensons que l'égalité de traitement, voulue par l'article 3 du règlement disparaîtra, si le point de rattachement principal est le pays d'origine du travailleur et non plus le lieu d'activité de l'assuré.

En effet, dans cette hypothèse, nous serons en présence de la situation suivante: sur le territoire d'un Etat membre, les assurés sont affiliés à plusieurs systèmes de sécurité sociale, selon leurs origines. Nous savons que le niveau de protection sociale diffère largement d'un Etat membre à un autre, donc une différence de protection sociale existe entre résidents d'un même territoire national, dans ce cas l'égalité de traitement telle qu'édictée par l'article 3 du règlement disparaîtra.

Nous pensons enfin que, dans cette hypothèse, le travail administratif sera alourdi dans chaque Etat membre, lorsqu'il faudra savoir à quel système national un résident est affilié.

Le domaine «rationne personae» est défini par l'article 2 du règlement: les intéressés doivent remplir plusieurs conditions pour bénéficier de la coordination communautaire. Cette dernière vise les travailleurs salariés ou non salariés, ainsi que les étudiants, réfugiés et apatrides qui sont supposés se déplacer pour permettre la mise en œuvre des règles communautaires qui s'étendent également à leurs ayant droits. Seuls les ressortissants communautaires entrent dans le champ d'application personnel du règlement 1408/71. Dans l'Etat membre d'occupation, l'institution compétente doit prendre en

compte la totalisation des périodes d'assurance, d'emploi ou de résidence de ce nouvel assuré, comme l'édicte l'article 18, § 1.

Dans le cas d'espèce, nous nous trouvons en présence d'un travailleur migrant qui remplit les conditions générales de rattachement énoncées à l'article 13, §1 et §2, lit a) et b). Notre assuré exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre et est soumis à la législation de sécurité sociale de cet Etat membre selon l'article 1, lit. a) pts i) et ii) du règlement n°1408/71. Dans les variantes 2 et 2A de la résolution de notre cas, nous avons analysé la situation correspondant à la définition de «membres de leur famille» de l'article 1, lit. f) du règlement.

Dans l'affaire «Singer», 44/65²²⁵, la CJCE a indiqué que le système de coordination des régimes des Etats membres ne s'applique pas exclusivement aux travailleurs migrants au sens strict ou aux déplacements professionnels. Pour la Cour, c'est la qualité de travailleur qui permet à la personne concernée d'être couverte par le règlement n°1408/71. La condition sine qua non pour bénéficier de la couverture du droit communautaire est d'exercer une activité préalable et effective.

La Cour a toujours distingué deux catégories de droits reliés aux personnes couvertes par le règlement n°1408/71, les droits propres qui sont acquis à la personne concernée de par son statut de travailleur et les droits dérivés acquis en qualité de membre de la famille et survivants, elle a fait cette distinction, pour la première fois, dans l'affaire Kermaschek²²⁶.

L'article 4 du règlement n° 1408/71 définit les branches de sécurité sociale qui ont été incluses dans le champ d'application du règlement. Dans notre cas d'espèce, la branche topique est celle des prestations «maladie» du paragraphe 1, lit. a) dont peuvent bénéficier les travailleurs et les membres de leur famille. Les prestations «maladie» octroyées par le règlement n°1408/71, sont de deux types: les prestations en nature et les prestations en espèces.

²²⁵ CJCE, affaire 44/65, *op. cit.*

²²⁶ CJCE, affaire 40/76, *op. cit.*

L'article 23 édicte les règles de calcul des prestations en espèces, l'article 24 concerne les prestations en nature.

Dans notre cas d'espèce, l'assuré social souffrant doit supporter un traitement lourd et coûteux, après l'intervention chirurgicale subie dans son pays d'origine, il trouve anormale que la caisse d'assurance maladie à laquelle il est affilié, de par la loi, dans le nouvel Etat membre ne couvre pas à 100% les dépenses de son traitement, comme le faisait l'assurance maladie obligatoire de son pays d'origine. La raison invoquée par la caisse est que la maladie était déjà déclarée, lors de son affiliation. Il regrette d'avoir immigré dans l'Etat membre où il exerce actuellement son activité professionnelle et où il réside.

