

# **VERS UNE REMISE EN CAUSE DES SYSTEMES NATIONAUX DE PROTECTION SOCIALE ?**

**Observations sur la jurisprudence récente de la Cour de justice**

**Alessandra Bosco**

*Problématiques européennes N° 7  
juillet 2000*

***ETUDE DISPONIBLE EN FRANÇAIS, ANGLAIS ET ALLEMAND***  
© *Notre Europe, juillet 2000*

## **Alessandra Bosco**

Au sein de Notre Europe, Alessandra Bosco, de nationalité italienne, suit les dossiers de la protection sociale, de la stratégie européenne pour l'emploi et du dialogue social européen. Depuis plusieurs années, les questions sociales de l'intégration européenne sont au centre de son parcours intellectuel et professionnel. Spécialisée en Relations Industrielles auprès de l'Université LUISS de Rome, suite à un D.E.A. au Collège d'Europe à Bruges, en 1994 elle a participé aux travaux du Livre Blanc relatif à la stratégie européenne pour l'emploi au sein de la Commission européenne. Entre 1995 et 1998, chargée d'études sur la protection sociale comparée et européenne auprès de l'institut de recherche de la Confédération Européenne des Syndicats (ISE) à Bruxelles, elle a été chargée d'expertises auprès du Comité Economique et Social.

## **Notre Europe**

Notre Europe est un groupement indépendant d'études et de recherches sur l'Europe, son passé, ses civilisations, sa marche vers l'unité et ses perspectives d'avenir. L'association a été créée par Jacques Delors à l'automne 1996. Elle se compose d'une petite équipe de six chercheurs originaires de divers pays.

Notre Europe participe au débat public de deux manières : en publiant des études sous sa responsabilité et en sollicitant des chercheurs et des intellectuels extérieurs pour contribuer à la réflexion sur les questions européennes. Ces documents sont destinés à un nombre limité de décideurs, politiques, socio-professionnels, académiques et diplomates dans les différents pays de l'Union européenne.

L'association organise également des rencontres et des séminaires en collaboration avec d'autres institutions ou des organes de presse. Conformément aux statuts de l'association, le « Comité Européen d'Orientation » se réunit également au moins trois fois par an ; il est composé de personnalités issues des différents pays européens et de diverses origines politiques et professionnelles.



## AVANT PROPOS

Le domaine de « la sécurité sociale et de la protection sociale de travailleurs » fait partie de ceux pour lesquels l'unanimité est requise au Conseil. Le non-dit de la construction européenne est qu'il s'agit d'un domaine réservé, qui renvoie à la mystérieuse alchimie par laquelle chaque État perpétue le « vouloir vivre ensemble » de ses citoyens. Cette situation correspond aux vœux profonds de l'opinion européenne, ainsi que l'attestent de façon constante tous les sondages.

En déduire que les choses sont clairement délimitées serait imprudent : la Cour de Justice, de par sa fonction, est amenée à définir « en creux » la mission de l'Union dans le champ de la protection sociale. En creux, parce qu'elle est alors saisie - au travers des juridictions nationales - par des groupes qui remettent en cause les contraintes propres aux systèmes nationaux de protection sociale, qu'il s'agisse de prestataires privés ambitionnant d'étendre le champ de leur activité ou d'assurés désireux de s'affranchir de la rigueur des disciplines nationales. La solidarité n'intervient alors qu'en défense, jamais de façon positive et offensive, et on ne saurait reprocher à la Cour de ne pas choisir ses plaignants.

Au cours de ces dernières années, elle a été ainsi amenée à se prononcer sur un nombre croissant d'affaires dans lesquelles les systèmes nationaux de protection sociale étaient attaqués au regard du droit de la concurrence ou du principe de libre circulation des biens et des services. Si le nombre de ces cas reste trop peu conséquent pour que l'on puisse en déduire une doctrine ferme, on commence cependant à percevoir des lignes de force dans la jurisprudence communautaire.

La lecture de l'examen approfondi auquel a procédé Alessandra Bosco dégage une impression mitigée. D'une part, il convient de rendre hommage à la sagesse des juges communautaires qui ont su tracer une ligne de partage raisonnable entre ce qui ressort de la liberté économique et ce qui relève de la solidarité. Ce faisant, ils ont montré qu'ils n'entendaient pas remettre en cause la possibilité pour chaque État d'organiser la solidarité sociale en fonction de son génie propre et de ses traditions.

En sens inverse, la multiplication des recours tendant à faire trancher par des juges, à partir de dispositions de droit positif relativement générales, des questions de cette ampleur, a quelque chose d'inquiétant. Les liens de solidarité qui unissent les membres d'une société constituent un sujet trop important pour qu'on l'aborde par la tangente, au détour d'une procédure judiciaire. La prudence dont a su faire preuve la Cour de Justice ne doit pas nous conduire à sous-estimer ce risque.

Ce constat appelle, à mon sens, une réflexion urgente sur la nécessité de définir de façon plus positive et précise la notion de subsidiarité, qui me paraît consubstantielle à la protection sociale. L'étude d'Alessandra Bosco a le grand mérite de nous convier à cet exercice en exposant les tensions entre intégration économique et protection sociale qui sont apparues au cours des dernières années.

Jacques Delors



## **TABLE DES MATIERES**

<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
<b>CHAPITRE I - LA PROTECTION SOCIALE FACE A LA CONCURRENCE</b>	
Quelques préalables	3
I.1 La protection sociale légale de base	5
I.2 La protection sociale complémentaire facultative	7
I.3 La protection sociale complémentaire obligatoire	9
Conclusion : mise en concurrence des systèmes de protection sociale ou socialisation de la politique de concurrence ?	13
<b>CHAPITRE II – LA PROTECTION SOCIALE FACE A LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS ET DES SERVICES</b>	
Quelques préalables	15
II.1 Libertés économiques et soins de santé	17
II.2 Les arrêts Decker et Kohll	20
II.3 Implications de la jurisprudence	22
<b>CONCLUSIONS</b>	<b>27</b>
<b>REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES</b>	<b>29</b>
<b>JURISPRUDENCE</b>	<b>31</b>



## INTRODUCTION

Traditionnellement, la jurisprudence communautaire a été un domaine réservé aux spécialistes et l'activité de la Cour de Luxembourg n'a été l'objet de réflexions qu'au sein d'un monde d'experts de la construction européenne. Cette relative absence de débat public sur un domaine de première importance semble avoir touché à sa fin. En effet, au cours des dernières années, la jurisprudence de la Cour de Justice a été l'objet d'une attention grandissante de la part d'un plus large éventail d'acteurs concernés par l'évolution de la construction européenne, ainsi que d'un public moins spécialisé.

En particulier, certains arrêts récents en matière économique et sociale ont reçu une attention importante de la part de la presse européenne. La dynamique entre les dimensions économique et sociale soulève des interrogations importantes quant à la relation entre la libre circulation, clef de voûte du marché unique, d'une part et le monde des solidarités et du lien social d'autre part. De plus, cette dynamique interroge le sens même de la construction européenne, du moment que les pères fondateurs ont jeté les bases d'un projet politique passant d'abord par l'économique et que la relation entre la nature *sui generis* de l'Europe et les fonctions de l'Etat-nation est la plaque tournante de toute vision sur cette entreprise collective.

Si l'attention que la presse consacre depuis quelques années à la jurisprudence économique et sociale communautaire témoigne d'un intérêt croissant vis-à-vis des thèmes évoqués, l'impression dominante que dégage la lecture de cette presse est celle d'un processus graduel d'érosion de la souveraineté nationale dans le domaine social, et notamment de la protection sociale. L'idée d'une Europe 'cheval de Troie du libéralisme' qui grignote les frontières des Etats-Providence, est souvent évoquée dans les commentaires sur l'activité de la Cour de Justice.

A partir de ces réactions, nous avons souhaité vérifier l'existence éventuelle d'une tension entre l'intégration économique européenne et la maîtrise par les Etats membres de leurs systèmes de protection sociale. Notre question centrale est de savoir si, à travers l'intégration économique voulue par les traités, une pression vers une harmonisation des systèmes de protection sociale est à l'œuvre. Assisterions-nous à une forme d'uniformisation des systèmes sociaux par le marché ?

Dans cette étude, nous avons focalisé notre attention sur la Cour de Justice. Nous sommes conscients du fait que ce choix méthodologique ne nous permet pas d'avoir un regard exhaustif, puisqu'il exclut du champ d'analyse d'autres acteurs de l'intégration européenne, en particulier la Commission européenne et son activité dans le cadre des communications sur la convergence. Néanmoins, nous nous sommes concentrés sur la Cour de Justice en raison du fait que, dans le passé, cet acteur a parfois poussé les Etats membres à investir de nouveaux champs politiques en remettant en cause des pans entiers de leur contrôle souverain. Plus récemment, des décisions de cette institution ne sont pas passées inaperçues.

La recherche universitaire s'intéresse au rôle de la Cour de Justice dans le processus d'intégration européenne depuis une dizaine d'années. Dans ce cadre, très peu d'études ont focalisé l'attention sur son rôle dans la relation entre intégration économique et protection sociale, notamment celles réalisées par certains auteurs américains (Libfried et Pierson, 1995). En s'inscrivant dans un champ de recherche relativement inexploré, notre étude apporte une analyse originale par rapport à celle de ces autres auteurs.

Le marché intérieur repose sur le *corpus* de règles inscrites dans le Traité, relatives à la concurrence et aux quatre libertés de circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Dans son rôle d'interprète du traité, la Cour de Justice a été appelée à se prononcer sur la relation entre certaines de ces règles communautaires et les règles nationales de protection sociale. Afin de répondre à nos questions, nous nous sommes consacrés à la jurisprudence relative à la concurrence et à la libre circulation des biens et des services, sans aborder la libre circulation des travailleurs en tant que telle.

Le Traité prévoit des dispositions concernant la circulation des travailleurs, visant un marché européen du travail dans lequel ce facteur de production circule librement. Le législateur communautaire a défini des règles sociales importantes en ce domaine pour garantir que les travailleurs migrants ne soient pas l'objet de discriminations par rapport aux travailleurs nationaux et que les politiques de protection sociale nationales ne fassent pas obstacle à la mobilité intracommunautaire. Ces règles ne concernent toutefois qu'une fraction réduite de la population, les 2%, qui ont choisi de s'établir dans un autre Etat membre. En partant de ce constat, nous avons choisi de limiter cette analyse à la question de savoir dans quelle mesure la tension éventuelle entre intégration économique européenne et protection sociale a un impact sur la majorité des citoyens européens qui restent ancrés à l'intérieur des frontières nationales.

Dans la première partie de notre étude, nous analysons la jurisprudence relative aux règles de la concurrence. Historiquement, les institutions de protection sociale ont été dotées de monopoles pour l'organisation des solidarités à l'intérieur des frontières nationales. Ces frontières nationales, sont-elles en train de s'estomper sous le poids de la concurrence communautaire ? Assiste-t-on à une remise en cause du monopole des institutions nationales par le biais des règles communautaires de la concurrence ?

La deuxième partie de l'étude est consacrée à l'analyse de la jurisprudence relative à la libre circulation des biens et des services. Récemment, un arrêt de la Cour de Justice en matière de circulation des biens et services médicaux a suscité le débat autour du ‘tourisme médical’, c'est à dire de la possibilité pour les citoyens européens de se rendre au-delà des frontières pour tirer avantage des systèmes sanitaires des autres pays. Sommes-nous confrontés à la création d'une circulation transfrontalière des malades qui risquerait à terme de mettre à mal les systèmes de soins de santé ? Va-t-on vers une mise en concurrence des systèmes sanitaires par le biais de la mobilité des bénéficiaires de soins ?

C'est à partir de ces questions que nous nous proposons d'explorer la nature de la relation entre construction économique européenne et solidarités sociales, et faire un bilan de son état actuel. Avec l'espoir de contribuer à ce débat qui est au cœur de toute réflexion sur notre identité européenne.

