CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^ME VERICA TRSTENJAK
présentées le 14 avril 2011 [1]

I — Introduction ..... I - 10553

II — Cadre juridique ..... I - 10555

A — Droit de l'Union ..... I - 10555

B — Droit national ..... I - 10556

III — Procédure précontentieuse ..... I - 10557

IV — Procédure devant la Cour et conclusions des parties ..... I - 10559

V — Principaux arguments des parties ..... I - 10560

A — Concernant la réglementation portugaise ..... I - 10560

B — Le droit de l'Union ..... I - 10562

VI — Appréciation juridique ..... I - 10565

A — Applicabilité de l'article 49 CE ..... I - 10565

1. Droit applicable ratione temporis ..... I - 10566

2. Champ d'application ratione materiae ..... I - 10567

a) Les compétences de l'Union et de ses États membres dans le domaine de la politique de santé ..... I - 10567

b) Analyse de la réglementation nationale litigieuse ..... I - 10569

B — Restriction à la libre prestation des services ..... I - 10571

1. Possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre ..... I - 10572

1 — Langue de procédure: l'allemand.

2. Exigence d'une autorisation préalable pour des traitements médicaux «hautement spécialisés» ..... I - 10574

3. Absence de remboursement pour les traitements médicaux «autres» .... I - 10576

C — Justification de la restriction ..... I - 10578

1. Justification dans le cas des traitements médicaux «hautement spécialisés» ..... I - 10578

a) Maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale ..... I - 10580

i) Motif justificatif légitime ..... I - 10580

ii) Exigences relatives à la conformité au droit de l'Union de la procédure d'autorisation ..... I - 10584

— Généralités ..... I -10584

— Exigences spécifiques de la jurisprudence ..... I - 10584

— Proportionnalité ..... I - 10586

b) Contrôle de la qualité des prestations de santé fournies à l'étranger .. I - 10588

c) Conclusion provisoire ..... I - 10589

2. Justification en cas de traitements médicaux «autres» ..... I - 10591

a) Maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale ..... I - 10591

i) Motif justificatif légitime ..... I - 10591

ii) Proportionnalité ..... I - 10591

b) Contrôle de la qualité des prestations de santé fournies à l'étranger .. I - 10593

c) Conclusion provisoire ..... I - 10593

D — Conclusion définitive ..... I - 10593

VII — Sur les dépens ..... I - 10594

VIII — Conclusion ..... I - 10594

I — Introduction

1. La présente espèce s'inscrit dans le contexte de toute une série d'affaires dans lesquelles la Cour a montré les limites en droit de l'Union des restrictions opérées par les États membres concernant le bénéfice de prestations de santé transfrontalières dans le marché intérieur. Dans l'exercice de ses compétences d'interprétation du droit de l'Union et, en l'espèce, des dispositions de droit primaire relatives à la libre prestation des services, la Cour a progressivement développé une abondante jurisprudence, qu'elle a affinée au fur et à mesure des demandes de décision préjudicielle qui lui ont été soumises par les juridictions des États membres. Le droit des citoyens de l'Union de bénéficier, aussi largement que possible et sans entraves, de prestations de santé transfrontalières, généralement connu sous l'expression «mobilité des patients» [2], a pu être précisé, notamment grâce à la jurisprudence abondante en la matière. Jusqu'à présent, la Cour a, d'une certaine manière, joué un rôle de précurseur dans la mise en œuvre du droit de toute personne d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux, désormais reconnu à l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [3]. En effet, malgré l'inaction du législateur de l'Union, la jurisprudence a permis d'éliminer les restrictions opérées sous la forme de réglementations nationales qui faisaient obstacle à la réalisation d'un marché intérieur en matière de prestations de santé. Cette jurisprudence a donné naissance à certains principes importants concernant les conditions dans lesquelles les patients peuvent, en vertu des dispositions relatives à la libre prestation des services, recevoir des soins médicaux dans d'autres États membres et se faire rembourser les frais y afférents par les régimes nationaux d'assurance maladie auxquels ils sont affiliés.

2. Les principes développés dans cette jurisprudence peuvent désormais être rattachés à l'acquis juridique de l'Union, dont le législateur de l'Union devra tenir compte dans l'élaboration d'une future «directive relative à l'application des droits des patients en

2 — Point 1 des conclusions de l'avocat général Geelhoed présentées le 15 décembre 2005 dans l'affaire Watts (arrêt du 16 mai 2006, C-372/04, Rec. p. I-4325).

3 — L'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose: «Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union».

matière de soins de santé transfrontaliers» [4]. Les recours en manquement que la Commission européenne a formés à l'encontre de nombreux États membres et qui ont, depuis lors, donné lieu aux arrêts du 15 juin 2010, Commission/Espagne (C-211/08, Rec. p. I-5267); du 5 octobre 2010, Commission/France (C-512/08, Rec. p. I-8833), et du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (C-490/09, Rec. p. I-247), témoignent des efforts déployés par l'Union pour parvenir à une application cohérente du droit dans l'intérêt des citoyens de l'Union.

3. Dans la présente espèce, la Commission forme un recours en vertu de l'article 226 CE [5] tendant à faire constater que, en ne prévoyant pas dans son droit national la possibilité d'obtenir le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les circonstances prévues par le règlement (CEE) nº 1408/71 [6], ou en subordonnant la possibilité d'un tel remboursement à une autorisation préalable, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE.

4. La question qui est au cœur de la présente affaire est celle de savoir si la réglementation du décret-loi nº 177/92 contestée par la Commission, dont le contenu doit faire l'objet d'un examen détaillé, peut être juridiquement qualifiée de restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE, dans la mesure où elle soumet le bénéfice de prestations médicales à l'étranger à la condition d'une autorisation préalable des autorités compétentes. Dans l'hypothèse où il conviendrait, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, de répondre par l'affirmative se poserait ensuite la question de savoir si cette restriction peut, dans certains cas, être justifiée par des motifs impérieux d'intérêt général,

4 — À ce jour, cela semble être le cas. Dans sa proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers du 2 juillet 2008 [COM(2008) 414 final], la Commission européenne exprime son intention de mettre en place, avec la directive projetée, un mécanisme «basé sur les principes liés à la libre circulation et sur les principes qui sous-tendent les décisions de la Cour de justice». Une référence similaire à la jurisprudence de la Cour est incluse dans le sixième considérant de cette proposition de directive. Celui-ci dispose que la Cour a déjà examiné certains aspects liés aux soins de santé transfrontaliers, notamment le remboursement des soins dispensés dans un État membre autre que celui où réside le bénéficiaire. Les soins de santé étant exclus du champ d'application de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376, p. 36), il importe, selon elle, «de traiter ces questions dans un acte juridique communautaire distinct pour parvenir à une application plus générale et efficace des principes établis au cas par cas par la Cour de justice». La position nº 14/2010 du Conseil en première lecture en vue de l'adoption d'une directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, adoptée par le Conseil le 13 septembre 2010 (2010/C 275 E/01) (JO C 275 E, p. 1), comporte de nombreux renvois à la jurisprudence de la Cour. Conformément au huitième considérant, «[l]a présente directive a [notamment] pour but d'établir des règles visant à faciliter l'accès à des soins de santé transfrontaliers sûrs et de qualité dans l'Union, et à garantir la mobilité des patients conformément aux principes établis par la Cour de justice et à promouvoir la coopération en matière de soins de santé entre les États membres».

5 — Étant donné que le recours de la Commission est fondé sur l'article 226 CE et qu'il est reproché à l'État membre défendeur d'avoir violé les dispositions du traité CE, les conclusions font référence au cadre juridique de l'Union avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

6 — Règlement du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2).

étant précisé que le fait que cette affaire porte exclusivement sur des traitements non hospitaliers est important aux fins de l'appréciation juridique.

II — Cadre juridique

A — *Droit de l'Union* [7]

5. L'article 49, paragraphe 1, CE énonce ce qui suit:

«Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.»

6. L'article 152, paragraphe 5, première phrase, CE dispose ce qui suit:

«L'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux.»

7. L'article 22 du règlement nº 1408/71 est rédigé comme suit:

«1. Le travailleur salarié ou non salarié qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'État compétent pour avoir droit aux prestations, compte tenu, le cas échéant, des dispositions de l'article 18 et:

[…]

c) qui est autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre État membre pour y recevoir des soins appropriés à son état,

a droit:

i) aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par

7 — Conformément aux désignations utilisées dans le TUE et le TFUE, l'expression «droit de l'Union» est utilisée en tant qu'expression globale désignant le droit communautaire et le droit de l'Union. Pour autant que les développements qui suivent visent des dispositions de droit primaire, il est fait mention des dispositions applicables ratione temporis.

l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié, la durée de service des prestations étant toutefois régie par la législation de l'État compétent;

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

[…]»

B — *Droit national*

8. Le décret-loi n° 177/92, du 13 août 1992, régit certains aspects liés aux soins de santé des personnes affiliées au système national de santé du Portugal (SNS) à l'étranger. Conformément aux dispositions du décret-loi, il appartient à la direction générale compétente des hôpitaux de coordonner tout transfert vers l'étranger aux fins d'un traitement médical.

9. L'article 1^er définit le champ d'application du décret-loi comme suit:

«1. Le présent décret-loi régit les soins médicaux hautement spécialisés à l'étranger qui, faute de moyens techniques ou humains, ne peuvent être dispensés sur le territoire national.

2. Les bénéficiaires de ces soins sont les personnes affiliées au système national de santé.

3. Les demandes de transfert vers l'étranger émanant d'organismes privés ne relèvent pas du champ d'application de ce décret-loi.»

10. L'article 2 du décret-loi énonce les conditions du remboursement complet des frais médicaux (visés à l'article 6):

«L'octroi des avantages prévus à l'article 6 est soumis aux conditions suivantes:

a) l'existence d'un rapport médical positif détaillé, rédigé par le médecin traitant, devant être confirmé par le chef de service compétent;

b) la confirmation de ce rapport par le directeur médical de l'hôpital dans lequel le patient a été traité;

c) l'accord du directeur général des hôpitaux sur la base d'un avis du service technique.»

11. L'article 4 définit le pouvoir de décision du directeur général des hôpitaux dans les termes suivants:

«Il appartient au directeur des hôpitaux de se prononcer sur les soins médicaux à l'étranger demandés par les intéressés conformément aux conditions fixées à l'article 2.»

14. Sur la base des informations dont elle disposait, la Commission a adressé une lettre de mise en demeure à la République portugaise le 18 octobre 2006, dans laquelle elle a indiqué que, en subordonnant, conformément aux dispositions pertinentes du décret-loi nº 177/92, du 13 août 1992, le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre à une autorisation préalable, qui n'est accordée que dans des conditions très restrictives, celle-ci avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE tel qu'interprété par la Cour. Par ailleurs, la Commission a invité les autorités portugaises à présenter, le cas échéant, leurs observations dans un délai de deux mois, conformément à l'article 226 CE.

III — Procédure précontentieuse

12. Le 12 juillet 2002, la direction générale du marché intérieur de la Commission a transmis aux États membres un questionnaire concernant la compatibilité de la réglementation et des pratiques nationales avec la jurisprudence de la Cour relative à l'applicabilité des règles du marché intérieur dans le domaine des prestations de santé. Les autorités portugaises ont répondu à la demande de renseignements de la Commission relative à la législation portugaise par lettre du 17 janvier 2003.

13. Le 28 juillet 2003, la Commission a publié un «Rapport concernant l'application des règles du marché intérieur aux services de santé. Mise en œuvre par les États membres de la jurisprudence de la Cour» [8].

15. Dans leur réponse du 12 janvier 2007, les autorités portugaises ont déclaré qu'il était «difficilement concevable que les prestations de santé puissent être soumises aux règles du marché intérieur» et qu'un État membre était habilité à prévoir, par voie législative, que le remboursement des frais médicaux non hospitaliers soit subordonné à l'octroi d'une autorisation préalable.

16. Le 29 juin 2007, la Commission a adressé un avis motivé aux autorités portugaises, dans laquelle elle les a informées que la lettre du 12 janvier 2007 ne comportait aucun élément nouveau, susceptible de remettre globalement en cause la jurisprudence constante de la Cour. La Commission a répété que, en maintenant en vigueur les dispositions du décret-loi nº 177/92, du 13 août 1992,

8 — SEC(2003) 900.

subordonnant le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre à une autorisation préalable, la République portugaise avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE tel qu'interprété par la Cour. La Commission a invité les autorités portugaises à prendre les mesures nécessaires dans un délai de deux mois afin de se conformer à l'avis motivé.

17. Par lettre du 4 septembre 2007, les autorités portugaises ont répondu que le décret-loi nº 177/92 ne faisait pas obstacle à l'application de la législation de l'Union relative à l'accès aux prestations de santé à l'intérieur de l'Union européenne par les ressortissants portugais, ni même aux libertés fondamentales des citoyens de l'Union, telles qu'elles sont consacrées par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

18. Le 12 février 2008, les autorités portugaises ont informé la Commission de leur intention d'examiner les conséquences financières sur le système de santé, ce qui devait, selon elles, prendre au moins un mois, d'autant que la composition du gouvernement avait changé.

19. Le 18 juin 2008, la Commission a invité les autorités portugaises à lui faire connaître les modifications du décret-loi nº 177/92 envisagées afin de mettre rapidement un terme à la violation du droit de l'Union.