Malheureusement pour lui, le règlement n°1408/71 est une loi de coordination des législations de sécurité sociale des Etats membres, ayant pour but de faciliter la libre circulation des travailleurs dans l'Union européenne. Chacun de ces Etats a la compétence exclusive pour légiférer en ce qui concerne la sécurité sociale sur leurs territoires. Les particularités et les différences des législations nationales de sécurité sociale sont un acquis que les Etats membres et le législateur européen veulent préserver. Pour cette raison, le citoyen européen s'expose au risque d'être moins bien couvert par le système d'assurance maladie obligatoire d'un Etat membre par rapport à celui d'un autre s'il décide d'exercer sa liberté de circuler dans l'Union européenne.

Quant à la question des réserves imposées par la caisse maladie d'affiliation, la jurisprudence de l'arrêt Klaus²²⁷ permet de motiver les réserves d'une police, par le fait que le preneur d'assurance était déjà en situation d'incapacité de travail, lors de la conclusion du contrat d'assurance. La Cour a précisé que lorsque la législation applicable exclut le bénéfice des prestations de maladie, quand l'assuré était déjà inapte au travail au moment de son affiliation au régime établi par ladite législation, elle n'est pas contraire aux dispositions de l'article 35, §3 du règlement n°1408/71, qui interdit que l'on «subordonne l'octroi des prestations à l'origine de l'affection».

²²⁷ CJCE, affaire C- 482/93, *op. cit.*

Une nouvelle détérioration de santé, de l'assuré souffrant de notre cas d'espèce, a entraîné plusieurs consultations auprès de médecins de l'Etat membre de résidence. Malheureusement, une série de diagnostics erronés ont poussé le couple à séjourner dans leur Etat membre d'origine, afin de consulter leur médecin de confiance. De plus, le travailleur migrant se plaint du fait que sa caisse maladie lui interdit d'aller se faire soigner à l'étranger à moins qu'il ne s'agisse d'une urgence. En effet, les autorités des Etats membres craignent un déséquilibre non négligeable aussi bien dans la planification et le financement de la sécurité sociale que chez les professionnels de la santé, si les caisses nationales, dont l'assuré bénéficiaire relève, sont obligées de rembourser les honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres.

L'article 22 est une disposition centrale du règlement n°1408/71, car il édicte les règles d'octroi des prestations d'assurance maladie lors d'un séjour hors du territoire de l'Etat de résidence. Pour que les caisses maladie d'affiliation acceptent de prendre en charge les frais occasionnés à ce moment, les assurés doivent bénéficier d'une autorisation préalable délivrée par l'institution compétente. Comme nous l'avons écrit précédemment, nous pensons que le système d'autorisations préalables de l'article 22 du règlement n°1408/71 est un instrument normatif dont l'un des objectifs est de contrôler que l'équilibre financier des systèmes nationaux de sécurité sociale ne soit pas mis en danger par les remboursements des honoraires de soins prodigués dans d'autres Etats membres.

L'article 22, §1, lit. c) du règlement n°1408/71, permet à un assuré social souffrant qui est affilié dans un Etat membre, de séjourner dans un autre Etat membre avec l'autorisation de l'institution compétente, afin de bénéficier de soins adéquats à son état de santé.

Dans l'affaire 117/77 «G.Pierik»²²⁸, la CJCE a déclaré que l'efficacité du traitement est le facteur déterminant pour l'octroi de l'autorisation visée au paragraphe 1 lit. c). Pour la Cour, c'est une liberté fondamentale de recevoir les soins les plus appropriés à sa santé dans un espace unifié.

²²⁸ CJCE, affaire 117/77, *op. cit.*

Selon Jean-Philippe Lhernould, et Francis Kessler, les Etats membres ont jugé les jurisprudences «Pierik» trop libérales. A la suite de ces arrêts, ils ont poussé le législateur communautaire à modifier la lettre de l'article 22, §2, du règlement n°1408/71²²⁹. Ce second paragraphe, second alinéa, pose les conditions, pour lesquelles un refus par l'institution compétente d'une autorisation, pour la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger» de l'article 22, §1, lit. c), est exclu. Les administrations nationales interprètent très strictement ces conditions, ainsi il faut tenir compte, entre autres, des éléments suivants:

Le besoin de l'intéressé de recevoir des soins appropriés à son état [art. 22-1-c], qui renvoie à des critères d'ordre médical.