## CHAPITRE I – LA PROTECTION SOCIALE FACE A LA CONCURRENCE

### Quelques préalables

Dans la perspective de l'intégration économique voulue par les traités, les règles de concurrence occupent une place de premier plan. En effet, une des premières missions de la Communauté consiste à promouvoir dans le marché intérieur une concurrence qui, selon l'expression de l'article 3 g, ne soit point faussée par les entreprises et par les Etats.

Piliers de la création du marché intérieur, les règles de concurrence sont complémentaires aux principes de libre circulation des marchandises et des capitaux, de liberté de prestation de service et de liberté d'établissement. Ainsi, la suppression des obstacles institutionnels aux échanges va de pair avec la garantie que d'autres barrières à l'intégration des économies ne se mettent en place en vertu des comportements des entreprises ou des Etats. A cette fin, le droit de la concurrence vise à ce que les entreprises ne reconstituent pas, par des ententes ou des pratiques abusives, un cloisonnement des marchés nationaux et que les Etats, par des actions protectionnistes en faveur de leurs industries nationales, ne soient tentés de faire obstacle à l'interpénétration des économies. Le droit communautaire de la concurrence constitue donc un *corpus* de règles se superposant aux droits nationaux et ne sanctionnant que les comportements 'incompatibles avec le marché commun' et 'qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres' (Shapira *et al.*, 1994). Il s'agit d'un champ du droit qu'*a priori* n'apparaît pas concerner celui de la protection sociale.

La *ratio* de la protection sociale réside dans la solidarité. En effet, dans tous les pays de l'Union européenne, les systèmes de protection sociale traduisent la façon dont des solidarités professionnelles dans certains cas, nationales dans d'autres ont pris le relais des solidarités traditionnelles - familiales ou de voisinage - que les bouleversements induits par l'industrialisation, l'exode rural et la concentration urbaine avaient mis à mal. La protection sociale est, en ce sens, un mécanisme de socialisation des risques et d'institutionnalisation des solidarités à travers la création de collectivités redistributives (Ferrera, 1993).

Ainsi, le droit de la protection sociale a comme fonction de prévenir l'occurrence d'un certain nombre de contingences liées à l'existence - maladie, chômage, vieillesse, pour en citer quelques-uns - ainsi que de remédier et de compenser financièrement la matérialisation des ces contingences sociales pour les individus et les familles (BIT, 1984). Il s'agit donc de la mise en œuvre d'une solidarité entre certaines catégories d'individus face à certains risques. Dans tous les Etats membres de l'Union, le droit à la protection sociale est considéré comme un droit fondamental.

Les frontières des systèmes solidaires de protection sociale coïncident avec celles de l'Etat-nation. Le droit de la protection sociale est, dans l'ordre juridique communautaire, de la compétence exclusive des Etats membres. En effet, il n'y a transfert de compétences aux institutions communautaires que pour supprimer les obstacles à la libre circulation des travailleurs migrants. A cette fin, les règles de coordination de la sécurité sociale mettent en place un mécanisme de passerelles entre les systèmes en vue d'assurer que le travailleur

migrant ne soit pas l'objet de discrimination - positive ou négative - par rapport aux travailleurs nationaux<sup>1</sup>.

A la lumière de ces lignes introductives, la relation entre le droit communautaire de la concurrence et le droit national de la protection sociale se dessine autour d'une double tension : d'un côté, entre concurrence et solidarité, c'est à dire entre le champ de la liberté d'entreprise au sein d'un marché sans entraves et le monde de l'aide aux individus ou à des catégories d'individus face aux aléas de l'existence ; d'un autre côté, entre des règles spécifiquement européennes, vouées à éliminer les frontières nationales de la carte géo-économique de l'Union, et les principes d'un pacte social qui s'est forgé à l'intérieur de chaque Etat membre.

La confrontation du droit de la concurrence et du droit de la protection sociale porte sur le 'qui' de la protection sociale, c'est à dire sur les organismes qui organisent et mettent en place la solidarité entre individus face à certains risques. Elle résulte essentiellement du fait que des institutions de protection sociale ont été dotées de monopoles de gestion de prestations financières ou de prestations 'en nature', de services. L'histoire de la construction d'une protection dite 'sociale' en Europe est aussi l'histoire de la formation d'institutions habilitées à instituer une solidarité au sein d'une collectivité. On est bien au cœur du pacte social, original et spécifique à chaque Etat membre. Ainsi, 'tout le problème de l'application du droit de la concurrence aux régimes de protection sociale, légaux ou conventionnels, se ramène à une seule question : celle de savoir si l'Etat ou d'autres que l'Etat - partenaires sociaux ; représentants qualifiés des professions non salariées ... - peuvent ou non être autorisés à instituer une *solidarité* entre les membres d'une collectivité déterminée face aux incidences de certains risques' (Dupeyroux, 1993 : 494).

Dans quelle mesure les situations de monopole mises en place dans chaque Etat vont-elles à l'encontre des politiques de concurrence ? Et, vice-versa, dans quelle mesure les exigences de la solidarité sont-elles prises en compte dans la définition de la libre concurrence ? Donc, quelle est la nature de la relation entre ces deux branches du droit ? Y-a-t'il séparation, tension ou quelle forme de compromis a-t-on trouvé ?

Il s'agit, comme on le voit, de questions qui sont au cœur de choix délicats de société, c'est à dire de la façon dont nos sociétés européennes interprètent la relation entre l'économique et le social et apportent leurs réponses quant aux équilibres difficiles à réaliser dans ce domaine. Aussi, il s'agit de questions qui caractérisent - au fil des décennies - cette entreprise collective qu'est la construction européenne et que l'on retrouve aujourd'hui au centre de la définition de la personnalité de l'Europe dans son ensemble.

C'est au cours des dernières années que la Cour de Justice a été appelée à explorer certaines des questions évoquées et à se prononcer sur la compatibilité des règles nationales de protection sociale avec le droit communautaire de la concurrence. En effet, en vertu de l'originalité du système juridique communautaire, les règles de concurrence du traité sont des dispositions directement applicables, c'est à dire que les particuliers peuvent, devant leurs juridictions nationales, faire valoir ces règles et en tirer des effets de droit. Ainsi, lorsqu'une

---

<sup>1</sup> Les règles de coordination visent les régimes légaux de base. Ce n'est qu'en juin 1998 qu'une directive du Conseil a inclus les pensions complémentaires parmi les droits que les travailleurs peuvent porter avec eux, même si partiellement, lorsqu'ils migrent. Voir plus loin et chapitre II.

juridiction nationale est saisie par des individus d'une question concernant les dispositions de concurrence, elle peut demander à la Cour de Luxembourg de fournir l'interprétation à donner à la règle communautaire qui, en cas de conflit, aura la primauté. Par rapport aux droits nationaux, les règles du traité ont ainsi un statut de charte constitutionnelle et la Cour de Justice joue un rôle voisin à celui d'une Cour Constitutionnelle (Dehousse, 1998).

Quelles réponses la Cour de Justice a-t-elle donné au fil des cas dont elle a été saisie jusqu'à présent ? Comment a-t-elle interprétée la relation entre les règles de la concurrence et institutions de protection sociale et selon quels critères ?

## I.1 La protection sociale légale de base

Les règles communautaires de la concurrence visent le comportement des entreprises dans le marché commun. Afin de garantir que la concurrence n'est pas faussée, l'article 85<sup>2</sup> du traité interdit tous accords ou associations entre entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres. De plus, l'article 86<sup>3</sup> interdit l'abus, de la part d'une ou plusieurs entreprises, d'une position dominante dans le marché commun ; ainsi, une position de monopole ou de quasi-monopole ne peut pas être exploitée de façon abusive dans le marché commun.

Ces règles du traité sont applicables à toute entreprise, tant privée que publique. Ainsi, la concurrence est la norme et ce n'est que par exception à ce principe que l'existence d'entreprises chargée de la gestion de services d'intérêts économique général permet des tempéraments à l'application des règles concurrentielles (Art. 90)<sup>4</sup>.

Alors que le traité ne comporte aucune définition de la notion d'entreprise, la Cour a adopté une définition particulièrement extensive, comprenant '*toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de ses modalités de financement*'<sup>5</sup>.

Les institutions de protection sociales sont-elles des entreprises ? Exercent-elles une activité économique soumise aux règles de concurrence du traité ? Leurs situations de monopole entraînent-elles des abus de position dominante contraire aux règles du traité ? Ce sont parmi les questions dont la Cour de Justice a été saisie par des juridictions nationales dans un certain nombre d'affaires, lorsque des particuliers ont mis en question les monopoles des institutions de protection sociale.

---

<sup>2</sup> Article 81 selon la numérotation du Traité d'Amsterdam.

<sup>3</sup> Article 82 selon la numérotation du Traité d'Amsterdam.

<sup>4</sup> Article 86 selon la numérotation du Traité d'Amsterdam.

<sup>5</sup> Affaire *Höfner*, C-41/90, arrêt du 23.4.1991.

Dans l'arrêt *Poucet et Pistre* rendu en 1993<sup>6</sup>, la Cour rejette la mise en question du monopole de la sécurité sociale française et affirme que les régimes du premier étage de la protection sociale – c'est à dire de la protection légale de base obligatoire - ne sont pas des entreprises et échappent donc à l'emprise du droit communautaire de la concurrence, lorsque '*ces régimes poursuivent un objectif social et obéissent au principe de la solidarité*'. Exercer une activité économique, c'est participer aux échanges économiques ; c'est parce que les régimes de base de sécurité sociale ne participent pas à ces courants d'échanges économiques que la Cour de Justice écarte l'application du droit de concurrence.

Ainsi, l'objectif social est le premier critère exclusif de la notion d'activité économique (Laigre, 1993)<sup>7</sup>. En effet, selon la Cour, l'objectif social résulte de la vocation de ces régimes à 'assurer à l'ensemble des personnes qui en relèvent une couverture des risques maladie, vieillesse, décès et invalidité, indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé lors de l'affiliation'. De plus, 'cette activité est fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif'.

Ensuite, la Cour caractérise le principe de solidarité à l'aide d'un certain nombre d'éléments : dans le régime d'assurance maladie, la solidarité se concrétise par le fait que le financement n'est pas modulé en fonction de l'état de santé des adhérents, mais qu'il est basé sur des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle, alors que les prestations sont identiques pour tous les bénéficiaires. Ainsi, il n'y a pas de 'sélection des risques' et une solidarité est en place entre les bien et moins bien portants. Existent également des droits sans contrepartie de cotisation : cette solidarité - poursuit la Cour - 'implique une redistribution du revenu entre les plus nantis et ceux qui, en l'absence d'un tel régime (...) seraient privés de la couverture sociale nécessaire'. Dans le régime d'assurance vieillesse, la solidarité s'exprime par le fait que 'ce sont les cotisations versées par les travailleurs en activité qui permettent de financer les pensions des travailleurs retraités', c'est à dire par mise en œuvre de la technique dite de 'répartition'. De plus, 'la solidarité se traduit également par l'octroi de droits à pension sans contrepartie de cotisations et de droits à pension non proportionnels aux cotisations versées'.

---

<sup>6</sup> Affaires *Poucet et Pistre*, C-159 et 160/91, arrêt du 17 février 1993. Il s'agit de deux cas de refus de paiement de cotisations de sécurité sociale. Monsieur Poucet et Monsieur Pistre soutenaient que la Canam et la Cancava, caisses françaises gérant respectivement l'assurance maladie des non-salariés et l'assurance vieillesse des artisans, étaient des entreprises occupant une position dominante dont elles abusaient, violant ainsi les règles de concurrence. Ils réclamaient le droit de s'assurer auprès de la compagnie d'assurance de leur choix. Confronté à un mouvement durable et concerté de refus de paiement de cotisations de sécurité sociale, le tribunal français a fini par saisir directement la Cour de Justice.