20. Par lettre du 24 juillet 2008, les autorités portugaises ont confirmé la position qu'elles avaient déjà défendue dans leur lettre du 4 septembre 2007, à savoir que le décret-loi nº 177/92 n'est pas contraire au droit de l'Union.

21. Le 15 avril 2009, la Commission a adressé un avis motivé complémentaire aux autorités portugaises afin de préciser, pour des raisons de transparence et de sécurité juridique, la portée de la violation du droit de l'Union qu'elle leur reprochait. Dans cette lettre, la Commission a indiqué que, en ne prévoyant, ni dans le décret-loi nº 177/92 ni dans un autre acte juridique national, la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés à l'étranger, sauf dans les circonstances prévues par le règlement nº 1408/71, la République portugaise avait, selon elle, manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE tel qu'interprété par la Cour.

22. Par lettre du 15 mai 2009, les autorités portugaises ont répondu à l'avis motivé complémentaire que le remboursement des frais médicaux liés à un traitement dispensé dans un autre État membre était prévu par le décret-loi nº 177/92. En outre, elles ont expliqué que la réglementation portugaise n'excluait pas non plus le remboursement des frais médicaux lorsqu'il s'agissait d'un traitement médical spécialisé, sous réserve que la procédure d'attestation préalable relative à la

nécessité médicale d'un traitement à l'étranger soit respectée.

IV — Procédure devant la Cour et conclusions des parties

23. Par requête parvenue au greffe de la Cour le 9 juillet 2009, la Commission a formé le présent recours, par lequel elle conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en ne prévoyant pas, dans le décret-loi nº 177/92, du 13 août 1992, fixant les conditions de remboursement des frais médicaux engagés à l'étranger, ou dans tout autre instrument de droit national, la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les circonstances prévues par le règlement nº 1408/71, ou encore, dans l'hypothèse où le décret-loi précité admet la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, en subordonnant ce remboursement à l'octroi d'une autorisation préalable, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE;

— condamner la République portugaise aux dépens.

24. Dans son mémoire en réponse présenté le 2 octobre 2009, le gouvernement portugais conclut au rejet du recours comme étant dénué de fondement et à la condamnation de la Commission aux dépens.

25. La procédure écrite a été close par le mémoire en réplique du 16 novembre 2009 et le mémoire en duplique du 4 février 2010.

26. Par une ordonnance du 17 novembre 2009, le président de la Cour a autorisé le Royaume d'Espagne à intervenir au soutien des conclusions de la République portugaise.

27. Les représentants des parties ainsi que le gouvernement espagnol ont été entendus en leurs plaidoiries à l'audience du 9 février 2010.

28. Par un mémoire du 24 mars 2011, la Commission s'est partiellement désistée de son recours et a reformulé ses conclusions en demandant à présent qu'il plaise à la Cour:

— constater que, en ne prévoyant pas, dans le décret-loi nº 177/92, du 13 août 1992, fixant les conditions de remboursement des frais médicaux engagés à l'étranger, ou dans tout autre instrument de droit national, la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les circonstances prévues par le règlement nº 1408/71, ou encore, dans

l'hypothèse où le décret-loi précité admet la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, en subordonnant ce remboursement à l'octroi d'une autorisation préalable (à l'exception du remboursement des frais relatifs à certains traitements médicaux, qui, même s'ils sont dispensés dans un cabinet médical, impliquent le recours à des équipements matériels lourds, lesquels sont mis à disposition et subventionnés par l'État d'affiliation et qui sont énumérés de façon exhaustive dans la législation nationale, comme une caméra à scintillation munie ou non de détecteur d'émission de positons en coïncidence, un tomographe à émissions, une caméra à positons, un appareil d'imagerie ou de spectrométrie par résonance magnétique nucléaire à utilisation clinique, un scanographe à utilisation médicale, un caisson hyperbare, un cyclotron à utilisation médicale), la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE;

— condamner la République portugaise aux dépens.

29. Par un mémoire du 6 avril 2011, la République portugaise a reformulé ses conclusions en demandant désormais qu'il plaise à la Cour:

— rejeter le recours comme étant dénué de fondement;

— dans l'hypothèse où le recours serait considéré comme non fondé, constater en tout état de cause le désistement partiel du recours de la Commission;

— condamner la Commission aux dépens.

V — Principaux arguments des parties

A — *Concernant la réglementation portugaise*

30. La *Commission* a d'autant plus de mal à comprendre le point de vue du gouvernement portugais qu'elle juge les informations relatives au remboursement des frais médicaux non hospitaliers ambiguës, voire contradictoires.

31. La Commission a conclu de la réponse du gouvernement portugais au questionnaire de la direction générale du marché intérieur sur la compatibilité de la réglementation nationale avec la jurisprudence de la Cour que le décret-loi nº 177/92 était l'instrument de législation national contenant les dispositions applicables au remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés à l'étranger.

32. Toutefois, la Commission souligne que, dans leur réponse à l'avis motivé, les autorités portugaises ont expliqué qu'il ne faisait pas partie des objectifs de réglementation du décret-loi nº 177/92 de subordonner le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés à l'étranger à une autorisation préalable, et qu'aucune autre disposition du droit portugais ne le prévoyait. La Commission indique qu'elle en a conclu que l'ordre juridique portugais excluait la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les conditions prévues par le règlement nº 1408/71.

33. La Commission relève que, dans leur réponse à l'avis motivé complémentaire, les autorités portugaises ont pourtant expliqué que l'accès aux prestations de santé dans un autre État membre était soumis à une procédure d'attestation de la nécessité clinique, ce qui montre qu'il existe, au Portugal, un système d'autorisation préalable pour le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre.

34. Enfin, la Commission explique que les autorités portugaises ont expressément admis, dans leur mémoire en défense, que la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre était exclue, sauf dans les conditions prévues par le règlement nº 1408/71.

35. Le *gouvernement portugais* conteste les prétendues ambiguïtés ou contradictions figurant dans l'explication de la réglementation en vigueur au Portugal.

36. Le gouvernement portugais explique qu'il existe, dans l'ordre juridique portugais, deux possibilités d'accès aux prestations de santé à l'étranger, qui sont prévues, d'une part, par le règlement nº 1408/71, notamment par son article 22, et, d'autre part, par le décret-loi nº 177/92, qui régit les «soins médicaux hautement spécialisés ne pouvant être fournis sur le territoire national».

37. Le gouvernement portugais explique que le décret-loi nº 177/92 est conçu comme un instrument destiné aux soins en hôpital. Un traitement médical à l'étranger serait donc possible dès lors que le système de santé portugais ne dispose pas des moyens nécessaires pour soigner les personnes affiliées à ce système. Cette solution viserait à mettre à la disposition du malade les soins de santé dont il a besoin, avec une garantie de qualité et d'efficacité médicale.

38. Un traitement à l'étranger serait soumis à certaines conditions, qui sont fixées dans le décret-loi nº 177/92. Ainsi les demandes de soins médicaux hautement spécialisés devraient-elles être présentées par les hôpitaux du système national de santé, accompagnées d'un rapport médical détaillé devant être confirmé par le chef de service concerné ainsi que par le directeur médical (article 2, paragraphes 1 et 2). La décision finale

appartiendrait au directeur de la santé. En outre, le rapport médical devrait contenir toute une série d'informations sur l'état de santé du patient et expliquer le traitement ainsi que les endroits à l'étranger où le patient devrait être opéré ou soigné. Sous réserve de remplir les conditions légales, le patient aurait droit au remboursement intégral des frais, y compris ceux de trajet et de séjour du patient ainsi que de l'accompagnateur. Le paiement interviendrait par l'intermédiaire de l'unité clinique correspondante, qui est compétente pour la procédure d'attestation préalable (article 6).

39. Le gouvernement portugais est d'avis que l'on ne doit faire aucune différence entre les frais de traitements hospitaliers et non hospitaliers. En effet, les soins médicaux hautement spécialisés dispensés à l'étranger dans le cadre d'une collaboration institutionnelle pourraient regrouper les deux modalités de traitement. En outre, le gouvernement portugais établit un parallèle entre la procédure d'attestation de la nécessité clinique d'un traitement à l'étranger et la procédure de transfert vers un médecin spécialiste.

40. Il relève également que la collaboration médicale prévue par le décret-loi nº 177/92 répond aux exigences du système national de santé, qui est caractérisé, conformément aux prescriptions constitutionnelles, par son caractère général et autonome, et qui est en outre financé par l'État.

B — *Le droit de l'Union*

41. La *Commission* est d'avis que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE, tel qu'interprété par la Cour. Selon cette jurisprudence, l'article 49 CE serait applicable lorsqu'un patient bénéficie, contre rémunération, de prestations médicales dans un autre État membre que celui de sa résidence. Or, au Portugal, le décret-loi nº 177/92 fixant les conditions du remboursement de frais médicaux engagés à l'étranger ne prévoirait pas expressément le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les conditions prévues par le règlement nº 1408/71, ou cette réglementation subordonnerait, conformément à l'interprétation prônée par les autorités portugaises, le remboursement de ces frais médicaux non hospitaliers à l'octroi d'une autorisation préalable dans des conditions restrictives.

42. La Commission estime que, même si l'on admettait qu'un système subordonnant le remboursement de frais médicaux à l'autorisation préalable puisse être justifié, malgré la jurisprudence de la Cour, les conditions d'octroi d'une telle autorisation sont restrictives et contraires au droit de l'Union.

43. Concernant les arguments avancés par le gouvernement portugais en faveur d'une justification tirée de motifs impérieux, à savoir le financement du système national de santé et la garantie de l'accès au système général de

soins de santé, la Commission soutient que l'exigence de l'autorisation préalable ne saurait être justifiée ni par des motifs de santé publique ni par la gravité du danger pour l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale. En outre, la Commission reproche aux autorités portugaises de ne pas avoir invoqué ni démontré l'existence d'un risque réel d'atteinte à l'équilibre financier du système de santé portugais, que causerait le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés à l'étranger.

44. Le *gouvernement portugais* fait valoir qu'aucune disposition du traité ne reconnaît aux citoyens de l'Union le droit d'exiger le remboursement des frais médicaux liés à des traitements dispensés à l'étranger ou la possibilité d'exercer pleinement ce droit, sans que cela soit régi par un mécanisme d'autorisation préalable.

45. Le gouvernement portugais voit, dans le présent recours en manquement, une tentative de la Commission d'imposer une solution sur le plan juridique, qui serait non seulement dépourvue de toute base légale, mais qui aurait également été refusée par les États membres, lesquels sont compétents en matière d'aménagement des systèmes de sécurité sociale et du système de santé. Il s'étonne de la démarche de la Commission, étant donné qu'une procédure législative visant à déterminer les droits et obligations des États membres dans ce domaine serait actuellement en cours. Il ressort du vingt-troisième considérant de la directive 2006/123 que seule une solution législative comprenant des prescriptions suffisamment claires peut justifier une décision juridictionnelle. Convaincu qu'un arrêt de la Cour entraînerait un chevauchement des processus décisionnels juridictionnel et politique, il demande à la Cour de suspendre la procédure, conformément à l'article 82 bis, paragraphe 1, sous a), du règlement de procédure.

46. D'après le gouvernement portugais, la jurisprudence de la Cour relative à l'applicabilité de l'article 49 CE aux prestations de santé transfrontalières est caractérisée par deux éléments, à savoir le cadre procédural spécifique et son manque de sécurité juridique et de clarté. Tous les arrêts de la Cour seraient rendus dans le cadre de procédures préjudicielles au titre de l'article 234 CE, ce qui empêcherait la transposition des solutions arrêtées dans ces affaires à la présente espèce.

47. Même si une autorisation préalable était susceptible, dans certains cas, de constituer une restriction à la libre prestation des services, l'article 49 CE ne s'opposerait pas, d'après la jurisprudence de la Cour, à une telle autorisation dès lors qu'elle dépendrait de critères objectifs, dont le respect conditionnerait également le remboursement des frais médicaux liés à des traitements suivis sur le territoire national.

48. En outre, l'article 22 du règlement nº 1408/741 subordonnerait aussi la fourniture de prestations de santé transfrontalières à

l'octroi d'une autorisation préalable. Au reste, l'article 49 CE devrait être mis en conformité avec les autres dispositions du traité. À cet égard, le gouvernement portugais renvoie à l'article 152, paragraphe 5, CE, qui inclurait une réserve de compétence en faveur des États membres et dont l'application effective exclurait toute application d'autres dispositions du traité qui porteraient atteinte aux pouvoirs de l'institution nationale décisionnaire en matière d'organisation, de financement et d'aménagement du système national de santé retenu.

49. Le gouvernement portugais ne suggère aucune modification de la jurisprudence, mais demande à la Cour d'instaurer une concordance pratique entre l'article 49 CE et l'article 152, paragraphe 5, CE, de manière à écarter l'article 49 CE pour des motifs impérieux d'intérêt général. Il invoque plusieurs motifs que la jurisprudence de la Cour aurait considérés comme légitimes, dont la nécessité de garantir l'équilibre financier des systèmes de sécurité sociale et de la fourniture des soins de santé.

50. Le *gouvernement espagnol* fait, tout d'abord, remarquer que l'article 49 CE n'impose aux États membres aucune obligation d'adopter des actes de transposition positifs, d'autant que la directive serait l'instrument juridique expressément prévu par le droit de l'Union pour créer de tels actes à l'intérieur des ordres juridiques nationaux. Selon lui, l'article 52 CE prévoit expressément que la directive constitue le moyen de libérer le marché intérieur pour les prestations de services. C'est précisément ce que la Commission prévoirait actuellement avec sa proposition de directive [9]. Le fait que la République portugaise n'ait pas instauré de procédure supplémentaire aux fins du remboursement de frais médicaux, outre celle prévue par le règlement n° 1408/71, ne constituerait pas une violation des obligations résultant de l'article 49 CE.