Le fait que les soins en cause figurent parmi les prestations prévues par la législation de l'Etat de résidence [art. 22-2], ce qui limite la délivrance de soins en fonction de considérations juridiques ou plutôt administratives de droit interne.

L'impossibilité de dispenser ces soins dans le délai normalement nécessaire pour obtenir le traitement dans l'Etat membre de résidence compte tenu de l'état de santé actuel et l'évolution probable de la maladie du patient, ce qui renvoie à des éléments d'ordre médical et de disponibilité du traitement.

La conséquence de l'interprétation stricte par les administrations nationales des conditions d'octroi du formulaire E112, telles qu'édictées par l'article 22, paragraphe 2, deuxième alinéa du règlement n°1408/71, est une politique de refus quasi-systématique d'autorisation préalable nécessaire à la prise en charge des frais résultant de «soins programmés à l'étranger». Cette politique est motivée par la préservation du système national de santé. La Commission admet, que ces dispositions sont restrictives, sans toutefois être contraires aux règles fondamentales du Traité.

²²⁹ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, p. 751.

Pour la doctrine²³⁰, l'autorisation préalable octroyée par l'institution compétente de l'Etat membre d'affiliation du demandeur, condition indispensable imposée par l'article 22 du règlement n°1408/71, est contraire aux articles 28 et 49 du Traité²³¹. Nous y ajoutons également la libre circulation des personnes de l'article 18 TCE. Prodromos Mavridis synthétise les reproches de ces auteurs à cette pratique administrative:

«La pratique administrative qui consiste à refuser systématiquement le formulaire E112, sans tenir compte de la nécessité ou de la proportionnalité d'une mesure nationale, contrarie les règles du traité garantissant la libre circulation des produits et la prestation des services. Cette pratique se limite à interpréter uniquement l'article 22, §2 du règlement, tel que modifié mais elle ne tient pas compte de l'efficacité du traitement prévue par le paragraphe 1er du même article auquel la jurisprudence Pierik donne une grande importance»²³².

L'assuré de notre cas d'espèce a été confronté à cette politique de refus, dès qu'il a fait une demande d'obtention du formulaire E112, pour bénéficier de la prise en charge des coûts de «soins programmés à l'étranger». C'est cette pratique administrative nationale qu'il résume par la formule «sa caisse maladie lui interdit d'aller se faire soigner à l'étranger».

La CJCE, consciente que les pratiques nationales sont trop restrictives, a contourné le dispositif d'autorisation préalable du règlement n°1408/71, à travers quatre arrêts déterminants: dans les

²³⁰ Prodromos MAVRIDIS, Jean-Philippe LHERNOULD et Francis KESSLER ainsi que Sean VAN RAEPENBUSCH.

²³¹ L'article 28 [ex 30] interdit les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent. L'article 49 [ex 59] interdit les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union européenne.

²³² Prodromos MAVRIDIS, «Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix?», *op. cit.*, pp. 1093-1094.

affaires «Decker»²³³ et «Kohl»²³⁴, elle a jugé qu'une autorisation préalable pour des soins ambulatoires à l'étranger est contraire au Traité. Pour Jean-Philippe Lhernould et Francis Kessler, les arrêts «Decker» et «Kohl» ont créé «la procédure prétorienne [fondée sur les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services et à la libre circulation des marchandises] sans autorisation préalable avec remboursement à l'assuré par l'Etat d'affiliation selon les tarifs fixé par cet Etat»²³⁵.

Mais concernant les soins hospitaliers, la CJCE a modéré sa décision. Ce sont les arrêts «Vanbraeckel»²³⁶ et «Geraets-Smits»²³⁷, qui ont fait jurisprudence.

Dans l'affaire «Geraets-Smits», la Cour considère que l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale des soins hospitaliers dispensés dans un autre Etat membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable, au regard de la particularité de ce type de soins. Mais le pouvoir d'appréciation des administrations nationales ne doit pas violer le droit communautaire.