<sup>7</sup> Pourtant, dans un arrêt de 1991 relevant du droit de travail, la Cour de Justice raisonne autrement. L'agence nationale pour l'emploi allemande - une entreprise publique - jouissait d'un monopole sur le marché de l'emploi dans les opérations de placement ou recrutement de demandeurs d'emploi. Une entreprise privée contestait la régularité de ce monopole au regard du droit communautaire de la concurrence. Selon la Cour, l'agence nationale pour l'emploi est une entreprise qui abuse de sa position dominante puisqu'elle ne satisfait pas à l'intégralité de la demande, au moins pour une catégorie des salariés, les cadres dirigeants, car 28% seulement trouvent un emploi grâce à l'office. Dans ce cas, le caractère social d'une mesure ne suffit pas à la faire échapper aux règles du traité. En effet, la Cour ne prend pas en considération les arguments du gouvernement allemand qui invoquait des raisons historiques à la mise en place d'un monopole public de placement. Affaire *Höfner*, déjà cité. Dans un arrêt de 1997 la Cour confirme cette jurisprudence : l'Italie, qui interdit toute activité d'intermédiaire entre demandes et offres d'emploi, lorsque celui-ci n'est pas exercée par les bureaux publics de placement, enfreint les articles 90 et 86 du traité (Mavridis, 1998 : 243). Affaire *Job Centre*, C-55/96, arrêt du 11.12.1997.

Comme on le voit, dans l'arrêt *Poucet et Pistre* le principe de solidarité, dont la Cour dessine pour la première fois les traits, est le deuxième critère d'exclusion des règles de concurrence. Aussi, les régimes de sécurité sociale reposent sur un système d'affiliation obligatoire, indispensable à l'application du principe de solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes'.

Enfin, alors que le concept lui-même est inconnu du traité, il est remarquable que la Cour parle de *service public de la sécurité sociale* et considère que son activité n'est pas d'ordre économique échappant ainsi à l'emprise du droit de la concurrence. De cette façon, la Cour crée une catégorie nouvelle, non prévue par le traité. En effet, elle affirme qu'à côté des entreprises privées, des entreprises publiques, des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général des articles 85, 86 et 90, il existe des entités particulières gérant un régime légal obligatoire de sécurité sociale. Il s'agit d'entités auxquelles les règles concurrentielles n'ont pas vocation à s'appliquer (Kessler, 1997)<sup>8</sup>.

## I.2 La protection sociale complémentaire facultative

Au premier étage de la protection sociale on trouve les institutions déléguées par l'Etat à la mise en œuvre et à la gestion du régime de base, légal et obligatoire. Comme on l'a vu, dans l'arrêt *Poucet et Pistre*, la Cour a exclu toute transposition des règles de concurrence à ce niveau.

A côté de ce premier étage, il existe dans plusieurs pays de l'Union des régimes complémentaires, obligatoires ou facultatifs, mis en place par la loi, par des conventions collectives entre partenaires sociaux où d'initiative patronale et qui visent à offrir une protection ultérieure à des groupes d'individus face aux risques sociaux.

---

<sup>8</sup> L'arrêt *Poucet et Pistre* marque une évolution de la jurisprudence de la Cour. Comme on l'a vu, dans l'ordre juridique communautaire, le principe de libre concurrence occupe une place de premier plan. La concurrence est la norme ne justifiant de dérogations qu'en vertu de l'article 90. En effet, le traité de Rome a reconnu l'existence d'entreprises qui ont des missions particulières lorsqu'elles gèrent des services dits d'intérêt économique général. Ces entreprises sont soumises aux règles de concurrence mais seulement dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement de leur mission particulière. Tout au long des décennies de construction européenne, la Cour de Justice a donné une interprétation restrictive de cette exception au principe fondamental de la concurrence. Une riche jurisprudence a été développée, tendant à limiter la portée de l'exception, par exemple dans les secteurs des télécommunications, transports, poste, énergie. Toutefois, après l'arrêt *Poucet et Pistre* de 1993, la Cour assouplit sa jurisprudence et, dans un certain nombre d'arrêts, définit les critères d'une plus large compatibilité des services d'intérêt économique général avec les règles du traité. Ce dosage différent entre libre concurrence et intérêt économique général est, par exemple, explicité dans les arrêts suivants : *Corbeau*, concernant le monopole postal, du 19.5.1993 ; *Commune d'Almelo*, concernant la distribution d'énergie électrique, du 27.4.1994 ; *Eurocontrol*, concernant la navigation aérienne, du 19.1.1994 ; *Cali*, concernant la protection de l'environnement, du 18.3.1997 (Caire, 1999 ; Mavridis, 1998).

L'arrêt *Coreva*, rendu en 1995, est d'une autre teneur<sup>9</sup>. En effet, pour la première fois, la Cour de Justice qualifie d'entreprise un organisme qui gère un régime de protection complémentaire *facultatif*. Dans cet affaire, des compagnies d'assurances contestaient le monopole accordé par la loi française à une caisse de sécurité sociale gérant un régime complémentaire de retraite. En donnant raison aux plaignants, la Cour affirme que le monopole accordé par la loi nationale à la gestion d'un régime complémentaire de retraite est contraire au droit communautaire. S'agissant d'une caisse de sécurité sociale, il en découle que les règles de la concurrence font intrusion au sein de la protection sociale ; c'est en ce sens une inversion de l'approche de la jurisprudence *Poucet et Pistre*.

Comment la Cour motive-t-elle ce choix ? Dans son raisonnement, elle fait à nouveau appel au principe de solidarité. Elle remarque que la notion de solidarité se traduit par les éléments suivants : l'indépendance des cotisations par rapport au risque, des cotisations proportionnelles aux revenus, la dispense de versement de cotisations dans certains cas, l'absence de but lucratif... Mais, selon la Cour, dans le cas d'espèce 'le principe de solidarité a une portée extrêmement limitée, qui *découle* du caractère facultatif du régime'.

En d'autres termes, il n'y a pas de solidarité parce qu'il n'y a pas d'affiliation obligatoire à la couverture proposée par le régime. Ainsi, l'obligation d'affiliation devient une *condition* de l'existence du principe de solidarité alors que dans l'arrêt précédent il en est la *conséquence* logique (Kessler, 1997). La critique faite à la Cour est d'avoir négligé de prendre suffisamment en compte l'existence d'une mutualisation des risques – c'est à dire leur mise en commun collective - pouvant se passer du caractère facultatif ou non du régime.

Toutefois, dans l'arrêt *Garcia* rendu en 1996<sup>10</sup>, la Cour revient sur la jurisprudence *Poucet et Pistre*. Confrontée à la mise en cause par les commerçants et artisans français de l'obligation d'affiliation à des régimes sociaux, la Cour de Justice affirme que 'les régimes de sécurité sociale fondés sur le principe de solidarité *exigent* que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire (...) de la suppression de l'obligation d'affiliation, il en résulterait l'impossibilité de survie des régimes'.

---

<sup>9</sup> Affaire *Coreva* C-244/94 ; arrêt du 16.11.1995. Selon un commentateur français, l'arrêt Coreva est caractérisé par des ambiguïtés majeures car 'on ne sait jamais si la Cour de justice - comme le Conseil d'Etat dans la question qu'il lui a posée et les plaignants dans leurs observations - raisonnent sur des régimes de retraite ou sur des systèmes d'épargne' (Laigre, 1996a : 83). Ainsi, selon cet auteur, la Cour a considéré le produit offert par la caisse française comme un produit d'épargne individuelle, d'où l'entrave à la concurrence du fait du monopole de la caisse excluant les compagnies d'assurance. Par contre, Laigre est de l'avis que Coreva est un régime collectif de retraite et que la Cour a analysé de façon incomplète le mécanisme de constitution des droits prévu par le régime ainsi que d'autres caractéristiques. En ce sens, voir aussi Mavridis, 1998. La question relative à la nature du produit est déterminante afin de savoir quel est le marché de référence en cause, une pratique qui est restrictive de la concurrence sur un marché pouvant être sans incidence sur un autre.

<sup>10</sup> Affaire *Garcia*, C-238/94, arrêt du 26.3.1996. Cette affaire concerne la relation entre l'achèvement du marché intérieur dans le domaine des assurances et la protection sociale. En vertu de directives communautaires entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1994, la réglementation communautaire prévoit la mise en œuvre complète de la libre prestation des services pour les compagnies d'assurance, en vertu de laquelle les sociétés d'assurance peuvent librement offrir leurs services dans l'espace communautaire intégré sans autorisation préalable de la part des autorités nationales de l'Etat d'accueil. Dans l'affaire Garcia, la juridiction nationale a demandé à la Cour si l'entrée en vigueur des directives 'assurances' était de nature à mettre en cause l'obligation d'affiliation aux régimes de sécurité sociale des commerçants et artisans français. En réalité, les directives elles-mêmes fixent les rapports que peuvent entretenir les entreprises d'assurance et les régimes de sécurité sociale et ces rapports n'ont pas pour objet la question de l'obligation d'affiliation. Dès lors, il s'agissait pour la Cour de Justice d'un cas de simple solution (Laigre, 1996b).

Au fil des trois arrêts examinés, l'on voit se dessiner l'approche de la Cour de Justice par rapport à la relation entre concurrence et protection sociale. Tout d'abord, la Cour exclut l'application des règles de concurrence au premier étage de la protection sociale, constitué par les régimes légaux de base. En revanche, la gestion monopolistique d'un régime complémentaire facultatif de retraite est contraire aux règles concurrentielles du traité : la concurrence fait ainsi intrusion dans la protection sociale complémentaire.

Il est clair que la Cour se prononce sur les cas spécifiques dont elle est saisie et répond aux questions portant sur les affaires ponctuelles examinées par les juridictions nationales. Cependant, l'on voit se dessiner une séparation théorique entre, d'un côté, le champ de la solidarité organisé par l'Etat au sein du premier étage et celui du deuxième étage livré au libre jeu de la concurrence dans le marché. Selon un auteur français, cette approche a tendance à remettre en cause les habitudes françaises de pensée lorsqu'elle ne ménage pas d'espace spécifique au tiers secteur de la solidarité sociale de groupes à but non lucratif, telles les mutuelle ou les institutions paritaires (Laroque, 1997). Dans ce cadre, d'autres auteurs ont évoqué l'opportunité pour le législateur européen d'apporter une clarification sur la distinction entre l'assurance sociale et l'assurance privée, indépendamment de la nature des institutions qui les mettent en œuvre (but lucratif ou non, rôle des partenaires sociaux, degré de dépendance à l'égard de l'Etat). Afin de combiner mutualisation des risques et mécanismes de marché, ces auteurs suggèrent d'opérer une distinction entre la constitution d'un régime de protection sociale et sa gestion, la concurrence ayant à leurs avis vocation à s'exercer au sein de cette dernière (Chassard et Venturini, 1995).

### I.3 La protection sociale complémentaire obligatoire

Fin septembre 1999 la Cour de Justice a rendu trois autres arrêts<sup>11</sup> à propos de régimes complémentaires de retraite qui nous semblent marquer un tournant important dans la jurisprudence communautaire. Ces affaires concernaient la compatibilité avec les règles de concurrence de l'affiliation *obligatoire* à un fonds sectoriel de pension.

Les régimes complémentaires jouent un rôle de plus en plus important en Europe et l'affiliation obligatoire constitue un phénomène normal dans plusieurs pays de l'Union, tels que les Pays-Bas, le Royaume-Uni, l'Irlande, le Danemark, la France et la Grèce. La grande majorité de ces régimes n'est pas issue de lois mais de conventions collectives entre partenaires sociaux. Dans ces pays, une loi de base permet au pouvoir exécutif de rendre obligatoire, pour les parties signataires et leurs membres, un accord paritaire. Le régime ainsi instauré a une origine conventionnelle, mais revêt le même caractère obligatoire qu'un régime légal (Mavridis, 1998).