51. Par ailleurs, la Commission n'aurait pas démontré que les autorités portugaises appliquent leur réglementation en violation des obligations résultant de l'article 49 CE, notamment en refusant systématiquement l'autorisation prévue par le système pour le traitement à l'étranger.

52. Concernant la compatibilité de la réglementation portugaise avec l'article 49 CE, le gouvernement espagnol indique qu'un système prévoyant une autorisation préalable ne constitue pas nécessairement une restriction injustifiée à la libre prestation des services. Des raisons impérieuses d'intérêt général justifieraient un tel système, en particulier dans le cadre de prestations de santé hospitalières. Il serait erroné de transposer la jurisprudence de la Cour résultant des arrêts du 28 avril 1998, Kohll (C-158/96, Rec. p. I-1931), ainsi que du 13 mai 2003, Müller-Fauré et van Riet (C-385/99, Rec. p. I-4509), relative à des prestations dentaires, à toute prestation de santé

9 — Citée à la note 4.

non hospitalière. Par précaution, le gouvernement espagnol rappelle que, dans l'arrêt Kohll, la Cour a jugé que, «[à] cet égard, il y a lieu de relever que l'article 56 du traité permet […] de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie, de sa population».

53. Concernant la proportionnalité de la réglementation litigieuse, le gouvernement espagnol relève qu'il convient d'examiner si la procédure administrative d'autorisation instaurée par le système portugais repose sur des critères objectifs et non discriminatoires qui seraient connus par avance des intéressés, et qui permettraient de connaître les limites de la marge d'appréciation des autorités nationales.

VI — Appréciation juridique

A — *Applicabilité de l'article 49 CE*

54. En vertu d'une jurisprudence constante, et conformément aux règles qui déterminent le droit procédural de l'Union, dans le cadre d'une procédure en manquement, il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué. C'est elle qui doit apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement, sans pouvoir se fonder sur des présomptions quelconques [10]. Il y a renversement de la charge de la preuve procédurale lorsque la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître le manquement. Dans une telle hypothèse, il incombe à l'État membre de se défendre de manière substantielle et détaillée pour établir à son tour que le droit de l'Union a été respecté [11].

55. Par son recours, la Commission reproche à la République portugaise d'avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE. Le gouvernement portugais réfute ce grief, d'une part, en invoquant la procédure législative actuelle et, surtout, les consultations en cours au sein du Conseil — qui ont pour objet l'adoption d'une directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers — et, d'autre part, en remettant en cause l'applicabilité des dispositions de droit primaire relatives à la libre circulation des

10 — Voir, notamment, arrêts du 25 mai 1982, Commission/Pays-Bas (96/81, Rec. p. 1791, point 6); du 22 septembre 1988, Commission/Grèce (272/86, Rec. p. 4875, point 17); du 26 juin 2003, Commission/Espagne (C-404/00, Rec. p. I-6695, point 26); du 6 novembre 2003, Commission/Royaume-Uni (C-434/01, Rec. p. I-13239, point 21); du 29 avril 2004, Commission/Autriche (C-194/01, Rec. p. I-4579, point 34); du 13 novembre 2007, Commission/Irlande (C-507/03, Rec. p. I-9777, point 33); du 6 octobre 2009, Commission/Suède (C-438/07, Rec. p. I-9517, point 49), et du 29 octobre 2009, Commission/Finlande (C-246/08, Rec. p. I-10605, point 52).

11 — Voir arrêt du 12 décembre 1996, Commission/Allemagne (C-298/95, Rec. p. I-6747, point 17), et Commission/Grèce (précité à la note 10, point 21). En ce sens, Burgi, M., dans *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (édité par Rengeling, H.-W., Middeke, A., et Gellermann, M.), Munich, 2003, § 6, point 45, p. 79, et Schwarze, J., *EU-Kommentar* (édité par Schwarze, J.), 2e édition, 2009, article 226 CE, point 27, p. 1755.

services, notamment l'article 49 CE, au domaine des prestations de santé transfrontalières. Sur le plan juridique, les deux arguments concernent l'applicabilité ratione temporis ainsi que ratione materiae de l'article 49 CE au présent litige, qui doit être examinée dans les développements suivants.

1. Droit applicable ratione temporis

56. Concernant la première objection soulevée par le gouvernement portugais contre le présent recours, il convient tout d'abord de noter qu'un État membre ne saurait valablement se prévaloir d'un acte juridique qui n'est pas encore entré en vigueur et qui n'a dès lors pas encore produit d'effets juridiques au sein de l'ordre juridique de l'Union. La confiance dans le maintien à l'identique d'une proposition d'acte juridique donnée de la Commission ne peut pas, objectivement, être considérée comme légitime, d'autant plus que ces propositions peuvent subir de nombreuses modifications du Conseil et du Parlement au cours de la procédure législative. C'est également la raison pour laquelle elles ne peuvent servir de moyens auxiliaires d'interprétation que dans une mesure limitée.

57. En outre, il convient de rappeler que la procédure prévue à l'article 226 CE a pour objet de constater les manquements au droit de l'Union commis par les États membres à un moment déterminé et pertinent. En vertu d'une jurisprudence de la Cour aujourd'hui bien établie, l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé. Cette date est la seule à prendre en considération pour apprécier l'existence d'un manquement [12]. Les changements intervenus par la suite ne sauraient donc être pris en compte, pas plus que les régularisations ultérieures opérées par l'État membre concerné [13]. Dès lors, la probabilité, qui n'est pas à exclure, que la procédure législative aboutisse prochainement, donnant lieu à l'adoption d'une directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, ne change rien à l'objet du recours et n'a donc aucune incidence sur la présente procédure en manquement.

58. Il s'ensuit que l'objection soulevée par le gouvernement portugais à l'encontre de l'applicabilité de l'article 49 CE aux fins de l'examen d'une éventuelle violation du droit de l'Union doit être rejetée.

12 — Voir arrêts du 1er juin 1995, Commission/Italie (C-182/94, Rec. p. I-1465); du 10 septembre 1996, Commission/Allemagne (C-61/94, Rec. p. I-3989); du 16 décembre 1997, Commission/Italie (C-316/96, Rec. p. I-7231, point 14); du 11 juin 1998, Commission/Grèce (C-232/95 et C-233/95, Rec. p. I-3343, point 38); du 9 mars 2000, Commission/Belgique (C-355/98, Rec. p. I-1221, point 22); du 3 octobre 2002, Commission/Espagne (C-47/01, Rec. p. I-8231, point 15), et du 14 avril 2005, Commission/Luxembourg (C-519/03, Rec. p. I-3067, point 18).

13 — Voir également Burgi, M., loc cit. (note 11), point 38, p. 75; Cremer, W., *EUV/EGV-Kommentar* (édité par Calliess, C., et Ruffert, M.), 3e édition, Munich, 2007, article 226 CE, point 33, p. 1991.

2. Champ d'application ratione materiae

59. La seconde objection soulevée par le gouvernement portugais doit être comprise en ce sens qu'elle remet en question l'applicabilité ratione materiae, en tant que telle, des dispositions de droit primaire relatives à la libre circulation des services. Pour étayer sa conception juridique, il renvoie à l'article 152, paragraphe 5, CE, qui confère aux États membres la responsabilité de l'organisation et de la fourniture des services de santé et de soins médicaux. En outre, le gouvernement portugais souligne la nécessité d'une réglementation de droit dérivé dans ce domaine.

a) Les compétences de l'Union et de ses États membres dans le domaine de la politique de santé

60. Il convient de souscrire aux remarques formulées par le gouvernement portugais dans la mesure où elles portent sur la compétence de principe des États membres dans le domaine des soins de santé. En effet, pour simplifier, les États membres restent en principe «maîtres de la politique de santé» [14], ce qui signifie que l'Union ne doit pas aller à l'encontre de leur politique. Dans le champ d'action délimité par l'article 152 CE, les compétences de l'Union sont moins étendues que dans d'autres domaines. Elles se bornent, sur le fond, à «compléter» les politiques nationales, selon le paragraphe 1, deuxième et troisième alinéas, et, sur le plan de l'organisation, à «encourager» leur collaboration, conformément au paragraphe 2, premier alinéa. Ce retranchement de principe de l'activité de l'Union dans le domaine de la protection de la santé derrière les politiques des États membres doit être considéré comme l'expression du principe de subsidiarité qui est consacré par l'article 5 CE. Toutefois, cela n'affecte pas le pouvoir de l'Union de créer des normes de protection à l'échelle de l'Union dans le cadre de l'harmonisation des politiques nationales de protection de la santé, fondée sur l'article 95 CE, en vue d'éliminer les restrictions aux libertés fondamentales. La proposition de directive de la Commission, qui tend, conformément à son huitième considérant, à garantir notamment la mobilité des patients

14 — Le huitième considérant de la proposition de la Commission concernant une directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (citée à la note 4 ci-dessus) est libellé comme suit: «La présente directive a pour but d'établir un cadre général pour la prestation de soins de santé transfrontaliers sûrs, efficaces et de qualité dans la Communauté, et de garantir la mobilité des patients et la libre prestation des soins ainsi qu'un niveau élevé de protection de la santé, dans le plein respect des responsabilités des États membres en matière de définition des prestations de sécurité sociale liées à la santé et en matière d'organisation et de prestation des soins de santé, des soins médicaux et des prestations de sécurité sociale, en particulier pour la maladie».

et la libre prestation des soins, repose précisément sur cette habilitation générale.

61. La Cour est consciente de la complexité de la répartition des tâches entre l'Union et ses États membres. En effet, comme elle l'a déclaré dans une jurisprudence constante, le droit de l'Union ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale [15]. Cela signifie également que, en l'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union européenne, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer les conditions d'octroi des prestations en matière de sécurité sociale [16]. Dans ce contexte, il convient de renvoyer à l'arrêt Watts [17], dans lequel la Cour a très clairement rappelé que, aux termes de l'article 152, paragraphe 5, CE, l'action de l'Union respectait pleinement les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux.

62. Toutefois, comme la Cour l'a relevé dans le même arrêt, cette disposition n'exclut cependant pas que les États membres soient tenus, au titre d'autres dispositions du traité, telles que l'article 49 CE, ou de mesures adoptées au niveau de l'Union sur le fondement d'autres dispositions du traité, telles que l'article 22 du règlement nº 1408/71, d'apporter des adaptations à leur système national de sécurité sociale et de soins de santé [18]. Dans des arrêts antérieurs, la Cour avait déjà souligné que, dans l'exercice de la compétence que leur reconnaît l'article 152, paragraphe 5, CE, les États membres doivent respecter le droit de l'Union, notamment les dispositions relatives à la libre prestation des services [19]. En effet, ces dispositions interdisent aux États membres d'introduire ou de maintenir des restrictions injustifiées à l'exercice de cette liberté dans le domaine des soins de santé [20]. En outre, il convient de souligner que la Cour a expressément rappelé que les États membres ne doivent pas considérer que les inévitables adaptations que la réalisation des libertés fondamentales garanties par le traité les oblige à apporter à leur système national de sécurité sociale constituent une atteinte à

15 — Arrêt du 7 février 1984, Duphar e.a. (238/82, Rec. p. 523, point 16); du 17 juin 1997, Sodemare e.a. (C-70/95, Rec. p. I-3395, point 27); Kohll (précité au point 52, point 17); du 18 mars 2004, Leichtle (C-8/02, Rec. p. I-2641, point 29); Watts (précité à la note 2, point 92), et du 15 juin 2010, Commission/Espagne (précité au point 2, point 53).

16 — Arrêts du 24 avril 1980, Coonan (110/79, Rec. p. 1445, point 12), du 4 octobre 1991, Paraschi (C-349/87, Rec. p. I-4501, point 15); du 30 janvier 1997, Stöber et Piosa Pereira (C-4/95 et C-5/95, Rec. p. I-511, point 36); Watts (précité à la note 2, point 92); Müller-Fauré et van Riet (précité au point 52, point 100); du 15 juin 2010, Commission/Espagne (précité au point 2, point 53), et du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (précité au point 2, point 32).

17 — Arrêt précité à la note 2, point 146. Voir, également, arrêt du 15 juin 2010, Commission/Espagne (précité au point 2, point 75).

18 — Arrêt Watts (précité à la note 2, point 147).

19 — Arrêts du 28 avril 1998, Decker (C-120/95, Rec. p. I-1831, point 19); du 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms (C-157/99, Rec. p. I-5473, points 44 à 46); Müller-Fauré et van Riet (précité au point 52, point 100); du 23 octobre 2003, Inizan (C-56/01, Rec. p. I-12403, point 17); Watts (précité à la note 2, point 92), et du 15 juin 2010, Commission/Espagne (précité au point 2, point 53).

20 — Arrêts Watts (précité à la note 2, point 92); du 19 avril 2007, Stamatelaki (C-444/05, Rec. p. I-3185, point 23); du 15 juin 2010, Commission/Espagne (précité au point 2, point 23), et du 5 octobre 2010, Elchinov (C-173/09, Rec. p. I-8889, point 40).

leur compétence souveraine en la matière [21]. Enfin, on ne doit pas oublier que l'Union européenne peut, par des mesures favorisant, par exemple, la réalisation des libertés fondamentales, exercer une influence considérable sur les systèmes de santé des États membres [22].