Sean Van Raepenbush souligne que la CJCE, tout comme la Commission européenne admettent les mesures nationales de restriction de la libre prestation des services par une raison impérieuse d'intérêt général. Dans l'affaire Kohl²³⁸ notamment, la Commission estime que le risque de rupture de l'équilibre financier du système de santé national doit être réel et effectif.

Cette série d'arrêts donne des outils aux assurés pour contester une décision défavorable d'une administration nationale.

²³³ CJCE, affaire C-120/95, *op. cit.*

²³⁴ CJCE, affaire C-158/96, *op. cit.*

²³⁵ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, pp. 751-752.

²³⁶ CJCE, affaire C-368/98, *op. cit.*

²³⁷ CJCE, affaire 157/99, *op. cit.*

²³⁸ CJCE, affaire C-158/96, *op. cit.*

Mais la Cour n'a pas invalidé l'article 22 du règlement, donc les administrations nationales continueront leur politique de refus quasi-systématiques des autorisations préalables pour bénéficier de «soins programmés» lors d'un séjour hors de l'Etat d'affiliation.

Prodromos Mavidris résume l'avis de la doctrine, que nous partageons, sur les limites de la voie judiciaire que la Cour a ouvert aux assurés pour contester le refus de délivrance du formulaire E112: «Un droit social d'origine jurisprudentielle est forcément instable et limité dans sa portée»²³⁹.

En effet, nous pensons que le recours à la voie judiciaire ne garantit pas à 100% la prise en charges de «soins programmés» lors d'un séjour hors de l'Etat membre de résidence. Même si les décisions de la CJCE, que nous avons étudiées ont fait jurisprudence, il y aura des cas où les restrictions à la libre circulation des personnes, des produits et la libre prestation des services seront justifiées. Dans ces cas les assurés seront doublement perdants. Dans un premier temps, ces derniers se verront refuser leurs requêtes par une administration nationale. Dans un second temps, très éloigné du premier, la CJCE jugera que ces refus étaient justifiés au regard du droit communautaire. Face à cette incertitude liée à tout jugement, ajoutée à la lourdeur de la procédure dans son ensemble, nous pensons que la majorité des personnes renoncera à recourir contre ces refus. Ces assurés vont se résoudre à attendre qu'un traitement adéquat à leur état de santé leur soit fourni sur le territoire de l'Etat membre de résidence.

Dans des cas concernant des soins ambulatoires, notamment pour l'achat d'accessoires, par exemple des lunettes comme dans l'affaire «Decker», nous pensons qu'une partie des assurés renoncera également à recourir, tant que la dépense sera jugée acceptable. Peut-être, que des gens confrontés à des traitements lourds, comme dans notre cas d'espèce, opteront pour la contestation de la décision administrative plus facilement.

²³⁹ Prodromos MAVRIDIS, «La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne», *op. cit.*, p. 677.

L'assuré social de notre cas d'espèce pourra certainement se servir de la jurisprudence «Geraets-Smits», pour contester une décision défavorable, d'une administration nationale. De plus, dans son cas les erreurs répétées de diagnostic prouvent qu'un traitement adéquat à son état de santé ne peut lui être administré sur le territoire de l'Etat membre de résidence. De ce fait, il se retrouve bien dans une situation d'urgence, pour laquelle l'institution compétente est prête à lui accorder une autorisation préalable pour se faire soigner dans son pays d'origine et ensuite prendre en charge les coûts de ces «soins programmés à l'étranger».

Nous avons vu que la réaction institutionnelle attendue par les auteurs que nous avons cités précédemment ne va pas dans le sens que ces derniers espéraient, ni l'adoption de la carte européenne d'assurance maladie ni le nouveau règlement n°883/2004 n'apportent de solutions aux personnes déboutées par les institutions compétentes des Etats membres. En effet, la carte européenne d'assurance maladie ne remplacera pas le formulaire E112 et l'article 20 du règlement n°883/2004 reprend les mêmes conditions restrictives d'octroi d'autorisation préalable que l'article 22, §2, alinéa 2 du règlement n°1408/71.

Nous nous sommes demandé alors, si la mise en place d'une protection qui suit le travailleur dans toute l'UE est possible. Soit en appliquant le «principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71, soit si une harmonisation du domaine de la sécurité sociale au niveau communautaire permettra d'éliminer la problématique de l'autorisation préalable pour les «soins programmés à l'étranger».