C'est précisément de tels cas dont la Cour a été saisie par des juridictions néerlandaises, lorsque trois entreprises ont soutenu que l'affiliation obligatoire était contraire aux règles du traité. En particulier, dans le système néerlandais, les partenaires sociaux de secteurs professionnels élaborent des accords créant pour l'ensemble du secteur une seule caisse de

---

<sup>11</sup> Affaire *Albany*, C-67/96 ; Affaire *Maatschappij*, C-219/97 ; Affaire *Brentjens*, C-115/97 à C-117/97 ; les affaires ont été jointes, arrêts du 21.9.1999. Dans ce qui suit on fera référence à l'arrêt *Albany*. S'agissant d'arrêts récents et, à notre avis, particulièrement importants, on procédera à une analyse détaillée des raisonnements de la Cour.

pension à laquelle la loi confère le droit exclusif de gérer les fonds et à laquelle toutes les entreprises du secteur sont donc obligatoirement affiliées.

Deux questions fondamentales nous semblent être en jeu dans ces affaires : celle de savoir si le fonds sectoriel de pension est une entreprise et donc si les règles de la concurrence sont d'application, et celle de savoir si les conventions collectives entre organisations patronales et organisations des salariés sont des ententes sanctionnées par l'article 85 du traité et la loi d'extension une mesure prise par l'Etat contraire aux règles de concurrence applicables aux entreprises.

Avant d'analyser la question relative au fonds de pension, on consacrera quelques lignes aux questions concernant les conventions collectives et leur extension par la loi, car on est bien au fondement des systèmes de relations professionnelles de plusieurs Etats membres. On est aussi au cœur de notre question : au regard du droit de la concurrence, les partenaires sociaux, sont-ils fondés à organiser une solidarité entre un certain groupe de salariés et l'Etat est-il habilité à reconnaître cette capacité des partenaires sociaux ? Une réponse par la négative à cette question de la part de la Cour reviendrait à mettre en question un pilier fondamental du pacte social dans plusieurs Etats membres.

Confrontée à ces questions, la Cour a décidé de ne pas remettre en question des choix éminemment nationaux. Il nous semble important de mettre en exergue les arguments utilisés à cet effet, car ils se réfèrent directement aux règles communautaires. Tout d'abord, alors qu'elle est interrogée sur le droit de la concurrence, la Cour élargit le champ de l'analyse en rappelant que "selon l'article 3 du traité l'action de la Communauté comporte non seulement un 'régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun', mais également 'une politique dans le domaine social'". L'article 2 énonce en effet que la Communauté a pour mission, notamment, 'de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques' et 'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé.'

De plus, elle se réfère directement à l'article du traité concernant le dialogue social européen inclus à l'occasion de la première révision du traité en 1986 ainsi qu'à l'accord sur la politique sociale signé par les partenaires sociaux en 1991, annexé au traité de Maastricht et finalement intégré dans le traité d'Amsterdam en 1997. Ce faisant, la Cour établit une liaison directe entre les objectifs de politique sociale que les Etats membres ont confié à la Communauté à l'occasion des révisions du traité et le cas néerlandais dont elle est saisie.

En effet, la Cour rappelle que 'l'accord sur la politique sociale énonce que la Communauté et les Etats membres ont pour objectifs l'amélioration des conditions de vie et de travail, une protection sociale adéquate, le dialogue social (...)'<sup>12</sup>.

Elle met ensuite directement en relation la possibilité qui existe depuis 1991 pour les partenaires sociaux européens de conclure des accords et de demander conjointement au Conseil leur mise en œuvre et la procédure en vigueur aux Pays-Bas ainsi que dans plusieurs

<sup>12</sup> Selon la Cour 'même si certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs (...), les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85 du traité dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail'. Lorsque la convention collective néerlandaise a pour objet la garantie d'un certain niveau de pension aux travailleurs du secteur, 'elle contribue directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération'.

autres Etats membres<sup>13</sup>. Il y a lieu de remarquer qu'effectivement entre 1995 et 1999, les partenaires sociaux européens ont signé trois accords-cadres et différents accords sectoriels qui ont été transformés en directives par le Conseil.

En conséquence, par rapport aux questions qui lui ont été adressées par les juridictions néerlandaises, la Cour répond que les accords collectifs entre partenaires sociaux échappent à l'emprise du droit communautaire de la concurrence tout comme y échappe la loi en vertu de laquelle les pouvoirs publics rendent obligatoire, à la demande des partenaires sociaux, l'affiliation à un fonds sectoriel de pension. De plus, elle affirme aussi que la convention collective et la loi néerlandaise s'inscrivent de plein droit dans les objectifs et dans les règles que la Communauté s'est donnée dans le domaine social. Ainsi, en regardant les dispositions du traité dans leur ensemble, la Cour en vient à reconnaître les règles sociales nationales.

La même recherche d'une approche équilibrée entre l'économique et le social nous semble prévaloir par rapport à la question de savoir si le fonds de pension chargé de la gestion d'un régime *obligatoire* de pension complémentaire est une entreprise au regard des règles concurrentielles du traité. Comme on l'a vu, dans la jurisprudence *Poucet et Pistre* les régimes de base échappent aux règles de concurrence, alors que selon la jurisprudence *Coreva* un organisme qui gère un régime complémentaire facultatif est une entreprise soumise aux règles de la concurrence.

Dans l'arrêt *Albany*, la Cour affirme que le fonds de pension exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance : il s'agit d'une entreprise au regard des règles du traité. Néanmoins, le monopole que les pouvoirs publics confèrent au fonds - l'obligation d'affiliation et la restriction de la concurrence qui en résulte - est justifié en vertu de l'article 90 du traité concernant les dérogations qui s'appliquent aux entreprises *d'intérêt économique général*.

Ainsi, entre les deux cas de la jurisprudence précédente, la Cour définit un moyen terme qui permet de ne pas mettre en cause l'obligation d'affiliation tout en reconnaissant le caractère économique de l'activité du fonds. Comment motive-t-elle ce choix ?

Selon la Cour, le fonds exerce une activité économique parce que, à l'instar de l'affaire Coreva, il fonctionne selon la technique de la capitalisation ; contrairement à l'affaire Poucet et Pistre, le montant des prestations dépend des résultats financiers des placements qu'il effectue ; par ailleurs, le règlement du fonds permet qu'à certaines conditions une entreprise puisse être dispensée d'affiliation au fonds et assure ses travailleurs à un autre régime. Selon la Cour, le fait que le fonds ne poursuive pas de but lucratif et les éléments de solidarité qu'il met en place ne suffisent pas à lui enlever sa qualité d'entreprise.

Par contre, la poursuite d'une *finalité sociale et les éléments de solidarité* justifient le droit d'exclusivité du fonds pour gérer un régime de pension complémentaire selon l'article 90. Comment la Cour parvient-elle à cette conclusion ?

---

<sup>13</sup> Selon la Cour 'la demande faite aux pouvoirs publics par les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs de rendre obligatoire l'affiliation au fonds sectoriel de pension qu'elles ont institué s'insère dans un régime prévu dans plusieurs droits nationaux qui vise l'exercice du pouvoir réglementaire dans le domaine social'. Dans la mesure où l'accord (...) ne relève pas de l'article 85 (...), les Etats membres sont libres de le rendre obligatoire (...) L'accord sur la politique sociale consacre expressément au niveau communautaire la possibilité, pour les partenaires sociaux, de demander conjointement au Conseil la mise en œuvre d'accords sociaux'.

En premier lieu, elle se réfère à l'article 90 du traité. Ici la Cour se fait créatrice de concepts nouveaux. En effet, l'article 90, comme on l'a vu, accorde des dérogations aux règles de concurrence pour les entreprises chargées de la gestion de 'services d'intérêt économique général'. Dans l'arrêt Albany, en faisant référence à l'article 90, la Cour parle de '*mission sociale particulière d'intérêt général*' ; de plus, les dérogations prévues visent à permettre aux Etats d'utiliser certaines entreprises '*en tant qu'instrument de politique économique ou sociale*'. En d'autres termes, la Cour propose une extension de la notion de service d'intérêt économique général dans laquelle la poursuite de la part des Etats d'objectifs économiques d'une part et sociaux d'autre part est indissociable. Ainsi, pour la première fois, la dimension sociale fait intrusion dans le domaine économique pour autoriser des restrictions de concurrence.

En second lieu, la Cour examine le régime de pension complémentaire néerlandais : il remplit une *fonction sociale* essentielle, et ceci pour deux raisons. La première est liée aux caractéristiques du système de pensions aux Pays-Bas. A ce propos, elle rappelle que 'la pension légale de base est, dans ce pays, d'un montant réduit car elle est calculée sur la base du salaire minimal légal'. Le régime complémentaire permet aux travailleurs qui ont cotisé pendant la durée maximale d'obtenir une pension qui, au total, est égale au 70% du dernier salaire. La Cour adopte ici une philosophie qui a en effet tendance à se développer à travers toute l'Europe, consistant à considérer que régimes complémentaires et régimes de base forment un même ensemble. Dans cette logique, pension de base et pension complémentaire sont indissociables pour atteindre l'objectif de couverture du risque social qu'est la vieillesse.

La deuxième raison est qu'au-delà des caractéristiques du système néerlandais, la Cour affirme que l'importance de la fonction sociale dévolue aux pensions complémentaires découle directement de la législation communautaire. En juin 1998, les Etats membres ont adopté une directive qui a inclus les pensions complémentaires dans le mécanisme de coordination des systèmes de sécurité sociale des travailleurs migrants<sup>14</sup>. En s'y référant, la Cour explicite le choix du législateur communautaire : les pensions complémentaires, tout autant que les pensions de base représentent le bagage de droits sociaux que le travailleur migrant a droit d'emmener avec lui. Elles forment ainsi, pour le travailleur migrant, un même ensemble. Comme c'était le cas à propos du dialogue social, la Cour se réfère ainsi directement aux règles communautaires.

Selon la Cour, l'obligation d'affiliation est donc justifiée lorsque les pensions complémentaires remplissent une *fonction sociale* et l'article 90 doit être lu comme autorisant l'octroi de droits exclusifs à des entreprises qui sont l'instrument de *politique sociale* des Etats. On peut se poser la question *a contrario* : est-ce que la pleine application des règles de concurrence - l'abolition de l'obligation d'affiliation - empêcherait l'accomplissement de la mission du fonds ?

---

<sup>14</sup> Même si de façon partielle, en raison de l'hétérogénéité des systèmes complémentaires dans l'Union. Directive 98/49 CE du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Voir note 1 et page 3.

La Cour l'affirme. A cet égard elle rappelle la jurisprudence *Corbeau*<sup>15</sup> : il suffit que le maintien de ces droits exclusifs soit ‘nécessaire pour permettre d’accomplir les missions d’intérêt économique général dans des conditions économiquement acceptables’. Selon la Cour, c’est bien le cas du fonds car en cas d’abolition de l’obligation d’affiliation, les ‘bons risques’ - le personnel jeune et en bonne santé de l’entreprise - quitteraient le fonds, provoquant une hausse des coûts du fait de la part croissante de ‘mauvais risques’, auxquels le fonds ne pourrait plus proposer de pension à cotisation acceptable. De plus, le régime géré par le fonds se caractérise par un degré élevé de *solidarité* : indépendance des cotisations par rapport au risque ; octroi de droits à titre gratuit ; prise en charge par le Fonds de l’arriéré de cotisations dû par l’employeur en cas de faillite ; indexation du montant des pensions.

Ainsi, selon la Cour, ‘de telles contraintes rendent le service fourni par le Fonds moins compétitif qu’un service comparable fourni par les compagnies d’assurance’ : l’obligation d’affiliation est justifiée, car c’est la condition qui permet au fonds ‘d’accomplir les missions d’intérêt économique général dans des conditions économiquement acceptables et de ne pas mettre en péril son équilibre financier’.

Pour résumer, à l’occasion des affaires ‘Albany’, la Cour de Justice a été confrontée à la mise en cause - au regard du droit communautaire de la concurrence - des règles nationales qui permettent la mise en place d’un régime complémentaire de pension et de l’obligation d’affiliation à un fonds sectoriel de pension. Dans ses arrêts, elle a confirmé les choix nationaux en donnant une interprétation d’ensemble des dispositions du traité et des règles communautaires. A cet effet, elle a examiné à la fois les règles concurrentielles et les dispositions sociales. Ce faisant, elle a défini une notion nouvelle du service d’intérêt économique général qui considère la poursuite de la part des Etats d’objectifs à la fois économiques et sociaux. Face à l’alternative entre la soumission ou l’exonération complète aux règles de concurrence du régime complémentaire obligatoire de pension, une troisième voie a été dessinée, dont il est prévisible que, dans le futur, elle concerne d’autres affaires.