63. Dans le domaine des prestations de santé transfrontalières, on assiste en quelque sorte à une imbrication entre le droit de l'Union et le droit national, de sorte que le droit de l'Union, comme c'est souvent le cas, se limite en substance à fixer un objectif contraignant — à savoir la réalisation de la liberté de circulation des personnes pour les patients ainsi que leur égalité de traitement vis-à-vis des autorités nationales, indépendamment de leur nationalité —, alors que les compétences des États membres restent inchangées, étant précisé que celles-ci doivent se conformer au cadre normatif établi par le droit primaire et dérivé, puisque les États membres doivent respecter le droit de l'Union dans l'exercice de leurs compétences [23]. L'étendue du cadre juridique de l'Union prévu à l'article 49 CE aux fins de l'exercice des compétences des États membres est déterminée par la Cour. En effet, il lui incombe, en vertu des traités fondateurs, d'éclairer et de préciser, par le biais de l'interprétation, la signification et la portée d'une règle du droit de l'Union, telle qu'elle doit être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur [24].

64. Par conséquent, la République portugaise ne peut pas non plus valablement se prévaloir de sa compétence propre en matière d'organisation et de fourniture de services de santé et de soins médicaux sur son territoire pour s'exonérer des obligations que lui impose par ailleurs le droit primaire de l'Union, et, surtout, les dispositions relatives aux libertés fondamentales.

b) Analyse de la réglementation nationale litigieuse

65. En ce qui concerne la question suivante, tendant à déterminer si la réglementation nationale litigieuse entre dans

21 — Arrêts précités Watts (point 147), Müller-Fauré et van Riet (point 102) ainsi que du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (point 45).

22 — Voir, par exemple, arrêts du 3 octobre 2000, Ferlini (C-411/98, Rec. p. I-8081, points 47 et suiv.); du 9 septembre 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389), concernant le service de garde d'un médecin dans un hôpital dans le cadre de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs; du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887), concernant l'interdiction nationale de vente par correspondance des médicaments, et Leichtle (précité à la note 15, point 53), relatif aux conditions de la prise en charge des frais d'une cure thermale dans un autre État membre.

23 — En ce sens, Van Raepenbusch, S., «Dossier: l'Europe de la santé — L'état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l'intérieur de l'Union européenne après l'arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04», *Gazette du Palais*, décembre 2006, p. 8.

24 — Voir arrêt du 19 novembre 2009, Commission/Italie (C-540/07, Rec. p. I-10983, point 63).

le champ d'application ratione materiae de l'article 49 CE, il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante, les prestations médicales fournies contre rémunération relèvent du champ d'application des dispositions relatives à la libre prestation des services [25], sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que les soins sont dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre [26]. Elle a également jugé que la libre prestation des services incluait la liberté des destinataires de services, notamment des personnes devant recevoir des soins médicaux, de se rendre dans un autre État membre pour y bénéficier de ces services, sans être gênés par des restrictions [27]. Par ailleurs, la Cour a jugé qu'une prestation médicale ne perd pas sa qualification de prestation de services au sens de l'article 49 CE au motif que le patient, après avoir rétribué le prestataire étranger pour les soins dispensés, sollicite ultérieurement la prise en charge de ces soins par un système de sécurité sociale [28].

66. Par conséquent, des dispositions nationales telles que celles contenues dans le décret-loi nº 177/92, fixant les conditions applicables tant à l'accès des patients aux prestations de santé transfrontalières qu'au remboursement des frais de maladie par les autorités d'un régime national d'assurance maladie, relèvent du champ d'application ratione materiae de l'article 49 CE [29].

67. Par ailleurs, contrairement à ce que le gouvernement portugais a indiqué en invoquant à plusieurs reprises cet argument pour écarter la possibilité de transposer les principes élaborés par la Cour à la présente espèce, la circonstance que le système national de santé du Portugal ne soit pas financé par les cotisations des assurés, à la différence des systèmes de santé de certains autres États membres, mais exclusivement par des recettes fiscales et autres ressources budgétaires de l'État, ne s'oppose aucunement à un contrôle de la compatibilité des dispositions du décret-loi nº 177/92 avec l'article 49 CE,

25 — Arrêt du 4 octobre 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. p. I-4685, point 18), ainsi qu'arrêts précités Kohll (point 29); Watts (point 86); Stamatelaki (point 19); du 15 juin 2010, Commission/Espagne (point 47), et du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (point 34).

26 — Arrêts du 12 juillet 2001, Vanbraekel e.a. (C-368/98, Rec. p. I-5363, point 41) et Smits et Peerbooms (précité à la note 19, point 53); Müller-Fauré et van Riet (précité au point 52, point 103); Leichtle (précité à la note 15, point 28); Watts (précité à la note 2, point 86); Stamatelaki (précité à la note 20, point 19); Commission/France précité au point 2, point 30), ainsi que du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (précité au point 2, point 34).

27 — Arrêts précités Watts (point 87), Stamatelaki (point 20), Commission/Espagne (point 49), Commission/France (point 31), Elchinov (point 37), et du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (point 35).

28 — Arrêts précités Müller-Fauré et van Riet (point 103), Stamatelaki (point 21) et du 15 juin 2010, Commission/Espagne (point 47).

29 — Voir arrêt Smits et Peerbooms (précité à la note 19, points 60 à 69), et arrêt de la Cour AELE, Rinsal et Slinning (E-11/07 et C-1/08, point 44), étant précisé que, dans cette affaire, non seulement l'applicabilité ratione materiae des dispositions de droit primaire relatives à la libre prestation des services dans le traité CE et CEE avait été reconnue, mais également le caractère restrictif des dispositions nationales concernées. L'article 49, paragraphe 1, CE correspond sur le fond à l'article 36, paragraphe 1, de l'accord EEE, dont l'interprétation relève de la Cour AELE (en ce qui concerne les États AELE/EEE). Conformément au principe dit «de la jurisprudence homogène dans l'Espace économique européen», la Cour AELE a appliqué la jurisprudence précitée de la Cour à ces dispositions de l'accord.

tel qu'interprété par la Cour, car, comme cette dernière l'a constaté sans équivoque dans l'arrêt Watts [30], en particulier au sujet d'un système national de santé tel que le National Health Service (NHS) du Royaume-Uni, les dispositions de droit primaire relatives à libre prestation des services s'appliquent «indépendamment du mode de fonctionnement du système national [respectif]». Je souhaite souligner que la nouveauté apportée par l'arrêt Watts consistait notamment dans la transposition de la jurisprudence actuelle relative à la liberté de circulation dans le cadre d'un régime obligatoire d'assurance maladie à caractère essentiellement contributif à des systèmes de santé nationaux financés par des recettes fiscales [31]. En outre, il convient à cet égard de se reporter à l'arrêt Müller-Fauré et van Riet [32], dans lequel la Cour a expressément déclaré qu'il n'y avait pas lieu, sous l'angle de la libre prestation des services, d'établir une distinction selon que «la caisse d'assurance maladie ou le budget national paie directement le prestataire». Dès lors, l'argumentation contraire du gouvernement portugais doit être rejetée.

68. Le champ d'application de l'article 49 CE est donc ouvert.

B — *Restriction à la libre prestation des services*

69. De surcroît, il convient d'examiner si la réglementation contenue dans le décret-loi nº 177/92 constitue, comme le prétend la Commission, une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE. En vertu d'une jurisprudence bien établie, l'article 49 CE s'oppose à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre [33].

70. Cependant, la constatation d'une restriction injustifiée à la libre prestation des services, et donc d'une atteinte au droit de l'Union, ne peut intervenir avant que l'objet du litige ne soit suffisamment clarifié. À cette fin, il convient d'analyser la finalité exacte des conclusions de la Commission, qui déterminent l'objet du litige.

71. À cet égard, il convient de noter que la Commission fonde son recours sur deux violations alternatives. Dans son recours, la Commission reproche plus précisément à la République portugaise de ne pas prévoir, dans sa réglementation, la possibilité d'un

30 — Arrêt précité à la note 2, point 90.

31 — En ce sens, Schneider, U., «Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG», *European Law Reporter*, 9/2006, p. 348, et Schiano, R., «Arrêt 'Yvonne Watts'», *Revue du droit de l'Union européenne*, 2/2006, p. 461.

32 — Précité, point 103.

33 — Arrêt du 5 octobre 1994, Commission/France (C-381/93, Rec. p. I-5145, point 17), ainsi qu'arrêts précités Kohll (point 33); Smits et Peerbooms (point 61); Watts (point 94); Stamatelaki (point 25); du 15 juin 2010, Commission/Espagne (point 55), et du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (point 33).

remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les conditions prévues par le règlement nº 1408/71. À titre subsidiaire, elle lui reproche d'avoir mis en œuvre un système qui subordonne le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre à l'octroi d'une autorisation préalable.

1. Possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre

72. Il ressort de la formulation du premier chef de conclusions que sa seconde partie («[…] ou, dans les cas où ledit [décret-loi] reconnaît la possibilité de remboursement des frais médicaux non hospitaliers effectués dans un autre État membre […]») doit être interprétée comme une conclusion subsidiaire de la Commission pour le cas où la Cour constaterait que la réglementation portugaise pertinente prescrit — contrairement à ce que soupçonne la Commission — le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, c'est-à-dire y compris dans les conditions qui ne sont pas prévues par le règlement nº 1408/71.

73. Dès lors, il convient tout d'abord d'examiner, à la lumière des informations fournies à la Cour par les parties, si la réglementation nationale litigieuse prescrit, d'une manière générale, le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre.

74. Dans sa requête [34], la Commission indique que, en se fondant sur les informations qui lui ont été fournies par les autorités portugaises dans le cadre de la procédure précontentieuse, elle est parvenue à la conclusion que la réglementation portugaise ne prévoyait pas la possibilité de rembourser les frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre, sauf dans les conditions prévues par le règlement nº 1408/71. À cet égard, la Commission renvoie à la réponse des autorités portugaises du 4 septembre 2007 à l'avis motivé [35], dans laquelle celles-ci ont déclaré qu'aucune disposition de l'ordre juridique portugais ne régissait le droit au remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre. En outre, les autorités portugaises ont admis que ce cas de figure ne donnait lieu à aucun remboursement des frais médicaux.

75. Par ailleurs, dans sa requête [36], la Commission invoque le caractère inexact des données transmises par les autorités portugaises concernant la finalité de la réglementation du décret-loi nº 177/92 et l'applicabilité de cette loi aux traitements non hospitaliers dispensés dans un autre État membre. Dans ce contexte,

34 — Voir points 32 et 33 de la requête.
35 — Voir p. 15 de cette réponse.
36 — Voir point 38 de la requête.

les autorités portugaises auraient déclaré, dans leur réponse du 15 mai 2009 à l'avis motivé complémentaire, que le remboursement des frais médicaux liés à un traitement suivi dans un autre État membre dépend, selon le décret-loi nº 177/92, de l'octroi d'une autorisation préalable. La Commission en conclut que le décret-loi nº 177/92 doit en toute hypothèse également s'appliquer aux traitements non hospitaliers.

76. La présente procédure en manquement fait ressortir une certaine hésitation de la Commission à restituer de manière aussi détaillée que possible le contenu normatif des dispositions litigieuses ainsi que les aspects susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services. Cela surprend lorsqu'on sait que la procédure précontentieuse a débuté en 2006 et que la correspondance entre elle et les autorités portugaises, dans le cadre de laquelle la compatibilité de la législation portugaise avec la jurisprudence de la Cour a été discutée, remonte à 2003. Les malentendus et contradictions que la lecture des mémoires met en évidence auraient pu être évités si certains aspects déterminants, portant notamment sur l'applicabilité des dispositions du décret-loi nº 177/92 aux traitements non hospitaliers, avaient déjà été discutés de manière approfondie dans le cadre de la procédure précontentieuse. Dans ce contexte, je me permets de rappeler que les États membres sont tenus, en vertu de l'article 10 CE, de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission consistant, notamment, selon l'article 211 CE, à veiller à l'application des dispositions prises par les institutions en vertu du traité [37]. Comme la Cour l'a déjà constaté, cette obligation implique de coopérer de bonne foi à toute enquête entreprise par la Commission en vertu de l'article 226 CE et de fournir à celle-ci toutes les informations demandées à cette fin [38].

77. Il ressort du décret-loi nº 177/92 que cette loi fixe en tout état de cause les conditions applicables au remboursement des frais médicaux engagés à l'étranger, même si aucune de ses dispositions n'indique que la loi fait une distinction entre les traitements non hospitaliers et hospitaliers. Le gouvernement portugais semble également partir de cette idée, puisqu'il remet en cause, dans son mémoire en défense, le sens de cette délimitation de principe entre les différents types de traitements, d'une part, et déclare sans équivoque que la réglementation portugaise — à savoir le décret-loi nº 177/92 — permet le remboursement intégral des frais médicaux engagés à l'étranger pour des traitements hospitaliers ainsi que non hospitaliers, dans la mesure où

37 — Voir, entre autres, arrêt du 13 décembre 1991, Commission/Italie (C-33/90, Rec. p. I-5987, point 18), et du 26 avril 2005, Commission/Irlande (C-494/01, Rec. p. I-3331, point 197).