Nous avons démontré que si «le principe du pays d'origine» est appliqué au règlement n°1408/71, cela ne dispense pas les assurés de demander une autorisation préalable, pour bénéficier de «soins programmés à l'étranger», à l'institution compétente de l'Etat membre de résidence. Cela ne stoppera pas non plus la politique de refus quasi-systématique de délivrance du formulaire E112 par les administrations nationales. Il ressort que l'application du «principe du pays d'origine» au règlement n°1408/71 ne résout pas la problématique de ce travail.

Dès lors, nous avons essayé de savoir de quelle manière cette harmonisation communautaire traitera le problème de l'autorisation préalable pour «soins programmés à l'étranger». Nous sommes d'accord avec les auteurs que nous avons cités dans ce travail, l'harmonisation de la sécurité sociale au niveau communautaire est sûrement nécessaire, afin de combler les différences souvent importantes des différentes législations de sécurité sociale des Etats membres.

Nous pensons qu'un fond commun basé la convention n°102 de l'OIT comme l'a proposé Pennings est une bonne base pour débiter les discussions concernant une législation d'harmonisation du domaine au niveau communautaire. L'avantage de la convention est, comme l'a souligné cet auteur, que la plupart des Etats membres y soient également parties et qui permet aux Etats membres qui le désirent, de proposer, au niveau national, une protection sociale plus élevée.

Du point de vue de la solution adéquate pour résoudre la problématique de ce travail, c'est à dire le problème de l'autorisation préalable pour «soins programmés à l'étranger». Nous pensons que si les Etats membres refusent que ce sujet soit inclus dans le cadre normatif commun, alors l'harmonisation ne sera pas la solution que nous recherchons.

Nous avons fait la proposition suivante: si dans un projet d'harmonisation, l'autorisation préalable est maintenue aux conditions de l'actuel article 22 du règlement n°1408/71, pour des traitements lourds, aussi bien sur plan médical que sur le plan financier, comme dans notre cas d'espèce. Les conditions d'octroi seront interprétées selon les enseignements des jurisprudences «Pierik» et «Geraets-Smits». Un organe de contrôle communautaire définira la procédure à suivre. L'Union européenne accordera une aide financière aux Etats membres, afin que leurs systèmes nationaux de santé ne soient fragilisés par cette procédure.

Mais l'harmonisation de la sécurité sociale au niveau communautaire n'est pas d'actualité. Ce domaine est régi par la coordination des législations des Etats membres, l'instrument législatif utilisé est notamment le règlement tel que l'actuel n°1408/71 ou le futur n°883/2004.

Actuellement, les citoyens européens qui sont confrontés à la politique de quasi-refus de délivrance du formulaire E112 par les administrations nationales, doivent recourir contre ces décisions à travers une procédure judiciaire. Les arrêts «Decker»²⁴⁰, «Kohll»²⁴¹, «Vanbraeckel»²⁴² et «Geraets-Smits»²⁴³, précités, forment une jurisprudence constante, qui leur permettra de fonder leurs griefs.

Mais comme l'ont écrit Lhernould et Kessler, «au regard des enjeux financiers et structurels [...] pour les régimes nationaux de soins de santé»²⁴⁴ la question de l'interprétation des conditions d'octroi de l'autorisation préalable pour bénéficier de la prise en charge des coûts de «soins de santé à l'étranger» par l'institution compétente et la politique de quasi-refus de délivrance du formulaire E112 par les administrations nationales, sont loin d'être closes.

²⁴⁰ CJCE, affaire C-120/95, *op. cit.*

²⁴¹ CJCE, affaire C-158/96, *op. cit.*

²⁴² CJCE, affaire C-368/98, *op. cit.*

²⁴³ CJCE, affaire 157/99, *op. cit.*

²⁴⁴ Jean-Philippe LHERNOULD, Francis KESSLER, «La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire», *op. cit.*, pp. 752-753.

Bibliographie

Sources

«Règlement n° 1408/71, du 14 juin 1971, “relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté”», JO n° L 149 du 05.03. 1971, p. 2, version consolidée in KADDOUS, Christine, *Union européenne, Communauté européenne, recueil de textes*, Berne, Staempfli Editions SA, 2003, 2ème éd. et in TEYSSIE, Bernard, *Code de droit social européen 2004*, Paris, Litec Groupe lexixNexis, Editions du Juris-Classeur, 5ème éd., 2003.