### **Conclusion : mise en concurrence des systèmes de protection sociale ou socialisation de la politique de concurrence ?**

Ce n’est qu’au cours des dernières années que la Cour a été saisie d’affaires touchant la question de la compatibilité des monopoles des institutions de protection sociale avec les règles de concurrence. Comme on l’a vu, elle a été saisie de la question de savoir si les institutions de protection sociale exercent une activité économique qui les inclurait dans le champ du droit de la concurrence et, de ce fait, si les monopoles dont elles jouissent sont compatibles avec le marché intérieur. Dans les affaires examinées, il s’agissait d’institutions concernant à la fois le premier et deuxième étage de la protection sociale.

Si le nombre de ces arrêts peut paraître trop réduit pour essayer d’en dégager une tendance ou une philosophie générale, ils peuvent néanmoins être analysés à la lumière de certains

<sup>15</sup> Dans cet arrêt de 1993 concernant la violation des règles de concurrence par le monopole postal belge, la Cour affirme le principe de compatibilité des services d’intérêt économique général avec les règles de la concurrence. De plus, la Cour souligne que la concurrence peut être restreinte si l’équilibre économique de l’entreprise risque d’être compromis. Elle reconnaît même, pour la première fois, qu’une telle entreprise est nécessairement dans l’obligation de compenser entre ses secteurs d’activité rentables et ceux qui le sont moins. Arrêt du 19.5.1993. Voir note 5.

éléments communs. Tout d'abord, la Cour utilise deux paramètres essentiels pour caractériser les institutions de protection sociale, à savoir la poursuite d'un objectif social et le principe de solidarité, dont elle esquisse les éléments caractéristiques. Par rapport à ce dernier, un certain nombre d'auteurs remarquent que la solidarité joue en présence d'une mutualisation des risques, c'est à dire leur mise en commun au sein d'un 'pot commun', ce qui implique que ce dernier soit inévitablement confié à une seule et même institution, excluant *a priori* toute intervention des règles de concurrence (Dupeyroux, 1990 et 1993 ; Kessler, 1997).

En second lieu, l'appréciation de la Cour ne se limite pas au seul droit de la concurrence, mais s'élargit à l'ensemble des dispositions du traité ainsi qu'à d'autres règles communautaires. Dans cette lecture, elle inclut les éléments de la politique sociale communautaire et les choix du législateur communautaire dans le domaine social. La Cour apparaît en ce sens attentive aux développements de l'intégration européenne dans ses différents volets.

Enfin, la Cour fait référence à la jurisprudence concernant la portée du principe de libre concurrence et les critères d'exception admis dans le cas d'entreprises d'intérêt économique général. Il y a lieu de remarquer une tendance jurisprudentielle à élargir la portée des exceptions aux règles de la concurrence. Cette évolution apparaît comme une reconnaissance des options nationales qui rencontre le souhait des Etats membres (Caire, 1999 ; Dehoussé, 1998 ; Scharpf, 1999). Dans ce contexte, elle est aussi créatrice de notions nouvelles non prévues par le traité.

A la lumière de la jurisprudence communautaire, quelle est la relation entre protection sociale et concurrence ? Dans les affaires dont elle a été saisie, la Cour a confirmé les choix nationaux de doter de monopole les institutions de protection sociale. Ainsi, les frontières nationales des systèmes de protection sociale s'avèrent compatibles avec l'espace concurrentiel communautaire. L'autonomie des institutions nationales vis-à-vis du marché intérieur est préservée et le risque de mise en concurrence des systèmes dans l'espace communautaire paraît donc réduit.

La coexistence entre le droit de la protection sociale et les règles communautaires de la concurrence prend une double forme : d'un côté, celle d'une séparation entre les deux branches du droit dans le cas du premier étage de la protection sociale ; celle d'une forme de compromis ne mettant pas en péril le monopole de l'institution du deuxième étage, d'un autre côté.

C'est surtout en France, pays d'origine de l'affaire, que l'arrêt concernant la caisse de sécurité sociale *Coreva*, qui gérait un régime complémentaire facultatif de retraite (ou un produit d'épargne individuelle), a suscité un débat doctrinaire. La doctrine juridique s'est attachée à la notion de régime de la protection sociale et aux spécificités des institutions de protection sociale pour lesquelles le droit de ce pays aménage un espace particulier et dont la jurisprudence de la Cour peut paraître ne pas suffisamment tenir compte.

Cependant, lorsqu'on s'interroge sur l'impact de la jurisprudence communautaire sur l'organisation effective des monopoles des institutions de protection sociale au sein de l'Union européenne, les frontières des Etats-Providence ne sont pas affectées.

## **CHAPITRE II – LA PROTECTION SOCIALE FACE A LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS ET DES SERVICES**

### **Quelques préalables**

A la base du modèle d'intégration économique régional inscrit dans les traités, qui vise un développement global et harmonisé des activités économiques de l'ensemble des Etats membres, on trouve l'élimination de toute restriction à la libre circulation des marchandises (Art.3a et Art.9<sup>16</sup>), ainsi que l'abolition des obstacles à la libre circulation des services (Art.3c). De plus, selon l'article 8a introduit par l'Acte Unique, 'le marché intérieur comporte un espace sans frontière intérieure dans lequel la libre circulation des marchandises (et) des services, (...) est assurée'.

La liberté de circulation des marchandises et des services entame un régime dans lequel les mouvements des biens et des services ne se heurtent, aux frontières, à aucun obstacle édicté par les Etats. 'Principes fondamentaux' ou 'règles essentielles' du marché intérieur d'après une jurisprudence constante de la Cour, la réalisation de ces libertés comporte l'élimination des restrictions éventuellement dressées par les Etats membres à l'encontre du libre jeu des échanges et de l'entreprise économique.

Parmi les dispositions du traité régissant le régime de libre circulation des marchandises, l'article 30<sup>17</sup> porte sur l'interdiction faite aux Etats d'édicter des règles qui restreignent du point de vue quantitatif l'importation de produits. L'article 30 interdit aussi toute mesure ayant un effet équivalent sur les échanges de marchandises.

De façon similaire, l'article 59<sup>18</sup> du traité prévoit 'la suppression des restrictions à la libre prestation des services (...) à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation'. La réalisation de cette liberté comporte l'élimination de toute discrimination basée sur la nationalité du prestataire.

Dans une optique systématiquement favorable à la liberté du commerce et de l'entreprise, ces dispositions du traité ont bénéficié d'une définition particulièrement extensive de la part du juge communautaire. En effet, afin d'assurer que tout produit communautaire ait le libre accès en tout lieu de la Communauté et que les prestataires de services soient libres d'opérer au-delà des frontières, la Cour de Justice est allée plus loin que la seule sanction des mesures étatiques *discriminatoires*. En effet, en partant d'un certain nombre d'arrêts phare des années '70 – les arrêts Dassonville et Cassis de Dijon – la Cour a établi la notion d'*entrave* directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, du commerce communautaire et des activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, bien au-delà de la notion de pratique discriminatoire.

Si la portée des libertés de circulation des biens et des services est étendue, les dérogations à ces principes sont d'interprétation restrictive. Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, des mesures d'effet équivalent ne sont justifiables qu'en vertu des raisons énumérées à l'article 36 du traité et le maintien d'un traitement différent pour les prestataires

---

<sup>16</sup> Article 23 selon le Traité d'Amsterdam.

<sup>17</sup> Article 28 selon le Traité d'Amsterdam.

<sup>18</sup> Article 49 selon le Traité d'Amsterdam.

de services étrangers ne peut trouver sa justification que dans les raisons indiquées par l'article 56<sup>19</sup>. Selon les principes jurisprudentiels découlant de l'arrêt Cassis de Dijon, des entraves aux deux libertés peuvent être justifiées par des ‘raisons impérieuses d’intérêt général’, c'est à dire sur la base d'un éventail plus large d'exigences liées à l'intérêt général dont l'Etat en cause doit apporter la preuve (Shapira *et al.* 1994).

Ainsi, la libre circulation des marchandises et des services forme l'essentiel de la construction du marché intérieur et, dans les deux cas, l'objectif poursuivi par les traités et par l'œuvre du juge et du législateur communautaire qui en a résulté est d'atteindre un stade évolué de libération des activités économiques, un décloisonnement du marché communautaire visant à son unicité et aussi au soutien de la croissance économique.

A l'instar des règles de concurrence du traité, les dispositions concernant les deux libertés de circulation sont également directement applicables, et peuvent donc faire l'objet d'un recours de la part des particuliers devant leurs juridiction nationale afin d'en invoquer l'application dans le système juridique national. En tant qu'interprète du traité, la Cour de Luxembourg peut ainsi se voir poser des questions de la part des juridictions nationales pour savoir si une règle nationale est compatible avec le droit communautaire, la primauté de la règle européenne s'imposant dans le cas contraire.

C'est en vertu de l'originalité du système juridique communautaire ainsi décrit que, dans les récents arrêts *Decker et Kohll*<sup>20</sup>, la Cour de Justice a énoncé que les principes fondamentaux de libre circulation sont applicables au domaine de la sécurité sociale. Ainsi, selon l'expression de l'avocat général ‘la sécurité sociale n'est pas un îlot à l'abri des libertés du marché intérieur’. On retrouve dans ces arrêts l'explicitation des limites de la compétence étatique lorsque la Cour rappelle que, s'il est vrai que l'organisation des systèmes de sécurité sociale reste confiée aux Etats membres, ‘les Etats membres doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire’.

En particulier, par ces arrêts, la Cour a déclaré incompatible avec le droit communautaire une règle sociale luxembourgeoise prévoyant que les frais de soins de santé obtenus à l'étranger ne peuvent être remboursés que si une autorisation préalable au voyage a été octroyée par les autorités nationales.

Si l'on a parlé de ‘révolution’ ou de ‘séisme’ pour les systèmes de protection sociale et notamment pour les systèmes de santé, c'est que les arrêts *Decker et Kohll* posent en filigrane des questions cruciales quant à la relation entre la garantie des libertés du marché intérieur et l'un des droits fondamentaux de tout être humain, le droit à la santé. De plus, la liberté de choix du patient à l'échelle de l'Europe d'une part et des éléments de la souveraineté nationale

---

<sup>19</sup> Dans le cadre de la libre circulation des marchandises, l'article 36 prévoit que des mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives peuvent se justifier par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle ou commerciale. En ce qui concerne la libre prestation des services, l'article 56 prévoit qu'un régime spécial pour les ressortissants étrangers peut se justifier par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Les articles 36 et 56 sont devenus respectivement l'article 30 et 46 du Traité d'Amsterdam.

<sup>20</sup> Affaire *Decker*, C-120/95 et affaire *Kohll*, C-158/96, arrêts du 28 avril 1998.

en matière de protection sociale aussi importants que le contrôle par chaque Etat de la population bénéficiaire des prestations sociales, et le principe de territorialité d'autre part, constituent les termes du débat. Par rapport au libre choix du lieu de soins de la part des citoyens, la crainte a été évoquée de voir un ‘tourisme médical’ prendre forme à l'échelle de l'Europe. Ce phénomène consisterait dans une pratique généralisées des citoyens européens de se rendre au-delà des frontières pour tirer avantage des systèmes de santé des autres pays entraînant des effets destabilisateurs sur la capacité de planification budgétaire des Etats.

Si l'on reviendra au cours de ce chapitre sur l'analyse détaillée des arrêts *Decker et Kholl* et des questions qu'ils soulèvent, il y a lieu de souligner que ces arrêts s'inscrivent dans une jurisprudence constante de la Cour sur les restrictions des libertés de circulation des marchandises et des services et que, dès lors, ils représentent sur plusieurs décennies l'aboutissement d'un parcours jurisprudentiel. Comment la Cour, en partant des libertés économiques du marché intérieur, est-elle arrivée à l'affirmation du principe d'une certaine liberté de circulation des patients dans la Communauté ?