38 — Voir, entre autres, arrêts du 11 décembre 1985, Commission/Grèce (192/84, Rec. p. 3967, point 19); du 6 mars 2003, Commission/Luxembourg (C-478/01, Rec. p. I-2351, point 24); du 13 juillet 2004, Commission/Italie (C-82/03, Rec. p. I-6635, point 15), et du 26 avril 2005, Commission/Irlande (précité à la note 37, point 198). En ce sens également, Lenaerts, K., Arts, D., et Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2e édition, Londres, 2006, point 5-057, p. 163.

ils sont justifiés d'un point de vue médical, d'autre part [39].

78. Par conséquent, il convient de noter que, contrairement à ce que pense la Commission, le décret-loi nº 177/92, qui est la loi nationale applicable, admet, en principe, la possibilité d'un remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre.

2. Exigence d'une autorisation préalable pour des traitements médicaux «hautement spécialisés»

79. À titre subsidiaire, la Commission reproche à la République portugaise d'avoir mis en œuvre un système subordonnant le remboursement des frais médicaux non hospitaliers engagés dans un autre État membre à l'octroi d'une autorisation préalable. À cet égard, il convient d'indiquer que la Cour a déjà considéré la simple exigence d'une autorisation préalable pour le remboursement de frais comme une entrave à la libre prestation des services tant pour les patients que pour les prestataires [40], lorsqu'il s'avérait qu'un tel système les décourageait, voire les empêchait de s'adresser à des prestataires de services médicaux établis dans un autre État membre aux fins d'obtenir les soins en cause [41].

80. La Commission invoque plus particulièrement le maintien, à l'intérieur de l'ordre juridique portugais, d'un régime légal contraire au droit de l'Union. Contrairement à ce que soutiennent les gouvernements portugais et espagnol [42], il n'est aucunement impératif, aux fins de l'évaluation de l'effet restrictif d'une réglementation nationale, d'établir l'existence d'une pratique administrative contraire au droit de l'Union, c'est-à-dire, en l'espèce, une pratique éventuellement restrictive des autorités portugaises dans l'octroi des autorisations. Comme cela ressort de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 49 CE, la libre prestation des services doit être interprétée en ce sens qu'il suffit, pour constater l'effet restrictif d'une réglementation nationale, que celle-ci soit de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayant le recours à une prestation proposée dans un autre État membre par son destinataire [43]. Dès lors, il suffit, aux fins de la présente procédure, d'examiner la question de savoir si les dispositions nationales litigieuses pourraient avoir un effet dissuasif sur d'éventuels destinataires des services.

39 — Points 16, 24 et 58 du mémoire en défense.

40 — Arrêts du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone (286/82 et 26/83, Rec. p. 377, point 16); du 28 janvier 1992, Bachmann (C-204/90, Rec. p. I-249, point 31), et Kohll (précité à la note 15, point 35). Voir arrêt de la Cour AELE, Rinsal et Slinning (précité à la note 29, points 44 et 45).

41 — Arrêts précités du 27 janvier 2011, Commission/France (point 32), Watts (point 98), Leichtle (point 30), Müller-Fauré et van Riet (points 41 et 44), ainsi que Smits et Peerbooms (point 69).

42 — Voir point 21 du mémoire du gouvernement espagnol.

43 — Voir arrêt du 8 septembre 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International (C-42/07, Rec. p. I-7633, point 51).

81. Seul l'examen des dispositions nationales pertinentes permet de déterminer si les dispositions contenues dans le décret-loi nº 177/92 produisent un tel effet dissuasif sur des patients potentiels, conformément aux conditions constitutives de la notion de restriction.

82. Comme cela a déjà été indiqué, le décret-loi nº 177/92 fixe les conditions du remboursement de frais médicaux engagés à l'étranger. Il subordonne le remboursement de frais médicaux engagés à l'étranger à l'obtention d'une autorisation, en créant, à cet effet, une procédure administrative spéciale qui impose la coopération de différents services hospitaliers. Selon cette procédure, le patient, qui a besoin d'un traitement hautement spécialisé à l'étranger, doit obtenir, en vertu de l'article 2 du décret-loi, l'autorisation de trois services différents avant de se faire soigner à l'étranger. Il ressort des considérants, de l'article 1er, paragraphe 1, ainsi que de l'article 3, paragraphe 1, sous a), du décret-loi que l'autorisation permet en substance d'attester que le recours au traitement requis est nécessaire dans le cadre de la collaboration médicale à l'étranger, car celui-ci ne peut, faute de moyens techniques ou humains, être dispensé sur le territoire national. Les demandes de soins médicaux hautement spécialisés doivent être présentées par les hôpitaux relevant du système de santé national, et doivent être accompagnées d'un rapport détaillé du médecin, qui doit être confirmé par le chef de service respectif ainsi que par le directeur médical.

83. Le décret-loi nº 177/92 subordonne donc le remboursement des frais médicaux engagés à l'étranger à une autorisation préalable, en sachant que le patient devra finalement supporter ses frais médicaux seul en cas de refus. Si la réglementation litigieuse n'empêche pas directement les patients de s'adresser à un prestataire dans un autre État membre, la perspective d'une perte financière en l'absence de prise en charge des frais médicaux par le système national de santé à la suite d'une décision administrative négative est, en soi, objectivement de nature à décourager des patients potentiels souhaitant recevoir un traitement médical à l'étranger. Ce point de vue est corroboré par les arrêts Kohll, Smits et Peerbooms, ainsi que Müller-Fauré et van Riet [44], dans lesquels la Cour a notamment confirmé l'effet dissuasif de ces exigences d'autorisation qui visent à attester la nécessité médicale d'un traitement à l'étranger. La complexité de cette procédure d'autorisation, qui s'articule notamment en trois étapes, constitue un autre facteur dissuasif pour le recours à des prestations de santé transfrontalières. La possibilité d'une divergence de points de vue des différents services sur la nécessité médicale d'un traitement à l'étranger n'est pas à exclure.

84. Dans la procédure écrite, le gouvernement portugais a fait valoir que la procédure d'«attestation préalable de la nécessité clinique» («referenciação prévia da necessidade clínica») d'un traitement à l'étranger

44 — Voir arrêts précités Kohll (points 33 à 36), Smits et Peerbooms (points 62 et 64), ainsi que Müller-Fauré et van Riet (points 41 et 42).

prescrite par le décret-loi nº 177/92 était comparable à un renvoi vers un médecin spécialiste sur le territoire national [45]. Cet argument vise manifestement à invalider la thèse selon laquelle la réglementation litigieuse pourrait rendre la prestation de services entre la République portugaise et d'autres États membres de l'Union plus difficile qu'à l'intérieur d'un État membre. Je pense que la véracité de cet argument est douteuse, d'autant plus que le gouvernement portugais n'a avancé aucun élément permettant d'étayer cette affirmation. Il n'y a, par exemple, aucune preuve que le renvoi vers un médecin spécialiste au Portugal requière l'autorisation de trois services différents. Il convient donc d'admettre qu'un renvoi vers un médecin spécialiste à l'intérieur du pays est beaucoup moins lourd d'un point de vue administratif qu'un transfert vers l'étranger dans le cadre de la procédure d'autorisation litigieuse. Indépendamment de ces considérations, il est à noter que cette réglementation vise expressément des situations transfrontalières et tend manifestement à rendre le recours aux prestations de santé à l'étranger plus difficile pour les citoyens vivant au Portugal.

85. Il convient donc de constater que le système d'autorisation préalable litigieux est de nature à décourager, et donc à empêcher, des patients potentiels de s'adresser à des prestataires de services médicaux dans un autre État membre. Ainsi la réglementation nationale litigieuse rend-elle la prestation de services entre États membres finalement plus difficile qu'à l'intérieur d'un État membre. Par conséquent, elle constitue une entrave à la libre prestation des services tant pour ces patients que pour les prestataires de services.

3. Absence de remboursement pour les traitements médicaux «autres»

86. Le soupçon de la Commission déjà évoqué ci-dessus concernant une éventuelle absence de remboursement de frais médicaux [46] en droit portugais semble à nouveau justifié dans un autre contexte. Comme cela a déjà été constaté dans le cadre de l'exposé de cette loi, le décret-loi nº 177/92 ne couvre pas tous les types de traitements médicaux. Au contraire, il se limite exclusivement aux traitements médicaux «hautement spécialisés» à l'étranger. Par conséquent, un remboursement de frais est envisagé uniquement pour ce type de traitements — sous réserve de l'octroi d'une autorisation correspondante. Étant donné qu'il n'existe, faute d'indication contraire du gouvernement portugais, aucune disposition dans l'ordre juridique de la République portugaise accordant expressément un droit au remboursement des frais médicaux pour des traitements non hospitaliers «autres» à l'étranger, il convient de considérer que cette possibilité n'est pas non plus prévue par le droit portugais.

45 — Voir points 22 et 23 du mémoire en défense.

46 — Voir point 74 de ces conclusions.

87. Outre la finalité, l'économie et le libellé du décret-loi nº 177/92, les remarques formulées par le gouvernement portugais sur les particularités essentielles du système d'assurance maladie portugais, qui se caractérise surtout par son autonomie et qui, manifestement pour cette raison, accorde moins d'importance au soutien financier d'un traitement médical à l'étranger qu'à des traitements équivalents sur le territoire national, plaident également en faveur de cette thèse. L'explication du gouvernement portugais, selon laquelle la République portugaise ne peut pas garantir le remboursement des frais médicaux relatifs à un quelconque traitement médical à l'étranger, en témoigne également [47]. La circonstance que le gouvernement portugais réfute, sur la base du décret-loi nº 177/92, l'affirmation de la Commission, selon laquelle aucune disposition de l'ordre juridique portugais ne prévoit ce type de remboursement, ne peut pas non plus être invoquée à l'encontre de l'interprétation du cadre juridique national qui est reprise dans ces conclusions, car, comme cela a déjà été indiqué, le décret-loi nº 177/92 ne régit précisément pas le remboursement des frais médicaux engagés dans le cadre de traitements non hospitaliers «autres».

88. Compte tenu de leur caractère de prestations de soins, les traitements médicaux non hospitaliers «autres» qui sont dispensés à l'étranger sont également protégés par la libre prestation des services. Le refus catégorique de reconnaissance d'un droit au remboursement des frais médicaux qui ont été engagés à l'étranger dans le cadre de ces traitements constitue manifestement une restriction à la libre prestation des services au sens de la définition précitée [48], puisqu'elle rend le recours aux prestations de santé dans d'autres États membres plus difficile que le recours aux mêmes prestations sur le territoire national pour les patients résidant au Portugal. En effet, ces derniers n'auraient droit au remboursement des frais par le service national de santé qu'en se faisant soigner à l'intérieur du pays. Comme cela a déjà été indiqué au sujet de l'exigence d'une autorisation prévue par les dispositions du décret-loi [49], si l'absence de prise en charge des frais médicaux n'empêche pas directement les patients de s'adresser à un prestataire de services dans un autre État membre, la perspective d'une perte financière est toutefois, en soi, objectivement de nature à décourager des patients potentiels qui souhaiteraient bénéficier d'un traitement médical à l'étranger [50]. Le caractère restrictif de cette réglementation se manifeste en définitive dans ses effets.

89. Dès lors, il convient de voir également dans l'absence de remboursement des frais médicaux relatifs à des traitements médicaux «autres» une restriction à la libre prestation des services.

47 — Voir point 54 du mémoire en défense.

48 — Voir point 69 de ces conclusions.

49 — Voir point 83 de ces conclusions.

50 — Arrêt du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (précité au point 2, point 41).

C — *Justification de la restriction*

90. Après avoir constaté l'existence d'une restriction à la libre prestation des services concernant les traitements médicaux «hautement spécialisés» et «autres», respectivement, il convient ci-après d'examiner si la restriction peut être objectivement justifiée dans chaque cas.

91. À cette fin, les deux cas de figure doivent être strictement distingués l'un de l'autre. Le cas des traitements «hautement spécialisés» soulève la question de la justification de la restriction résultant de l'exigence d'une autorisation [51]. Dans le cas des traitements médicaux «autres», c'est la justification de la restriction résultant de l'absence de remboursement des frais médicaux [52] qui doit au contraire être examinée. L'examen séparé de la justification tient, d'une part, à la différence d'intensité avec laquelle chacune des réglementations nationales litigieuses restreint la libre prestation des services et, d'autre part, à la circonstance que les conditions juridiques d'une justification conforme au droit de l'Union divergent partiellement.

1. Justification dans le cas des traitements médicaux «hautement spécialisés»

92. Comme la Cour l'a déclaré à plusieurs reprises, si le droit de l'Union ne s'oppose pas en principe à un système d'autorisation préalable, il est néanmoins nécessaire que les conditions mises à l'octroi d'une telle autorisation soient justifiées et qu'elles satisfassent à l'exigence de proportionnalité [53]. À cet égard, il est essentiel, selon la jurisprudence constante, que la restriction n'excède pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin et que le même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes [54]. Un tel système doit en outre être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas exercé de manière arbitraire [55].

93. Sur le plan de la méthodologie juridique, le niveau de justification est l'élément pour lequel la «concordance pratique» demandée par le gouvernement portugais entre les instances d'organisation et de réglementation des États membres dans le domaine de l'assurance maladie, d'un côté, et les règles du marché intérieur, d'un autre côté, doit être instaurée [56]. À cet égard, il appartient à la Cour de concilier, dans la mesure du possible, l'intérêt des assurés d'un service national de santé à bénéficier des avantages du marché intérieur sous l'angle de la liberté de circulation

51 — Voir point 85 de ces conclusions.