«Règlement d’application n° 574/72, du 21 mars 1972, “fixant les modalités d’application du règlement 1408/71”», JO n° L 74 du 27.03.1972 in TEYSSIE, Bernard, *Code de droit social européen 2004*, Paris, Litec Groupe lexixNexis, Editions du Juris-Classeur, 5ème éd., 2003.

Règlement n°883/2004, « portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale », JO n° L 166, 30.04.04, pp. 1ss, <http://europa.eu.int/euro-lex/fr>.

Règlement n° 631/ 2004 du 31 mars 2004, JO n° L 100 du 06.04.04, pp.1ss, <http://europa.eu.int/ero-lex/fr>.

Règlement n°3/58 concernant « La libre circulation des travailleurs migrants », JO. N° B 30 du 16.12.58, pp. 561ss, <http://europa.eu.int/euro-lex/fr>.

Jurisprudence de la CJCE en ligne, <http://curia.eu.int/jurisp/content/juris/index.htm>.

CASSTM, *décisions interprétatives n°189 à 197 relatives à la « carte européenne d'assurance maladie »*, http://europa.eu.int/comm/employment_social/législations/fr.

Commission européenne, direction emploi et affaires sociales, *Rapport du Groupe de Haut Niveau sur l'avenir de la politique sociale dans une Union européenne élargie*, mai 2004, http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2004/jun/hlg_social_elarg_fr.pdf.

«Commission européenne, “Communication sur les suites de l’arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l’affaire 120-78 [Cassis de Dijon], JO n° C 256 du 03.10.80, p. 2» in KADDOUS, Christine, *Union européenne, Communauté européenne, recueil de textes*, Berne, Staempfli Editions SA, 2ème éd., 2003.

Commission européenne, direction Marché intérieur, *Guide pratique relatif aux concepts et à l'application des articles 28-30 du traité CE*, janvier 2001, http://europa.eu/comm/internal_market/goods.

Travaux

Ouvrages

KADDOUS, Christine, *Union européenne, Communauté européenne, recueil de textes*, Berne, Staempfli Editions SA, 2ème éd., 2003.

PENNINGS, Frans, *Introduction to European Social Security Law*, The Hague, [...], Kluwer Law International, second edition, collection Study in Social Policy, 1998.

RODIERE, Pierre, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J, 2ème éd., 2002.

TEYSSIE, Bernard, *Code de droit social européen 2004*, Paris, Litec Groupe lexixnaxis, Editions du Juris- Classeur, 5ème éd., 2003.

Articles

KERSCHEN, Nicole, « Vers une individualisation des droits sociaux: approche européenne et modèles nationaux », *Droit social*, n°2, février 2003, pp. 216-222.

LHERNOULD, Jean-Philippe, KESSLER, Francis, « La prise en charge des soins de santé programmés dans l'espace communautaire », *Revue de jurisprudence sociale*, n°10/01, octobre 2001, pp. 750-754.

MAVRIDIS, Prodromos, « La sécurité sociale et les promesses des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *Cahiers de droit européen*, n°5-6, 2002, pp. 634-677.

MAVRIDIS, Prodromos, « La fin des doubles cotisations sociales en Europe ? », *Droit social*, n°12, décembre 2000, pp. 1104-1113.

MAVRIDIS, Prodromos, « Libération des soins de santé en Europe: un premier diagnostic », *Revue du Marché unique européen*, n°3/98, 1998, pp. 145-196.

MAVRIDIS, Prodromos, « Le citoyen européen peut-il se faire soigner dans l'Etat de son choix ? », *Droit social*, n°12, décembre 1996, pp. 1086-1094.

PRETOT, Xavier, « La protection sociale des travailleurs qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté », *Droit social*, n°7-8, juillet-août 1989, pp. 565-572.

SECHE, Jean-Claude, « L'organisation juridique de la mobilité et de la protection sociale », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n°343, janvier 1991, pp. 94-99.

VAN RAEPENBUSCH, Sean, « Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du Marché intérieur », *Cahier de droit européen*, n°1-2, 1998, pp. 683-697.