## II.1 Libertés économiques et soins de santé

Depuis plusieurs années déjà l'analyse du juge communautaire en matière de libertés du marché intérieur s'est intéressée aux systèmes de protection sociale. La jurisprudence relative au champ d'application matériel et personnel de la libre circulation des marchandises et des services a notamment couvert différents aspects des soins de santé.

Le régime de libre circulation des marchandises comporte l'élimination de toute mesure étatique capable d'entraver le commerce communautaire et la jurisprudence de la Cour de Justice s'est révélée cruciale pour la définition de l'étendue de cette liberté. En particulier, c'est par le biais du travail jurisprudentiel de définition de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative dont il est question à l'article 30 du traité, que cette liberté du marché intérieur s'est plus profondément affirmée, contribuant à une réduction progressive du champ des prérogatives étatiques. Par le même biais, les individus se sont vus conférer de nouveaux droits.

On retrouve une illustration exemplaire de cette dynamique dans les arrêts *Schumacher* et *Commission contre Allemagne*<sup>21</sup>. Les arrêts en question concernent l'interdiction, pour un particulier, d'importer de médicaments d'un autre Etat membre. La Cour de Justice a qualifié d'entrave à la libre circulation une telle réglementation nationale et, ce faisant, a affirmé deux principes : d'un côté, les médicaments rentrent dans la notion de marchandise au regard des règles du traité ; de l'autre côté, la liberté d'importer des médicaments ne concerne pas seulement les échanges professionnels, mais également les opérations des particuliers. Ainsi, la Cour a établi une symétrie entre des agents économiques tels que les entreprises pharmaceutiques et le citoyen communautaire qui peut lui aussi, sans conditions, acquérir des médicaments destinés à son usage personnel à l'intérieur de l'espace communautaire<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Affaire *Schumacher*, C- 215/87, arrêt du 7 mars 1989 ; affaire *Commission contre Allemagne*, C-62/90, arrêt du 8 avril 1992. M Schumacher est un citoyen allemand qui s'est fait envoyer par la poste à son domicile un lot d'un produit pharmaceutique acheté lors d'un séjour en France, contrevenant à une réglementation allemande prévoyant que les médicaments ne peuvent être importés que si le destinataire est un entrepreneur pharmaceutique. La deuxième affaire porte sur des questions similaires.

<sup>22</sup> La Cour a explicité ce principe aussi dans l'arrêt *GB-INNO*, aff. C-362/88, rendu le 7 mars 1990.

Une illustration ultérieure de l’imbrication entre le processus de construction du marché intérieur et l’attribution de droits individuels est donnée par l’arrêt *Luisi et Carbone*<sup>23</sup>, portant sur la notion de libre prestation des services. Cet arrêt phare de 1984 nous intéresse à un double titre. D’un côté, il porte sur la question du champ d’application matériel de la libre prestation de services. L’article 60 du traité se limite à établir que ‘sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération’<sup>24</sup>. D’un autre côté, la Cour de Justice a ouvert un nouveau champ d’application personnel de la liberté de circulation. En effet, alors que les articles 59 et 60 du traité ne prévoient l’exercice de cette liberté que par le *prestataire* de service, le juge communautaire a affirmé que ‘la liberté de prestation des services inclut la liberté des *destinataires* des services de se rendre dans un autre Etat membre pour y bénéficier d’un service’.

L’inclusion des personnes destinataires des services dans la définition de la libre circulation des services revêt une importance considérable pour les systèmes de protection sociale et notamment pour les systèmes de soins de santé lorsque, selon la Cour, ‘les bénéficiaires de soins médicaux (...) sont à considérer comme des destinataires de services’. Ainsi, les soins médicaux sont des services au regard des règles du traité et tout citoyen/consommateur de services médicaux peut s’approvisionner sans entraves à l’intérieur de l’Union.

La jurisprudence *Luisi et Carbone* a été par la suite confirmée dans l’arrêt *Grogan*<sup>25</sup> portant sur le champ d’application matériel de la libre prestation des services. Dans cet arrêt la Cour a explicité la nature économique de l’activité médicale et a qualifié de service au sens de l’article 60 du traité la prestation médicale d’interruption de grossesse.

En résumé, la Cour de Justice a forgé les notions des libertés de circulation des marchandises et des services en incluant d’un côté les produits et les services médicaux. D’un autre côté la Cour a reconnu aux personnes privées le droit de se rendre dans un autre Etat membre pour obtenir des produits et des services médicaux.

Par rapport aux systèmes nationaux de sécurité sociale, ces principes jurisprudentiels font entrevoir un risque pour deux dimensions sur lesquelles repose la souveraineté étatique, à

<sup>23</sup> Affaires *Luisi et Carbone*, affaires jointes 286/82 et 26/83, arrêt du 31 janvier 1984. Mme Luisi et M Carbone sont deux citoyens italiens qui, en 1975, avaient effectué des séjours touristiques en Allemagne et en France. A l’occasion de ces voyages, en particulier Mme Luisi s’était soumise à divers soins médicaux. Mme Luisi et M Carbone avaient amené avec eux des montants en devises qui dépassaient la limite prévue par les dispositions italiennes en matière d’exportation de moyens de paiements et, par conséquence, le Trésor italien leur avaient infligé une amende. Touchant à des questions relatives à la libération des paiements à une époque où la libre circulation des capitaux n’était pas encore achevée, la Cour a affirmé que la liberté de prestation des services au sens passif ne tolérait pas de restrictions, même en matière de paiement.

<sup>24</sup> L’article 60 se limite à formuler que ‘sont considérés comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes’. Aussi, dans le cadre de cette notion résiduelle de services, l’article 60 inclut les activités des professions libérales, à côté des activités de caractère industriel, commercial, artisanal. Article 50 selon la numérotation du Traité d’Amsterdam.

<sup>25</sup> Affaire *Grogan*, C-159/90, arrêt 4 octobre 1991. Dans cet affaire, la Cour a été saisie par une juridiction irlandaise de la question de savoir si l’interruption médicale de grossesse entre dans la notion de services au sens de l’article 60 du traité et si un Etat membre prohibant une telle activité peut interdire la diffusion d’information sur les possibilités d’avoir recours à des prestataires exerçant légalement leur activité dans un autre Etat membre.

savoir le contrôle exercé par les Etats sur la population de bénéficiaires de prestations sociales et le principe de territorialité, en vertu duquel les prestations sont consommées sur le territoire national. Ainsi, l'affirmation graduelle de droits individuels semble accroître les interactions horizontales entre les systèmes nationaux et forger une certaine porosité de leurs frontières. En filigrane de cela on trouve le risque de ‘tourisme médical’, c'est à dire d'une circulation intracommunautaire de citoyens motivés par l'avantage qu'il est possible de tirer des systèmes sanitaires d'autres pays.

Avec les affaires récents *Decker et Kohll*, une dimension ultérieure est prise en considération par la jurisprudence communautaire, notamment celle du remboursement des soins de santé. En effet, une juridiction luxembourgeoise a conduit la Cour de Justice à se prononcer sur la compatibilité avec les deux libertés du marché intérieur d'une disposition sociale nationale qui limitait les possibilités de remboursement des soins de santé obtenus à l'étranger.

Dans le cadre du droit communautaire, l'obtention de soins médicaux transfrontaliers est régi par le règlement 1408/71 concernant la coordination des systèmes de sécurité sociale. Le mécanisme de coordination comporte la mise en place de passerelles, ou d'interfaces, entre les systèmes de sécurité sociale assurant le respect du principe de non discrimination entre les bénéficiaires nationaux et non nationaux. Concernant le cas d'une personne malade souhaitant entreprendre un voyage afin de se faire soigner à l'étranger, l'article 22 du règlement stipule que, si une autorisation spécifique avant le traitement est obtenue, la caisse de sécurité sociale paiera pour la personne qui reçoit des soins à l'étranger.

Le système mis en place par le règlement de coordination ne comporte qu'une atteinte limitée au principe de territorialité en matière de soins de santé. En effet, selon ce principe, la couverture financière des prestations médicales est limitée à celles délivrées à l'intérieur de l'espace national. Ainsi, tout citoyen communautaire est normalement censé bénéficier des prestations médicales sur le territoire de l'Etat membre dans lequel il est assuré, sauf à renoncer au remboursement de ces frais. Il ne peut bénéficier de soins dans d'autres Etats sans en prendre en charge les frais que moyennant une autorisation préalable des autorités du pays d'assurance.

En réalité, il y a vingt ans, la limitation territoriale du droit d'accès aux soins médicaux avait déjà été sérieusement écornée par les arrêts *Pierik I et Pierik II*<sup>26</sup>. Dans ces arrêts portant sur les conditions d'octroi de l'autorisation préalable prévues par l'article 22 du règlement de coordination, la Cour a énoncé le principe selon lequel l'autorisation de suivre un traitement à l'étranger doit être accordé dans tous les cas où celui-ci contribue à améliorer l'état médical du patient, sans que d'autres considérations, notamment financières, interviennent. Ainsi, ‘la prise en compte des seuls critères médicaux, en arrivait presque à reconnaître la libre circulation pure et simple des patients’ (van der Mei, 1999 : 21). Suite à ces arrêts rendus dans

---

<sup>26</sup> Affaire *Pierik*, 117/77, arrêt du 16 mars 1978 et affaire *Pierik II*, 182/78, arrêt 31 mai 1979.

les années '70, un dialogue s'est instauré avec le législateur communautaire : le Conseil est intervenu en modifiant l'article 22 du règlement<sup>27</sup>

## II.2 Les arrêts Decker et Kohll

A l'origine des affaires *Decker et Kohll*<sup>28</sup> on trouve deux citoyens luxembourgeois qui ont obtenu des biens et des services médicaux à l'étranger – en particulier des lunettes correctives et la consultation auprès d'un dentiste, obtenus respectivement en Belgique et en Allemagne – sans respecter la procédure d'autorisation prévue par la normative luxembourgeoise qui donne droit au remboursement de tous les frais exposés à l'étranger.

Le système de santé luxembourgeois est organisé autour de caisses médicales auxquelles les citoyens sont affiliés avec le libre choix de leur médecin généraliste ou spécialiste. Elles fonctionnent selon le principe du remboursement, en vertu duquel les patients paient directement le prestataire de soins et demandent ensuite le remboursement à leur caisse de maladie<sup>29</sup>. Ainsi, puisque au Luxembourg on peut obtenir le remboursement des soins médicaux sans autorisation préalable, les deux citoyens luxembourgeois ont réclamé le même droit pour des soins obtenus en Belgique et en Allemagne.

Saisie de ces affaires, la Cour a été appelée à se prononcer sur l'équilibre entre, d'une part, la compétence des Etats membres pour aménager leurs propres systèmes de santé et, d'autre part, l'exigence d'exercer cette compétence en accord avec les principes du droit communautaire.

Tout en rappelant que l'organisation du système de sécurité sociale reste confiée aux Etats membres, la Cour a affirmé que '*les Etats doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire*'. Ainsi, les Etats membres disposent d'une grande liberté dans l'organisation de leurs systèmes, mais ce pouvoir discrétionnaire ne peut être utilisé pour contrevénir aux règles du traité.

Ensuite, la question de substance à laquelle la Cour devait répondre était celle de savoir si l'obligation d'autorisation préalable prévue par une législation nationale aboutissait à entraver les échanges de marchandises et de services.

<sup>27</sup> Selon van der Mei, 'la réplique du législateur communautaire aux arrêts Pierik allait assez loin. Le droit d'obtention de l'autorisation n'est pas garanti en ce qui concerne les soins et les produits médicaux qui ne sont pas couverts par l'assurance maladie nationale et, pour ce qui est des prestations médicales couvertes, les assurés n'ont en principe pas le droit de contourner des listes d'attente en obtenant l'autorisation de se faire soigner à l'étranger. En somme, les arrêts Pierik avaient ouvert les portes donnant aux patients assurés au titre d'une assurance publique accès aux systèmes de soins de santé des autres Etats membres. Mais le législateur communautaire les a refermées en modifiant l'article 22 du règlement 1408/71'(ibid.).