52 — Voir point 89 de ces conclusions.

53 — Arrêts Elchinov (précité à la note 20, point 44), ainsi que Smits et Peerbooms (précité à la note 19, point 82).

54 — Arrêt Watts (précité à la note 2, point 106).

55 — Voir arrêts précités Elchinov (point 44), Müller-Fauré et van Riet (points 83 à 85), ainsi que Smits et Peerbooms (points 82 et 90).

56 — Voir Cousins, M., «Patient Mobility and National Health Systems», *Kluwer Law International*, 2007, p. 190.

des services de santé, et la volonté des États membres de maintenir la stabilité financière de leurs services de santé pour pouvoir continuer à garantir aux assurés des prestations de santé de qualité [57].

94. Cependant, une restriction aux libertés fondamentales ne peut être justifiée que par un motif justificatif légitime. Dans sa jurisprudence relative aux prestations de santé transfrontalières, la Cour reconnaît toute une série de motifs justificatifs écrits ou qui ont été élaborés par la jurisprudence. Toutefois, la Cour ne s'est pas encore prononcée sur la question de savoir si, dans un cas de figure tel que celui-ci, la restriction à la libre prestation des services, qui est la conséquence de l'application d'une réglementation nationale discriminatoire — dans la mesure où elle impose l'exigence d'une autorisation exclusivement dans les cas de traitements médicaux à l'étranger —, peut, d'une manière générale, être justifiée. Dans ce contexte, il est rappelé que, selon la jurisprudence traditionnelle, des motifs impérieux d'intérêt général ne sauraient être invoqués pour justifier des restrictions à des libertés fondamentales, appliquées de manière discriminatoire [58]. On peut, dès lors, se demander si la Cour est habilitée à examiner les justifications invoquées par le gouvernement portugais concernant la restriction à la libre prestation des services. D'un autre côté, la jurisprudence récente de la Cour comporte des indices clairs montrant que, dans certains domaines, des raisons impérieuses d'intérêt général peuvent être invoquées pour justifier également des restrictions discriminatoires aux libertés fondamentales, sous réserve, bien entendu, du respect du principe de proportionnalité [59]. Toutefois, je pense qu'il n'y a pas lieu, dans la présente procédure, de répondre de manière définitive à la question de savoir si la restriction discriminatoire à la libre prestation des services en cause en l'espèce peut, en principe, être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, d'autant plus qu'une telle justification suppose toujours que le principe

57 — Voir Schiano, R., loc. cit. (note 31), selon lequel la Cour est appelée, dans chaque affaire, à instaurer un juste équilibre entre les deux intérêts en conflit. De même, Van Raepenbusch, S., loc. cit. (note 23), p. 8, selon lequel le juge a la lourde tâche de concilier, d'une part, les exigences de la liberté de circulation des personnes et, d'autre part, la nécessité de maintenir l'équilibre financier des services de santé nationaux dans l'intérêt du système général de santé.

58 — Arrêt de principe du 30 novembre 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, point 37). Voir, quant aux restrictions discriminatoires à la libre prestation des services, arrêts du 16 janvier 2003, Commission/Italie (C-388/01, Rec. p. I-721, point 19); du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941, points 36 et suiv.), et du 6 octobre 2009, Commission/Espagne (C-153/08, Rec. p. I-9735, point 36). Quant au principe voulant qu'aucune justification tirée de motifs impérieux d'intérêt général ne s'applique à des restrictions à la liberté d'établissement, fondées sur la nationalité, voir arrêts du 10 mars 2009, Hartlauer (C-169/07, Rec. p. I-1721, points 44 et suiv.); du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a. (C-171/07 et C-172/07, Rec. p. I-4171, points 25 et suiv.); du 1er juin 2010, Blanco Pérez et Chao Gómez (C-570/07 et C-571/07, Rec. p. I-4629, points 61 et suiv.),, et du 16 décembre 2010, Commission/France (C-89/09, Rec. p. I-12941, points 50 et

59 — C'est notamment le cas dans le domaine des mesures nationales de protection de l'environnement à caractère discriminatoire. Voir, à ce sujet, mes conclusions du 16 décembre 2010 dans l'affaire pendante Commission/Autriche (C-28/09, points 82 et suiv.).

de proportionnalité soit respecté. Comme je le démontrerai dans le cadre de mon analyse, cette condition n'est pas remplie en l'espèce.

a) Maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale

i) Motif justificatif légitime

95. Pour justifier une restriction à cette liberté fondamentale, le gouvernement portugais invoque en premier lieu la nécessité de préserver l'équilibre financier du système de sécurité sociale. Il fait valoir que l'article 64, paragraphe 2, sous c), de la Constitution portugaise oblige l'État à instaurer un système national d'assurance maladie offrant à la population des services gratuits dans une large mesure. La gratuité du système impliquerait qu'il soit financé par des recettes fiscales et le budget de l'État. Le financement du système national d'assurance maladie serait la principale et également la plus coûteuse mission de l'État. Selon le gouvernement portugais [60], le financement du système national de l'assurance maladie interdit la prise en charge, par des fonds publics, des frais médicaux liés à des traitements dispensés à l'étranger. En outre, ce système se caractériserait par son autonomie et sa couverture universelle. La structure de ce système imposée par le droit constitutionnel portugais limiterait nécessairement l'accès des patients aux soins médicaux à l'étranger ainsi qu'au remboursement des frais médicaux.

96. Il convient d'opposer à l'argument du gouvernement portugais que, en vertu de la jurisprudence de la Cour, des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services. D'un autre côté, on ne saurait rejeter cet argument par cette seule motivation, d'autant plus que la Cour n'a pas exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale pouvait constituer, dans certains cas, une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave [61]. Ainsi la Cour a-t-elle récemment rappelé, dans son arrêt du 5 octobre 2010, Commission/France, sa jurisprudence actuelle selon laquelle des impératifs de planification peuvent justifier l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par l'institution compétente de soins envisagés dans un autre État membre [62].

60 — Voir point 20 du mémoire en défense.

61 — Voir arrêts précités Kohll (point 41), Smits et Peerbooms (point 72), Müller-Fauré et van Riet (point 73), ainsi que Stamatelaki (point 30).

62 — Arrêt précité, point 33, faisant référence aux arrêts précités Smits et Peerbooms (points 76 à 81), Müller-Fauré et van Riet (points 76 à 81), ainsi que Watts (points 108 à 110).

97. Toutefois, de telles considérations, qui se rapportent à des prestations médicales dispensées en milieu hospitalier, ne peuvent pas être transposées à la situation qui fait l'objet du présent litige. En effet, l'analyse de la jurisprudence montre que la Cour a admis le recours à cette raison impérieuse exclusivement dans les cas où les prestations de santé sont dispensées dans le cadre d'une hospitalisation et non hors du cadre hospitalier [63]. Je reviendrai sur ce point en détail dans les développements suivants.

98. En effet, dans le cadre de l'examen de ce motif justificatif, la Cour fait toujours une distinction entre les prestations médicales dispensées dans le cadre d'une hospitalisation et celles qui sont dispensées hors du cadre hospitalier, en ne reconnaissant un besoin de planification des États membres que pour les premières. Selon la Cour, une telle planification répond, en règle générale, à diverses préoccupations. D'une part, cette planification poursuit l'objectif de garantir sur le territoire de l'État membre concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité. D'autre part, elle participe d'une volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter, dans la mesure du possible, tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines [64]. Cette planification des États membres porte sur divers aspects, à savoir le nombre des infrastructures hospitalières, leur répartition géographique, leur aménagement et les équipements dont elles sont pourvues, ou encore la nature des services médicaux qu'elles sont à même d'offrir. La Cour est d'avis que, dans cette double perspective, l'exigence consistant à soumettre à une autorisation préalable la prise en charge financière par le système national de sécurité sociale de soins hospitaliers engagés dans un autre État membre apparaît comme une mesure tout à la fois nécessaire et raisonnable [65].

99. Toutefois, il est évident que ces considérations relatives aux traitements dispensés en dehors du cadre hospitalier ne sont pas

63 — Voir arrêt Müller-Fauré et van Riet (précité, points 72 à 92), dans lequel la Cour procède à un examen distinct selon qu'il s'agit de prestations hospitalières ou de prestations non hospitalières. Voir arrêt du 5 octobre 2010, Commission/France (précité, point 34), dans lequel la Cour a précisé que des impératifs de planification destinés à éviter, dans la mesure du possible, tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines peuvent constituer des motifs justificatifs dans la mesure où ils portent sur des prestations médicales dispensées en hôpital. Voir point 94 des conclusions de l'avocat général Mengozzi du 25 février 2010 dans l'affaire Commission/Espagne (arrêt du 15 juin 2010, précité).

64 — Arrêts précités Elchinov (point 43), ainsi que Müller-Fauré et van Riet (point 80). Becker, U., et Walser, C., «Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr — von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU», *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, p. 450, en concluent que le recours à des traitements non hospitaliers ne doit plus, en principe, être soumis à une autorisation préalable. Bieback, K.-J., «Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen — zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-372/04», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 7/2006, p. 242, interprète la jurisprudence de la Cour en ce sens qu'une autorisation préalable pour recourir à des prestations transfrontalières constitue une entrave à la libre prestation des services tirée de l'article 49 CE, qui n'est pas admise pour les prestations non hospitalières, mais qui l'est pour les prestations hospitalières, puisque, s'agissant de ces dernières, la planification et la sécurité des soins doivent être protégées.

65 — Voir arrêt Smits et Peerbooms (précité, points 62 et 64).

transposables, puisque ce type de prestations de santé est assuré par le praticien à son cabinet, de sorte que la question de la planification étatique ne se pose généralement pas.

100. Il convient, en principe, de souscrire aux objections émises par le gouvernement portugais concernant la difficulté de délimiter clairement les soins dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors d'un tel cadre [66], la Cour ayant elle-même souligné cette difficulté dans sa jurisprudence [67]. En effet, on ne peut pas exclure que certaines prestations médicales dispensées en milieu hospitalier soient susceptibles d'être effectuées également dans une clinique, un centre médical ou par un praticien à son cabinet, de sorte que la délimitation peut parfois s'avérer difficile à établir [68]. Toutefois, la question de la délimitation est dénuée de pertinence aux fins de la présente procédure en manquement, puisque son issue ne dépend pas d'une délimitation propre à la présente espèce — contrairement à d'autres affaires jugées par la Cour —, d'une part, et que les dispositions du décret-loi nº 177/92 s'appliquent, d'après les indications fournies par le gouvernement portugais, aux deux types de traitement indistinctement, d'autre part.

101. Dès lors — contrairement à l'arrêt Commission/France, qui portait sur les impératifs de planification impliquant le recours à des équipements matériels lourds [69] —, la Cour n'a pas à examiner la question de savoir si certains traitements non hospitaliers pourraient éventuellement, en raison de leur coût, être assimilés à des prestations médicales dispensées en hôpital. Aux fins de la présente procédure, il suffit de rappeler que, dans cet arrêt, la Cour avait finalement renoncé à une délimitation des deux types de traitements médicaux compte tenu des circonstances particulières impliquant le recours à des équipements matériels lourds. À cet égard, la Cour avait suivi l'avis du gouvernement français, qui avait invoqué le coût élevé de ces équipements, et donc des impératifs de planification. Comme la Cour l'a admis à juste titre, indépendamment du milieu, hospitalier ou non, dans lequel ils ont vocation à être installés et utilisés, les équipements matériels lourds limitativement énumérés doivent pouvoir faire l'objet d'une politique de planification. À cet égard, la Cour a estimé que cette politique de planification concerne, notamment, le nombre et la répartition géographique de ces équipements, et qu'elle est nécessaire à la fois pour garantir sur l'ensemble du territoire national une offre de soins de pointe, et éviter dans la mesure du possible tout gaspillage de moyens. Aussi exactes que puissent être ces considérations tirées de l'affaire précitée, la situation dans la présente espèce n'est pas comparable, faute d'indices favorables. Si cela ne signifie pas que certains traitements non hospitaliers relevant du champ d'application du décret-loi peuvent parfois remplir les conditions d'une assimilation dans le sens précité, le cas d'espèce, tel

66 — Voir point 34 du mémoire en défense.

67 — Voir arrêt Müller-Fauré et van Riet (précité, points 76 à 80).

68 — Voir arrêt Müller-Fauré et van Riet (précité, point 75), ainsi que point 67 des conclusions de l'avocat général Sharpston du 15 juillet 2010 dans l'affaire Commission/France (arrêt du 5 octobre 2010, précité).

69 — Arrêt du 5 octobre 2010 (précité, points 34 à 37).

qu'il a été exposé à la Cour, ne permet pas de tirer de telles conclusions.

102. Eu égard au fait que l'objet du recours en manquement porte uniquement sur les traitements non hospitaliers dispensés à l'étranger, la République portugaise ne peut pas valablement invoquer d'éventuels impératifs de planification, voire un risque d'atteinte à l'équilibre financier du système national de santé pour entraver la libre prestation des services en subordonnant le remboursement des frais médicaux à l'obtention d'une autorisation préalable.