<sup>28</sup> Arrêts du 28 avril 1998, déjà cités.

<sup>29</sup> Au-delà de la distinction générale entre systèmes nationaux de santé (Royaume-Uni, Irlande, Danemark, Suède, Finlande, Italie, Espagne, Grèce et Portugal) et systèmes d'assurances sociales (Luxembourg, Allemagne, France, Belgique, Pays-Bas et Autriche), trois modèles d'organisation de l'offre de soins existent, notamment le système de remboursement, l'approche conventionnelle et les systèmes intégrés, qui reflètent les différentes relations que peuvent entretenir les organismes acheteurs et les prestataires de soins de santé, ainsi que l'importance relative du financement directement pris en charge par le patient. Souvent, ces différentes modalités d'organisation coexistent à l'intérieur d'un même système selon la nature de la prestation médicale. Ainsi, on ne retrouve qu'en France et en Belgique le même système de remboursement prévu au Luxembourg pour les soins ambulatoires tels que les lunettes correctives et les soins dentaires. (CE, 1998 ; Bosco, 1997).

Par rapport à cette question, la Cour rappelle les jurisprudences *Dassonville* (mesures d'effet équivalent) et *Luisi et Carbone* (entraves à la libre prestation des services) et qualifie l'obligation d'autorisation préalable d'entrave aux deux libertés.

Ce faisant, la Cour a énoncé le principe selon lequel les assurés sociaux peuvent se rendre à l'étranger pour acheter des produits médicaux et pour bénéficier de soins et être remboursés selon les tarifs en vigueur dans le pays où ils sont affiliés. Ainsi, selon la jurisprudence *Decker et Kohll*, lorsqu'ils souhaitent se faire soigner à l'étranger, les citoyens disposent d'un choix : soit suivre la voie du règlement 1408/71 et demander une autorisation préalable qui, si obtenue, engendre *la prise en charge totale des frais engagés* ; soit se rendre auprès d'un prestataire de soins étranger pour bénéficier des soins appropriés et être remboursés *selon les tarifs de l'Etat où ils sont assurés* (Mavridis 1998b).

En qualifiant la règle d'autorisation préalable d'entrave aux deux libertés, la Cour s'inscrit dans la jurisprudence antérieure selon laquelle les produits et les services médicaux rentrent dans le champ d'application des deux libertés et tout citoyen/consommateur peut se rendre dans un autre Etat membre pour obtenir ces produits et services<sup>30</sup>. Par rapport à la jurisprudence précédente, les arrêts *Decker et Kohll* ajoutent la dimension du remboursement partiel des frais. Dans une logique purement économique, ceci représente une incitation relative à la mobilité.

Ces arrêts s'inscrivent dans un espace sanitaire européen très hétérogène. Comme on l'a indiqué, différents principes organisationnels des systèmes de santé coexistent à l'intérieur de l'Union européenne. A côté de pays prévoyant, à l'instar du système luxembourgeois, le libre choix du médecin, le paiement direct au prestataire, puis le remboursement total ou partiel des frais par la caisse maladie, d'autres pays ont mis en place des formes différentes d'organisation. En particulier, certains régimes d'assurance maladie obligatoire offrent des prestations en nature. Dans ces systèmes, les assurés s'adressent à un prestataire de soins avec lequel leur caisse a passé une convention et le coût de la prestation est directement pris en charge par la caisse maladie. Si les assurés s'adressent à un prestataire non conventionné, ils paient eux-mêmes les frais et n'ont pas droit à leur remboursement.

La première question restée ouverte suite aux arrêts *Decker et Kohll* est de savoir si le champ d'application de cette jurisprudence demeure limité aux systèmes de remboursement ou s'il s'étend aux systèmes conventionnels prévoyant des prestations en nature.

En second lieu, les affaires *Decker et Kohll* portaient sur des soins ambulatoires tels que des lunettes correctives et la consultation d'un dentiste. La Cour ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si cette jurisprudence s'étendait aux traitements médicaux dispensés en milieu hospitalier.

---

<sup>30</sup> Selon la jurisprudence *Decker et Kohll*, parmi les exigences impératives d'intérêt général pouvant justifier des exceptions aux principes de libre circulation des biens et des services on trouve la nécessité de préserver la stabilité financière des systèmes de soins de santé. De plus, selon la Cour, l'article 56 inclut l'objectif du maintien d'un équipement ou d'un service médical essentiel pour la santé publique ou pour la survie de la population sur le territoire national. Il s'agit de la reconnaissance d'exceptions aux libertés du marché basées sur la poursuite d'objectifs spécifiquement sociaux.

Or c'est précisément ces questions qu'une juridiction néerlandaise a posé à la Cour dans l'affaire *Geraets-Smits et Peerbooms*<sup>31</sup>. A l'origine de cette affaire on trouve les cas de deux patients néerlandais qui ont bénéficié de soins de santé transfrontaliers sans autorisation préalable. Une citoyenne néerlandaise, Mme Geraets-Smits, atteinte de la maladie de Parkinson, s'est rendue dans une clinique spécialisée allemande proche de la frontière néerlandaise. M Peerbooms, en coma à la suite d'un accident de la circulation, a été conduit pour un traitement d'urgence dans une clinique d'Innsbruck, en Autriche. Après avoir payé les frais, les deux citoyens ont demandé le remboursement à leur caisse maladie, qui le leur a refusé.

A la différence du Luxembourg, le régime d'assurance maladie obligatoire néerlandais offre des prestations en 'nature'. Ce système prévoit la prise en charge directe par la caisse maladie de l'assuré pour les soins de santé obtenus auprès de prestataires avec lesquels elle a passé une convention. Ces conventions sont des contrats de fourniture avec des prestataires de soins pouvant être signé tant avec des prestataires néerlandais qu'étrangers. C'est uniquement en vertu d'une autorisation préalable octroyée par la caisse maladie, que l'assuré peut s'adresser à un prestataire non conventionné à l'intérieur ou au-delà des frontières et bénéficier des soins sans déboursement d'argent.

La juridiction néerlandaise saisie des litiges a interrogé la Cour de justice sur la question de savoir si le principe de la libre prestation des services s'oppose à la règle d'autorisation préalable en vigueur aux Pays-Bas.

L'avocat général a estimé que la liberté du traité ne s'oppose pas à la norme néerlandaise prévoyant qu'une autorisation préalable est nécessaire pour se faire hospitaliser dans un autre Etat membre au sein d'un établissement qui n'a pas passé de convention avec la caisse maladie du patient.

### **II.3 Implications de la jurisprudence**

Si du point de vue de l'assuré social les arrêts *Decker et Kohll* ouvrent une nouvelle voie pour l'obtention de soins à l'étranger, le fait que les citoyens communautaires puissent choisir de ne pas suivre la procédure d'autorisation préalable et obtenir quand même le remboursement partiel des frais correspond, du point de vue des Etats, à une certaine perte de contrôle sur la population transfrontalière potentiellement bénéficiaire de soins.

C'est par la dimension frontalière et l'élément de nouveauté qu'elle apporte, que cette jurisprudence récente de la Cour de Justice a suscité un débat au sein des Etats membres et des autres institutions communautaires sur la question de la mobilité des patients dans la Communauté. Les données suivantes illustrent le nombre de personnes qui demandent et obtiennent des soins médicaux au-delà de leurs frontières selon la procédure d'autorisation préalable prévue par l'article 22 du règlement de coordination des systèmes de soins de santé.

---

<sup>31</sup> Affaire *Geraets-Smits et Peerbooms*, C-157/99. Conclusions de l'avocat général M Ruiz-Jarabo Colomber, présentées le 18 mai 2000. A la date de rédaction de cette étude, la Cour ne s'est pas encore prononcée sur cet affaire.

Pays	Année	Nombre de demandes d'autorisation introduites	Nombre de demandes d'autorisation octroyées
Luxembourg	1998	7130	7082
Autriche	Chaque année		850
Belgique	Chaque année		2000
Danemark	Chaque année	Entre 40 et 50	Entre 25 et 35
France	Entre 1996 et 1999	1240 / 4 ans	789 / 4 ans
Suède	Chaque année		20
Royaume-Uni	Chaque année	800	600

Source : Coheur *et al.*, 2000

A l'analyse de ces chiffres, il n'est pas surprenant que ces arrêts aient trouvé leur origine dans un pays aux fournitures médicales plutôt limitées et aux frontières exiguës tel que le Grand-Duché de Luxembourg où, relativement à la population de ce pays, un nombre important de citoyens a recours à des soins à l'étranger.

Alors que le cas particulier du Luxembourg attire l'attention, dans les autres pays, le nombre de patients ayant recours à des soins transfrontaliers apparaît particulièrement réduit. Les politiques et les procédures d'autorisation diffèrent d'un Etat membre à l'autre. Il appartient au pouvoir discrétionnaire des Etats membres de les définir, c'est à dire de préciser le degré de liberté pour se procurer des soins à l'étranger<sup>32</sup>. S'il est important de distinguer le nombre de demandes d'autorisation introduites de celui d'autorisations effectivement accordées, les données disponibles montrent que le nombre de demandes d'autorisation reste limité. L'on peut néanmoins poser la question de savoir dans quelle mesure la faible mobilité des patients est fonction de l'existence de la procédure d'autorisation préalable, c'est à dire de savoir comment la mobilité intentionnelle des patients évoluerait si on levait cette procédure.

Lorsqu'on explore la question des facteurs influençant le patient dans son choix, la nature particulière de ces biens et services entre en considération par rapport à la qualité ou à la réputation du prestataire et d'éléments de confiance et de communication entre le prestataire et le patient. La connaissance de l'offre étrangère est un facteur déterminant dans le choix d'un lieu de traitement. La gravité de la maladie, la proximité du lieu de traitement et le temps d'attente dans son propre pays sont les autres facteurs intervenant dans ce choix.

En partant de ces facteurs, on voit clairement la demande d'accès aux soins au-delà des frontières nationales se concentrer dans les zones frontalières et pour les soins de haute technologie. Par ailleurs, elle concerne surtout un segment limité de la population, qui bénéficie de toutes les informations permettant un choix rationnel du lieu de soin (Hermesse, 1999).

---

<sup>32</sup> Dans un seul cas l'autorisation ne peut jamais être refusée : si le traitement est couvert par le système de santé de l'Etat de résidence mais ne peut pas être fourni à temps par le propre système de soins du patient, en considérant son état de santé actuel et l'évolution prévisible de la maladie (Art. 22 du règlement 1408/71).

Il est intéressant de noter que ces facteurs théoriques de mobilité s'inscrivent dans une réalité dans laquelle, depuis plusieurs années, certains Etats membres ont passé des accords transfrontaliers facilitant l'accès à des infrastructures médicales pour les ressortissants de leur pays ou de certaines régions compte tenu de la sous-capacité de l'offre en soins. C'est le cas d'accords entre les Pays-Bas et la Belgique, du Luxembourg avec des établissements de soins situé dans les pays voisins, d'un accord entre l'Irlande et le Royaume-Uni. De plus, dans le cadre du programme communautaire Interreg, des expériences pilotes au sein de plusieurs régions frontalières sont conduites. Les régions frontalières occupent 15% du territoire communautaire et représentent 10% de sa population et les projets Interreg sont de véritables laboratoires d'initiatives sur les formes d'assouplissement des procédures administratives d'autorisation de soins à l'étranger et de passation de partenariats et de conventions entre établissements de soins et entre systèmes de sécurité sociale limitrophes. Selon Coheur *et al.*, 'ces projets montrent une volonté de créer une coopération internationale entre les assureurs et les prestataires eux-mêmes et de lever certains obstacles à la mobilité des patients par la mise en place d'instruments comme par exemple des processus de reconnaissance réciproques' (2000 : 72).