103. Par ailleurs, comme la Commission le lui reproche à bon droit [70], le gouvernement portugais n'a pas encore démontré que ce risque existait réellement. Comme cela a déjà été indiqué en introduction [71], c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve de l'existence d'une justification dans le cadre de la présente procédure en manquement. Le gouvernement portugais ne l'a pas respectée. Le nombre d'assurés qui ont, d'après ses indications, obtenu le remboursement de leurs frais médicaux dans un passsé récent [72] ne semble pas objectivement démesuré, sachant qu'il n'a pas non plus prétendu que le nombre d'assurés se rendant à l'étranger et demandant un remboursement était tel qu'il risquait de compromettre l'équilibre financier du système d'assurance maladie portugais, ce qui remettrait en cause le niveau global de protection de la santé publique.

104. À mon avis, dans ses remarques sur le risque présumé pour le financement de son système national d'assurance maladie, le gouvernement portugais passe également outre certains aspects liés à la mobilité des patients, que la Cour a mentionnés à juste titre dans l'arrêt Müller-Fauré et van Riet [73], et qui doivent être considérés comme significatifs, car ils ont une incidence sur la décision du patient de se faire soigner à l'étranger, indépendamment d'un éventuel remboursement des frais médicaux. Ils remettent en cause les préoccupations sous-jacentes qui sont exprimées, à savoir que les patients recourraient tout d'abord aux prestations de santé à l'étranger. Ces aspects portent tout d'abord sur la nature même des soins dispensés. En général, les soins sont dispensés à proximité du lieu de résidence du patient, dans un environnement culturel qui lui est familier et lui permettant d'établir avec le médecin traitant des relations de confiance. Abstraction faite des cas d'urgence, il s'ensuit nécessairement que les déplacements transfrontaliers de patients se manifestent surtout dans les régions

70 — Voir point 21 du mémoire en réplique.

71 — Voir point 54 de ces conclusions.

72 — Au point 16 de son mémoire en duplique, le gouvernement portugais estime à 1 275 le nombre d'assurés ayant suivi, entre 2006 et 2008, un traitement médical dans les autres pays européens et obtenu le remboursement de leurs frais médicaux, étant précisé que ces traitements ont eu lieu principalement en Espagne, en Allemagne, en France, au Royaume-Uni et en Suisse.

73 — Précité, points 95 et 96.

frontalières ou pour le traitement de pathologies spécifiques. Par ailleurs, les aspects qui font en général obstacle à la mobilité des patients, tels que les inévitables barrières linguistiques, la distance géographique, les frais de séjour à l'étranger ainsi que le manque d'informations sur la nature des soins qui y sont dispensés, ne doivent pas être négligés. Le gouvernement portugais aurait dû tenir compte de ces aspects dans le cadre d'une analyse des risques. Au lieu de cela, il semble se fonder sur de vagues présomptions.

105. Pour les raisons qui viennent d'être exposées, je suis d'avis que les préoccupations exprimées par le gouvernement portugais concernant le maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale ne constituent pas un motif justificatif légitime.

ii) Exigences relatives à la conformité au droit de l'Union de la procédure d'autorisation

— Généralités

106. Si, malgré sa jurisprudence antérieure et les preuves du danger pour l'équilibre financier du système portugais de sécurité sociale allégué par le gouvernement portugais, qui me semblent insuffisantes, la Cour concluait à l'existence d'un motif justificatif légitime, la réglementation nationale litigieuse devrait en outre répondre tant aux exigences relatives à la conformité au droit de l'Union de la procédure d'autorisation énoncées par la Cour qu'à la condition de proportionnalité évoquée au point 90 de ces conclusions.

107. La Commission doute que la procédure d'autorisation prévue dans le décret-loi n° 177/92 réponde à ces exigences. Par ailleurs, elle juge les conditions fixées par cette loi concernant l'octroi d'une autorisation excessives et disproportionnées au regard de l'objectif recherché [74].

— Exigences spécifiques de la jurisprudence

108. La Cour a élaboré des critères spécifiques permettant de déterminer si les conditions juridiques nationales d'octroi d'une autorisation concernant un traitement à l'étranger, dont dépend finalement le remboursement des frais médicaux, sont conformes au droit de l'Union. Concernant la méthode d'analyse, il ressort de la jurisprudence que, si ces exigences relatives à la conformité au droit de l'Union de la procédure d'autorisation sont étroitement liées à

74 — Voir point 13 du mémoire en réplique.

l'examen de la proportionnalité d'une mesure nationale, elles constituent toutefois un élément d'analyse indépendant aux fins de l'appréciation de la justification d'une restriction aux libertés fondamentales [75]. Le contrôle du respect de ces exigences ne remplace donc pas l'examen de la proportionnalité, mais le complète. C'est pourquoi je traiterai ces deux éléments d'analyse séparément dans les développements suivants.

109. En vertu d'une jurisprudence constante, un régime d'autorisation préalable n'est justifié, alors même qu'il déroge à la libre prestation des services, que s'il est fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires qui sont connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire. Un tel régime d'autorisation doit de même reposer sur une procédure aisément accessible et propre à garantir aux intéressés que leur demande sera traitée dans un délai raisonnable et avec objectivité et impartialité, un éventuel refus d'autorisation devant pouvoir être mis en cause dans le cadre d'un recours juridictionnel [76].

110. Le décret-loi nº 177/92 habilite les services compétents à se prononcer sur la «nécessité clinique» de soins médicaux à l'étranger. La loi a pour objet de permettre aux autorités compétentes de prendre une décision rapide, comme en atteste l'article 4, paragraphe 3, qui impose de communiquer sans délai la décision et les mesures ordonnées aux intéressés. Selon l'article 4, paragraphe 4, le délai de communication compte en général quinze jours, lequel peut, en cas d'urgence, être ramené à cinq jours, conformément à l'article 5, paragraphe 1. Le caractère raisonnable des délais de traitement d'une demande de transfert vers l'étranger ne fait donc aucun doute. La possibilité de contrôle de la décision administrative par le ministère de la Santé portugais est prévue à l'article 4, paragraphe 5, ce qui ne soulève en principe aucune difficulté, dès lors que le demandeur conserve la possibilité de contester cette décision sur le plan juridictionnel.

111. Toutefois, il subsiste des doutes quant à la compatibilité des dispositions du décret-loi nº 177/92, dans la mesure où les dispositions de la loi n'indiquent pas clairement les critères sur lesquels les services compétents peuvent fonder leur décision relative à la demande du patient afférente à un transfert vers l'étranger. Il n'existe manifestement pas de critères d'octroi ou de refus de l'autorisation préalable. Il n'existe donc pas de critères objectifs encadrant l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales et qui permettraient d'éviter une utilisation arbitraire de ce pouvoir de décision. En l'absence de critères clairs, les patients sont dans l'impossibilité d'anticiper la décision des services nationaux compétents. Cette absence

75 — Voir arrêts précités Müller-Fauré et van Riet (point 85); Watts (point 116); du 15 juin 2010, Commission/Espagne (point 43), et Elchinov (point 44).

76 — Arrêt du 20 février 2001, Analir e.a. (C-205/99, Rec. p. I-1271, point 38), ainsi qu'arrêts précités Smits et Peerbooms (point 90), Müller-Fauré et van Riet (point 85), Watts (point 116) et du 5 octobre 2010, Commission/France (point 43). Voir arrêt de la Cour AELE, Rinsal et Slinning (précité à la note 29, point 48).

d'encadrement juridique rend par ailleurs difficile le contrôle juridictionnel des décisions de refus d'autorisation [77].

112. On peut, par exemple, se demander si l'impossibilité de dispenser des soins médicaux hautement spécialisés sur le territoire national, faute de moyens techniques ou humains, doit être considérée, d'une manière générale, comme une condition légale de transfert vers l'étranger, d'autant plus que, comme nous l'avons déjà expliqué, c'est cette caractéristique qui, sur le plan de la technique législative, ouvre le champ d'application de la loi. À cet égard, s'il devait effectivement s'agir d'une condition, la question de savoir de quelle marge de manœuvre dispose le service concerné et s'il est éventuellement lié par certaines exigences dans sa prise de décision (comme le caractère peu onéreux ou la qualité du traitement, etc.) reste cependant ouverte. La loi est muette sur ce point.

113. Par ailleurs, le gouvernement portugais n'a avancé aucun argument qui permettrait de lever les doutes exprimés ici sur la transparence des processus décisionnels prévus par le décret-loi nº 177/92 et sur le contrôle juridictionnel des avis qui en résultent. Dans ses observations, le gouvernement portugais se contente de reprendre le contenu des dispositions légales concernées sans apporter de précisions sur le processus d'adoption de ces décisions.

114. À mon avis, les dispositions litigieuses du décret-loi nº 177/92 ne répondent pas aux exigences précitées relatives à la conformité au droit de l'Union de la procédure d'autorisation, que la Cour a énoncées dans sa jurisprudence.

— Proportionnalité

115. Si l'on admet la légitimité d'un tel motif justificatif, il convient ensuite d'examiner si l'exigence d'une autorisation préalable pour un transfert vers l'étranger en vue d'un traitement médical est *propre* et *nécessaire* au maintien de l'équilibre financier du système de soins portugais. Selon la jurisprudence de la Cour, si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique [78]. Une mesure est en outre nécessaire lorsque, parmi plusieurs mesures

77 — Voir les parallèles avec l'arrêt Watts (précité à la note 2, point 118), dans lequel la Cour avait fait valoir que la réglementation litigieuse ne précisait pas les critères d'octroi ou de refus de l'autorisation préalable nécessaire à la prise en charge de soins dispensés dans un cadre hospitalier situé dans un autre État membre.

78 — Voir arrêts du 17 novembre 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Rec. p. I-10821, point 42), et du 11 mars 2010, Attanasio Group (C-384/08, Rec. p. I- 2055).

appropriées pour atteindre l'objectif visé, elle est la moins contraignante pour l'intérêt ou le bien concerné [79]. Enfin, une telle mesure nationale doit être mesurée, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'objectif recherché. Une mesure nationale constitue donc une restriction démesurée à la libre prestation des services lorsque, malgré l'apport qu'elle représente à la réalisation de l'objectif d'intérêt général, elle conduirait à porter excessivement atteinte à la libre prestation des services.

116. Contrairement à ce que soutient le gouvernement espagnol [80], il n'appartient pas à la Commission, mais à l'État membre défendeur, de prouver que la mesure mise en cause est conforme au principe de proportionnalité [81].

117. À cet égard, il convient de constater que le gouvernement portugais n'a pas encore démontré dans quelle mesure l'examen national des différentes demandes, tendant à déterminer si le traitement médical hautement spécialisé demandé peut également être dispensé sur le territoire national, est propre à préserver l'équilibre financier du système portugais d'assurance maladie. En particulier, on ne sait pas très bien d'où pourrait provenir un tel danger pour ce système. Le gouvernement portugais n'a pas expliqué si ce danger tenait à des frais de traitement plus élevés ou à un éventuel risque d'abus par des centres de soins non reconnus. A fortiori, le gouvernement portugais ne s'est pas exprimé sur des mesures de défense alternatives contre ces risques.

118. Pourtant, même si l'exigence d'une autorisation préalable était propre et nécessaire au maintien de l'équilibre financier du système portugais d'assurance maladie, on pourrait se demander si, dans sa forme légale concrète, elle pourrait être encore considérée comme mesurée, d'autant plus que la procédure administrative prévue par le décret-loi nº 177/92 impose l'obtention d'une autorisation auprès de trois services différents. Cela augmente d'autant l'incertitude du demandeur sur l'issue de la procédure, qui résulte déjà de l'absence de critères d'octroi ou de refus des différentes autorisations dans le décret-loi nº 177/92. En particulier, on ne sait pas dans quelle mesure les services concernés sont liés par un avis positif du médecin traitant ni dans quelles circonstances ils peuvent y déroger. À mon avis, la procédure d'autorisation prévue va au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif recherché.

119. Par conséquent, la réglementation litigieuse n'est pas conforme au principe de proportionnalité.

79 — Arrêt du 11 juillet 1989, Schräder (265/87, Rec. p. 2237, point 21).

80 — Voir point 34 du mémoire du gouvernement espagnol.

81 — Voir arrêt du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (précité, point 44).

b) Contrôle de la qualité des prestations de santé fournies à l'étranger

120. Le gouvernement portugais fait également valoir que l'exigence d'une autorisation préalable est nécessaire pour garantir la qualité des prestations fournies par le système national d'assurance maladie ou en son nom. Cet argument doit être juridiquement interprété en ce sens que le gouvernement portugais fait référence à la protection de la santé publique au sens de l'article 55 CE lu en combinaison avec l'article 46, paragraphe 1, CE.

121. La Commission est d'avis que le refus du remboursement des frais médicaux au motif que les prestations de santé fournies dans un autre État membre ne sont pas d'une qualité équivalente à celles fournies au Portugal est fondé sur un critère subjectif, manifestement démesuré et discriminatoire.

122. Il convient, tout d'abord, de répondre à l'argument avancé par le gouvernement portugais que, si les États membres ont la faculté de limiter la libre prestation des services pour des raisons de protection de santé publique, cette faculté ne leur permet toutefois pas de mettre le secteur de la santé publique, en tant que secteur économique et du point de vue de la libre prestation des services, à l'abri du principe fondamental de libre circulation [82].