Certes, les données considérées plus haut concernent les patients bénéficiant de soins transfrontaliers par le biais du règlement communautaire de coordination permettant la prise en charge par l'Etat de résidence des frais engagés à l'étranger. En revanche, il reste possible pour les citoyens qui le souhaitent de se faire soigner à l'étranger en prenant à leur compte les frais qui en découlent, selon la forme ancienne de tourisme médical d'une couche sociale plus aisée et mieux informée, qui sélectionne les meilleurs spécialistes ou établissements de soins sans considération de frontières. Cependant, cette forme de mobilité reste dépourvue de conséquences directes sur le budget des systèmes de santé. En filigrane du débat sur les risques de tourisme médical en Europe engendré par les arrêts *Decker et Kohll*, on entrevoit une confusion entre ce qui est attribuable à la construction européenne et ce qui relève de phénomènes sociaux qui ont toujours existés.

On a beaucoup évoqué l'éventualité d'une mise en concurrence des systèmes sanitaires par le biais de la mobilité des bénéficiaires de soins. Force est de constater que la planification budgétaire des dépenses de santé publique des Etats n'apparaît pas en péril.

En fait, lorsqu'on aborde la question du coût du règlement communautaire de coordination par rapport aux dépenses publiques de santé, il n'y a que la spécificité du cas luxembourgeois qui nous est à nouveau révélée. Au Luxembourg, la part dans les dépenses publiques de santé du coût des soins transfrontaliers selon le mécanisme de coordination atteignait 9% en 1997, soit 116 Euro en moyenne par habitant. Pour les autres pays, le coût de ce système était inférieur à 1% (entre 0,3% et 0,5%), soit à peine 2 Euro par habitant (Hermesse, 1999).

Comme le montrent ces données et le graphique ci-dessous, l'impact sur le budget des Etats de la circulation de patients selon la politique de coordination a une portée extrêmement limitée.

Source : Hermesse, 1998 : 57





## CONCLUSIONS

Tout au long de cette étude, nous avons passé en revue les caractéristiques principales qui font l'originalité de l'ordre juridique communautaire par rapport à tout autre système juridique international. En effet, le statut quasi-constitutionnel des normes communautaires relatives au marché intérieur, le rôle de la Cour de Justice en tant qu'interprète du traité, son dialogue avec les juridictions nationales et la possibilité pour les particuliers d'invoquer l'application directe du traité dans leurs systèmes juridiques nationaux, sont les fondements de l'efficacité du droit communautaire.

En vertu de cette originalité, la Cour a été saisie de questions qui sont au cœur de choix délicats de société, relevant de la façon dont nos sociétés européennes ont interprété la relation entre l'économique et le social. Le renvoi d'affaires devant la Cour de Luxembourg en ce domaine nous semble témoigner d'une tendance à l'utilisation de l'arène judiciaire de la part des acteurs économiques, entraînant le risque d'une certaine juridiciarisation des conflits sociaux.

C'est ainsi que certaines dimensions de la souveraineté nationale en matière de protection sociale ont été confrontées avec les principes de l'intégration économique européenne. Au fil des arrêts examinés, le rôle joué par la Cour nous a paru inspiré par une attitude prudente. C'est en particulier le cas lorsqu'on s'intéresse à la jurisprudence la plus récente, où l'on peut identifier un infléchissement dans le sens d'une plus grande prise en considération des préoccupations liées aux choix nationaux, rejoignant ainsi les souhaits des Etats membres.

A la lumière des réponses apportées par le juge communautaire aux questions qui lui ont été adressées, nous avons pu vérifier que la question de l'existence d'une tension entre l'intégration économique européenne et la maîtrise par les Etats de leurs systèmes de protection sociale relève d'un débat qui reste aujourd'hui essentiellement théorique.

Le droit de la protection sociale et le droit de la concurrence communautaire coexistent sans que l'on assiste à une mise en question des monopoles des institutions sociales à l'intérieur des frontières nationales. La concurrence au sein du marché intérieur laisse intacte l'autonomie d'organiser les solidarités des Etats membres. Les libertés de circulation au sein du marché intérieur interagissent avec le contrôle territorial de la population bénéficiaire de soins de santé.

Les arrêts *Pierik* et *Decker et Kohll* ont concerné le principe de territorialité en matière de soins de santé, en vertu duquel la couverture financière des prestations médicales est limitée à l'espace national des Etats membres.

Si la jurisprudence *Pierik* conduisait à une reconnaissance presque totale de la libre circulation des patients au sein de l'Union européenne selon le principe de la prise en charge totale des frais, le principe énoncé dans la jurisprudence récente *Decker et Kohll* est plus mitigé. Dans ce cas, le principe d'une deuxième voie pour l'obtention de soins de santé transfrontaliers a été formulé, prévoyant un remboursement forfaitaire pour les soins obtenus à l'étranger sans autorisation de l'Etat d'assurance. Ainsi, dans sa jurisprudence récente, le juge communautaire est apparu plus attentif que par le passé aux préoccupations des Etats quant à l'organisation territoriale des systèmes de santé.

Si la jurisprudence de la Cour a conféré un droit supplémentaire aux citoyens, ceci n'a pas altéré les habitudes de mobilité des patients. En effet, les données récentes sur la mobilité transfrontalière témoignent d'un nombre particulièrement réduit de citoyens faisant usage du droit à se faire soigner à l'étranger : à ce jour, la crainte d'un tourisme médical généralisé à travers l'Europe ne s'est pas matérialisée. Ainsi, une certaine ouverture des frontières médicales n'a pas provoqué la mise en concurrence des systèmes sanitaires des Etats.

Il est opportun de rester prudent quant aux développements futurs et de veiller sur les évolutions dans ce domaine. Néanmoins, au vu de la photographie de la réalité actuelle, la relation entre l'attribution de droits au niveau européen et la réalité sociétale aux sein des Etats nous paraît riche en enseignements quant aux limites de la capacité du droit à structurer les comportements de la société. A un autre niveau, le débat sur le tourisme médical suscité par les arrêts *Decker et Kohll* est significatif d'une confusion consistant à attribuer au processus de construction européenne des qualités qu'il ne lui appartiennent pas.

A la lumière des thèmes analysés, la réalisation d'un espace économique communautaire sans frontières intérieures est ainsi compatible avec l'autonomie des systèmes nationaux de protection sociale, sans qu'une pression pour leur harmonisation ne soit à l'œuvre de la part du juge communautaire. A l'heure actuelle, la relation traditionnelle entre les citoyens et les frontières des Etats-Providence reste inchangée, même dans un contexte d'intégration des économies.

En conclusion, la leçon que nous tirons de ces pages est le constat que les Etats et les sociétés européennes restent maîtres, tant du lien de solidarité qui les unit, que du futur visage de l'Europe.

## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Bosco, A., 1997, Health care systems, in A. Bosco et M. Hutsebaut (ed.) *Social Protection in Europe. Facing up to changes and challenges*, Bruxelles : ISE, pp. 317-326.
- Caire, G., 1999, Services publics et construction européenne, *Droit Social*, N° 2, Février, pp. 176-183.
- CE, 1998, *La protection sociale en Europe 1997*, Commission européenne, Direction générale des affaires sociales, Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, pp.160.
- Chassard, Y. et Venturini, P., 1995, La dimension européenne de la protection sociale, *Droit Social*, N°9/10, Septembre-Octobre, pp.772-778.
- Coheur, A., Lewalle, H., Palm, W. et Nickless, J., 2000, *Implications de la jurisprudence récente concernant la coordination des systèmes de protection contre le risque de maladie*, rapport effectué pour la Direction générale des affaires sociales de la Commission européenne, Mai, Bruxelles : AIM, pp.178.
- Dehousse, R., 1998, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, New York : St. Martin's Press, pp. 205.
- Dupeyroux, J.-J., 1993, Brèves observations, en marge, *Droit Social*, N° 5, Mai, pp. 494-495.
- Dupeyroux, J.J., 1990, Les exigences de la solidarité, observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance, *Droit Social*, N° 11, Novembre, 741-748.
- Ferrera, M., 1993, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna : Il Mulino, pp.349.
- Hermesse, J., 1998, L'ouverture des frontières aux patients. Les conséquences économiques, in Actes du colloque *Soins sans frontières dans l'Union Européenne ?*, Luxembourg, 18.11.98, pp. 53-63.
- International Labour Office, 1984, *Into the twenty-first century : the development of social security*, Geneva : ILO, pp.130.
- Kessler, F., 1997, L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le fonctionnement des régimes de protection sociale : un bilan à partir du cas français, *Revue de Droit Social*, N° 2, pp. 256-281.
- Laigre, Ph., 1996a, Régimes de Sécurité sociale et entreprises d'assurance, *Droit Social*, N° 7/8, Juillet-Août, pp. 705-708.
- Laigre, Ph., 1996b, L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale, *Droit Social*, N° 1, Janvier, pp. 82-90.

Laigre, Ph., 1993, Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ?, *Droit Social*, N° 5, Mai, pp.488-492.

Laroque, M., 1997, L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française, *Droit Social*, N° 11, Novembre, pp. 961-968.

Leibfried, S. et Pierson, P., 1995, Semisovereign Welfare States : Social Policy in a Multitiered Europe, in S. Leibfried et P. Pierson (ed.) *European Social Policy. Between Fragmentation and Integration*, Washington : The Brookings Institutions, pp. 43-77.

Marhold, F., 1998, Le droit économique européen et les soins de santé, in Actes du colloque *Soins sans frontières dans l'Union Européenne ?*, Luxembourg, 18.11.98, pp. 46-52.

Mavridis, P., 1998a, Régimes complémentaires : droit de la concurrence ou droit social communautaire ?, *Droit Social*, N° 3, Mars, pp. 239-251.

Mavridis, P., 1998b, Libéralisation des soins de santé en Europe : un premier diagnostic, Revue du Marché Unique Européen, N° 3, pp.145-196.

Schapira, J., Le Tallec, G. et Blaise, J-B., 1994, *Droit européen des affaires*, Paris : PUF, pp. 752.

Scharpf, F., 1999, *Governing in Europe. Effective and Democratic ?*, Oxford : Oxford University Press, pp.243.

Van der Mei, A.P., 1998, La Cour de Justice européenne et la coordination des régimes d'assurance maladie, in Actes du colloque *Soins sans frontières dans l'Union Européenne ?*, Luxembourg, 18.11.98, pp. 19-27.

## **JURISPRUDENCE**

Affaire *Pierik*, C-117/77 ; arrêt du 16.3.1978.

Affaire *Pierik II*, 182/78 ; arrêt du 31.5.1979.

Affaires *Luisi et Carbone*, C-286/82 et C-26/83 ; arrêt du 31.1.1984.

Affaire *Schumacher*, C- 215/87 ; arrêt du 7.4.1989.

Affaire *GB-INNO*, aff. C-362/88 ; arrêt du 7.3. 1990.

Affaire *Höfner*, C-41/90 ; arrêt du 23.4.1991.

Affaire *Grogan*, C-159/90 ; arrêt 4.10. 1991.

Affaire *Commission contre Allemagne*, C-62/90 ; arrêt du 8.4.1992.

Affaires *Poucet et Pistre*, C-159 et C-160/91 ; arrêt du 17.2.1993.

Affaire *Corbeau*, C-320/91 ; arrêt du 19.5.1993.

Affaire *Eurocontrol*, C-364/92 ; arrêt du 19.1.1994.

Affaire *Commune d'Almelo*, C-393/92 ; arrêt du 27.4.1994.

Affaire *Coreva*, C-244/94 ; arrêt du 16.11.1995.

Affaire *Garcia*, C-238/94 ; arrêt du 26.3.1996.

Affaire *Cali*, C-343/95 ; arrêt du 18.3.1997.

Affaire *Job Centre*, C-55/96 ; arrêt du 11.12.1997.

Affaires *Decker et Kohll*, C-120/95 et C-158/96 ; arrêts du 28.4.1998.

Affaire *Albany*, C-67/96 ; Affaire *Maatschappij*, C-219/97 ; Affaire *Brentjens*, C-115/97 à C-117/97 ; arrêts du 21.9.1999.

Affaire *Geraets-Smits et Peerboom*, C-157/99.