123. Par ailleurs, je voudrais souligner que cet argument avait déjà été invoqué dans l'affaire Kohll et que la Cour l'avait rejeté à juste titre en invoquant les conditions de qualification des médecins dans d'autres États membres — qui doivent être considérées comme équivalentes compte tenu des efforts d'harmonisation déployés au sein de l'Union européenne. Ainsi le gouvernement luxembourgeois avait-il indiqué dans cette affaire que l'exigence d'une autorisation préalable pour le remboursement des frais médicaux était nécessaire pour garantir la qualité des prestations médicales, qui ne pourrait être vérifiée, pour ceux qui se rendent dans un autre État membre, qu'au moment de la demande d'autorisation [83]. Cependant, la Cour n'a pas retenu cet argument, car, comme elle l'a expliqué, les conditions d'accès et d'exercice des activités de médecin et de dentiste avaient fait l'objet de plusieurs directives de coordination ou d'harmonisation, et qu'il en résultait que les médecins et dentistes établis dans d'autres États membres devaient se voir reconnaître toutes les garanties équivalentes à celles accordées aux médecins et aux dentistes établis sur le territoire national aux fins de la libre prestation des services. Par conséquent, la Cour a jugé qu'une réglementation telle que celle applicable au Luxembourg, qui imposait l'exigence d'une autorisation préalable, ne pouvait être justifiée par des motifs

82 — Voir arrêts du 7 mai 1986, Gül (131/85, Rec. p. 1573, point 17), et Kohll (précité, point 46).

83 — Arrêt précité, point 43.

tenant à la santé publique tirés du fait que la qualité des prestations fournies dans d'autres États membres devait être garantie [84].

124. Les mêmes considérations devraient s'appliquer à la présente espèce. On peut citer, comme acte juridique le plus important en matière de reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles [85], qui a remplacé l'ancienne directive 93/16/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres [86]. Conformément à son dix-neuvième considérant, cette directive a pour objet de faciliter la libre circulation et la reconnaissance mutuelle des titres de formation pour une catégorie de professions (dont des professions médicales telles que médecin, infirmier responsable des soins généraux, praticien de l'art dentaire, vétérinaire, sage-femme, pharmacien) en instaurant un mécanisme de reconnaissance automatique des titres de formation sur la base d'une coordination des conditions minimales. Les objections soulevées par le gouvernement portugais concernant d'éventuelles différences de qualité des prestations médicales dans certains États membres doivent, compte tenu des conditions de formation comparables auxquelles sont soumis les membres des professions médicales, être rejetées comme non fondées.

125. Ainsi l'exigence d'une autorisation préalable pour le remboursement des frais médicaux ne peut-elle pas être justifiée par des raisons de protection de la santé tenant à la nécessité d'un contrôle de la qualité des prestations de santé fournies à l'étranger.

c) Conclusion provisoire

126. Au vu de tout ce qui précède, je parviens à la conclusion qu'il y a, en l'espèce, une restriction à la libre prestation des services concernant les traitements médicaux «hautement spécialisés», qui n'est pas justifiée objectivement. Le gouvernement portugais n'a invoqué aucun motif justificatif légitime en ce sens, ni apporté la preuve d'un danger concret pour l'équilibre financier de son système national de sécurité sociale. Par conséquent, il n'y a pas lieu, en principe, de procéder à l'examen de la conformité de la mesure litigieuse au principe de proportionnalité. Quand bien même la Cour conclurait à l'existence d'un motif justificatif légitime, les dispositions du décret-loi nº 177/92 ne répondraient pas aux exigences fixées par la Cour concernant la conformité au droit de l'Union de la procédure d'autorisation.

84 — Ibidem, points 47 à 49.
85 — JO L 255, p. 22.
86 — JO L 165, p. 1.

127. Par souci d'exhaustivité, je souhaite encore revenir brièvement sur les parallèles établis dans ce contexte par le gouvernement portugais avec les dispositions du règlement nº 1408/71. À mon avis, ce dernier ne saurait valablement invoquer la circonstance que l'article 22, paragraphe 1, sous c), du règlement nº 1408/71 prévoit une exigence d'autorisation pour soumettre également les prestations de santé relevant du champ d'application de l'article 49 CE à une exigence d'autorisation. En effet, comme cela est ressorti clairement dans le cadre de la procédure orale, il omet, dans sa réflexion, que l'article 22 du règlement nº 1408/71 a une autre finalité. Celui-ci confère aux assurés un droit aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu du séjour, selon les dispositions de la législation de l'État membre dans lequel les prestations sont servies, comme si l'intéressé relevait de cette dernière institution [87]. À cet égard, c'est le régime de couverture en vigueur dans l'État membre dans lequel la prestation a été fournie qui est applicable [88]. Les éventuelles différences de coût d'un État membre à l'autre, ainsi que les conséquences financières qui en résultent pour l'institution compétente, justifient en principe l'exigence d'une autorisation préalable. Or, cette règle n'est précisément pas applicable à l'article 49 CE, puisque cette disposition n'accorde de droit au remboursement que sur la base de la législation de l'État membre de résidence du patient [89]. Par conséquent, si l'assuré a dû supporter des coûts plus élevés dans l'État membre dans lequel la prestation a été fournie, il ne peut, conformément à cette disposition, en réclamer le remboursement qu'aux tarifs appliqués par l'institution compétente de l'État d'affiliation [90]. En dehors de cela, il convient de rappeler que, dans l'arrêt Müller-Fauré et van Riet [91] et, dernièrement, dans l'arrêt Commission/Luxembourg [92], la Cour a déclaré que, dans le cadre même de l'application du règlement nº 1408/71, les États membres ayant institué un régime de prestations en nature, voire un service national de santé, doivent prévoir des mécanismes de remboursement a posteriori de soins dispensés dans un État membre autre que celui compétent. Par conséquent, l'argument contraire avancé par le gouvernement portugais doit être rejeté.

128. Pour résumer, il convient de constater que la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE en subordonnant, dans le décret-loi nº 177/92, la possibilité d'un remboursement des frais médicaux liés à des traitements non hospitaliers «hautement spécialisés» dans un autre État membre à l'octroi d'une autorisation préalable.

87 — Arrêts précités Watts (point 48) et Inizan (point 19).

88 — Arrêt précité du 5 octobre 2010, Commission/France (point 27).

89 — Voir arrêt Watts (précité à la note 2, point 48). En ce sens, Schneider, U. (loc. cit., note 31), p. 349.

90 — En ce sens Bieback, K. J. (loc. cit., note 64, p. 245).

91 — Arrêt précité, point 105.

92 — Arrêt du 27 janvier 2011, précité, point 46.

2. Justification en cas de traitements médicaux «autres»

129. Le gouvernement portugais ne prend pas expressément position sur la restriction qui résulte de l'absence de remboursement des frais médicaux engagés pour des traitements médicaux «autres». Ses observations concernent en substance la finalité du décret-loi nº 177/92 ainsi que certaines caractéristiques essentielles du système portugais d'assurance maladie. Cependant, il ressort des explications du gouvernement portugais que la République portugaise n'est pas disposée à prendre en charge globalement les frais relatifs à des traitements dispensés à l'étranger [93]. Elle justifie sa position par les mêmes arguments que ceux qui sous-tendent les dispositions du décret-loi nº 177/92. Il convient d'en conclure qu'elle se prévaut des motifs justificatifs précités également dans le cadre des traitements médicaux «autres».

a) Maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale

i) Motif justificatif légitime

130. Mes remarques sur la question de savoir si les préoccupations relatives au maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale au regard des prestations de santé non hospitalières transfrontalières peuvent, d'une manière générale, constituer un motif justificatif légitime [94] sont également valables ici. En effet, la nécessité d'une planification des États membres, même pour les traitements non hospitaliers «autres», afin d'éviter — comme la Cour le précise dans sa jurisprudence — «tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines» n'est pas avérée. En outre, le gouvernement portugais n'a toujours pas apporté la preuve de l'existence réelle d'un danger pour l'équilibre financier du système de sécurité sociale. Même dans ce contexte, je considère que les préoccupations exprimées par le gouvernement portugais concernant le maintien de l'équilibre financier du système de sécurité sociale ne peuvent pas être considérées comme un motif justificatif légitime.

ii) Proportionnalité

131. À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Cour admettrait, contrairement à sa jurisprudence actuelle et aux preuves fournies, qu'il existe un motif justificatif légitime, le refus catégorique du remboursement des frais médicaux engagés au titre de traitements non hospitaliers «autres» devrait être apprécié au regard du principe de proportionnalité, dont j'ai rappelé les conditions au point 115 de ces conclusions.

93 — Voir point 87 de ces conclusions.

94 — Voir points 95 à 105 de ces conclusions.

132. Le gouvernement portugais n'a apporté aucun élément pour étayer la thèse selon laquelle l'absence de remboursement des frais médicaux en cause est propre à contribuer au maintien de l'équilibre financier du système national de sécurité sociale. Le simple renvoi à l'autonomie et au financement de ce système par des impôts, ainsi qu'au danger résultant d'une obligation de prendre également en charge les coûts liés à des traitements dispensés dans des organismes privés, ne saurait remplacer une argumentation de fond sur le caractère approprié de cette réglementation.

133. Cependant, même si l'on partait du principe que le refus de tout remboursement des frais médicaux pourrait contribuer à limiter les dépenses, et qu'il serait donc propre à préserver l'équilibre financier du système national de sécurité sociale, il serait peu probable qu'une telle mesure réponde aux exigences de nécessité et de mesure. Il résulte d'une jurisprudence constante «qu'un régime d'autorisation administrative préalable ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver les dispositions communautaires, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que celle en cause au principal, de leur effet utile» [95]. Toutefois, contrairement aux traitements «hautement spécialisés», les frais médicaux engagés au titre de traitements non hospitaliers «autres» n'offrent même pas la perspective d'un remboursement. La République portugaise utilise en définitive l'une des mesures les plus contraignantes, qui restreint la libre prestation des services encore plus que l'exigence légale d'une autorisation préalable. Cette mesure prive la liberté fondamentale de son effet utile, puisqu'il est fort peu probable que les personnes affiliées au système de santé portugais recourent à des prestations de santé dans d'autres États membres en sachant qu'elles devront supporter elles-mêmes l'intégralité des coûts. Compte tenu du montant de ces coûts et de la capacité financière des assurés, l'exercice de la libre prestation des services devrait, dans ces circonstances, devenir tout à fait illusoire [96]. Étant donné qu'il existe des mesures moins contraignantes propres à la réalisation de l'objectif recherché, à savoir le maintien de l'équilibre financier du système national de sécurité sociale, le refus catégorique de remboursement des frais doit être considéré comme non nécessaire. Il n'est pas non plus approprié en ce qu'il porte nettement atteinte à la libre prestation des services pour protéger le système national de sécurité sociale d'un vague danger.

134. Dès lors, la réglementation litigieuse n'est pas conforme au principe de proportionnalité.

95 — Voir arrêts précités Smits et Peerbooms (point 90), Müller-Fauré et van Riet (point 84), ainsi que Watts (point 132).

96 — Voir arrêt du 27 janvier 2011, Commission/Luxembourg (précité, point 41), dans lequel la Cour a constaté à juste titre que la perspective d'une absence de remboursement des frais «décourage» les affiliés d'exercer la libre prestation des services, ou même «empêche» l'exercice de cette liberté fondamentale.

b) Contrôle de la qualité des prestations de santé fournies à l'étranger

135. Concernant le motif justificatif tiré de la nécessité de garantir la qualité des prestations fournies par le système national d'assurance maladie ou en son nom, je renvoie aux observations qui précèdent [97] et qui s'appliquent, à cet égard, de manière analogue. Au vu de la jurisprudence claire de la Cour, qui part du principe que les conditions de formation des membres des professions médicales sont comparables et donc, en définitive, que la qualité des soins des patients est comparable, les préoccupations exprimées concernant la qualité des soins apportés aux patients résidant au Portugal ne sauraient être considérées comme un motif légitime justifiant une restriction à la libre prestation des services.

c) Conclusion provisoire

136. Par conséquent, concernant les traitements médicaux «autres», qui ne relèvent pas du champ d'application du décret-loi nº 177/92, je parviens également à la conclusion qu'il existe une restriction à la libre prestation des services qui n'est pas justifiée objectivement. Il convient donc de constater que, en ne prévoyant pas, dans son ordre juridique, la possibilité d'un remboursement des frais médicaux relatifs à des traitements non hospitaliers «autres» dispensés dans un autre État membre, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE.

D — *Conclusion définitive*

137. À la lumière des considérations qui précèdent, j'estime que le recours de la Commission est fondé. En subordonnant, conformément aux dispositions de son ordre juridique national, le remboursement des frais médicaux relatifs à des traitement non hospitaliers «hautement spécialisés» dispensés dans un autre État membre à l'octroi d'une autorisation préalable [98] et en ne prévoyant absolument pas la possibilité d'un tel remboursement pour des traitements non hospitaliers «autres» dispensés dans un autre État membre [99], la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE.

97 — Voir points 120 à 125 de ces conclusions.

98 — Voir point 128 de ces conclusions.

99 — Voir point 136 de ces conclusions.

VII — Sur les dépens

138. Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe dans une procédure en manquement est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu en ce sens, et la République portugaise ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de faire droit à cette demande.

VIII — Conclusion

139. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de statuer comme suit:

«1) En subordonnant, conformément aux dispositions de son ordre juridique national, le remboursement des frais médicaux relatifs à des traitements non hospitaliers 'hautement spécialisés' dispensés dans un autre État membre à l'octroi d'une autorisation préalable et en ne prévoyant absolument pas la possibilité d'un tel remboursement pour des traitements non hospitaliers 'autres' dispensés dans un autre État membre, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 49 CE.

2) La République portugaise est condamnée aux dépens.»