
**Avis de droit sur l'allocation d'organes
à des personnes non domiciliées en Suisse
au regard de
l'Accord sur la libre circulation des personnes**

Questions supplémentaires

Novembre 2011

Mélanie Mader
LL.M., docteure en droit

Table des matières

1. Introduction.....	3
2. Règlement (CE) n° 883/2004 et sa reprise en droit suisse	5
3. Analyse des questions supplémentaires	7
3.1 Droit d'option en ce qui concerne le lieu de traitement.....	7
3.2 Situation des personnes non domiciliées et non assurées en Suisse lors d'un séjour temporaire en Suisse (séjour temporaire en dehors de l'Etat compétent).....	16
4. Conclusions.....	23
Bibliographie	25

1. Introduction

L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) souhaite obtenir un avis de droit sur des questions complémentaires soulevées par rapport à l'avis de droit rédigé par Dr Mélanie Mader, Prof. Olivier Guillod et Prof. Béatrice Despland en février 2011, intitulé «*Avis de droit sur l'allocation d'organes à des personnes non domiciliées en Suisse au regard de l'Accord sur la libre circulation des personnes*».¹

Un document élaboré par l'OFSP et intitulé «*Revision TxG; Grenzgänger; Ergänzung Gutachten*» énonce les questions suivantes:

Das Gutachten hat am Schluss eine gute Zusammenfassung und Schlussfolgerungen, die aber - wie das ganze Gutachten - im Wesentlichen auf der Verordnung 1408/71 basieren. Wir stellen uns einen analogen Text "Zusammenfassung und Schlussfolgerungen" auf der Basis der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vor (wie wenn diese für die Schweiz bereits gelten würde). Dabei interessieren namentlich die folgenden Fragen:

Welche Personen haben nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ein Behandlungswahlrecht?

- *Nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist das Recht, für eine Behandlung den Versicherungsstaat statt den Wohnsitzstaat zu wählen, nicht mehr nur Grenzgängern sowie Personen mit Wohnsitz in bestimmten Staaten vorbehalten, die mit der Schweiz eine Vereinbarung abgeschlossen haben. Diese Wahlmöglichkeit steht auch den Familienangehörigen der Grenzgänger, den pensionierten Grenzgängern und den Rentenbezüglern zu, die ihren Wohnsitz ausserhalb des zuständigen Staats haben. Die Ausdehnung des Kreises der Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz (die aber in der Schweiz obligatorisch versichert sind), die die Möglichkeit haben, sich in der Schweiz behandeln zu lassen, und die Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips auf sie haben zur Folge, dass diese Personen Anspruch darauf erheben können, in Bezug auf die Organallokation gleich behandelt zu werden wie Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (Zusammenfassung Rz 29).*
- *Haben somit nach dem neuen EU-Koordinationsrecht **alle**, die in einem EU-/EFTA-Staat wohnen und in der Schweiz versichert sind, das Behandlungswahlrecht (und können sich wahlweise in ihrem Wohnstaat und in der Schweiz behandeln lassen)?*
- *Oder gibt es weiterhin Kategorien von Personen **ohne** Behandlungswahlrecht? Wenn ja, welche?*
- *In welchen Artikeln der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist dieses Behandlungswahlrecht vorgesehen?*

Müssen Personen, die Anspruch auf medizinische Leistungen in der Schweiz haben, aber nicht hier versichert sind, bezüglich Organzuteilung gleich behandelt werden wie Swiss Residents?

- *Mit der europäischen Krankenversicherungskarte haben Personen Anspruch auf medizinische Leistungen in der Schweiz, welche sich kurzfristig (z.B. Urlaub oder Geschäftsreise) in der Schweiz aufhalten. Also somit auch Personen, die nicht in der Schweiz versichert sind. Zu beachten ist, dass die Karte keine Behandlungskosten abdeckt, wenn die Reise durchgeführt*

¹ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*.

wird, um sich wegen einer Krankheit oder Verletzung, die bereits vor der Abreise bestand, behandeln zu lassen. Muss nun der Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Organzuteilung auch bei diesen Personen gewährt werden?

- In Ziffer 4.8.3 des Gutachtens wird dazu Folgendes festgehalten: "Il se pose toutefois la question de savoir si le critère du domicile introduit à l'article 17 al. 3 let. a est compatible avec l'article 22 ch. 1 let. a du Règlement (CEE) no 1408/71. Nous avons vu auparavant qu'en cas d'urgence, la personne concernée a droit aux prestations dans un Etat autre que son Etat d'affiliation comme si elle y était affiliée. Il paraît dès lors **très douteux** d'admettre un accès aux prestations de maladie qui diffère dans une situation d'urgence en fonction du critère du domicile du patient concerné."

- Weshalb ist in diesen Fällen eine Berücksichtigung des Wohnsitzkriteriums *douteux*, während das bei den Grenzgängern klar unzulässig ist?

- Hängt dies davon ab, dass Art. 20 eine klarere Formulierung verwendet ("als ob der Grenzgänger dort wohnte"), die jeden Verweis auf den Wohnsitz unwirksam macht, als Art. 22 ("als ob er dort versichert wäre")?

- Ist somit der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 für sich allein nicht genügend, um eine Berücksichtigung des Wohnsitzkriteriums auszuschliessen?

- Sieht die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 die gleichen Formulierungen vor, wie die Art. 20 und 22 der Verordnung 1408/71?

Après une brève présentation du Règlement (CE) n° 883/2004 et de son Règlement d'application (CE) n° 987/2009 et du processus de reprise de ces règlements en droit suisse (ch. 2), nous répondrons directement aux questions posées ci-dessus (ch. 3). Nous terminerons le présent avis de droit par une série de conclusions (ch. 4).

Nous tenons à préciser que cet avis de droit est conçu comme un complément à l'avis de droit publié en mars 2011.² Les conclusions établies lors de ce premier avis de droit sont dès lors présumées connues et ne seront pas représentées et rediscutées dans le cadre du présent avis de droit. Nous nous limitons ainsi à répondre aux questions supplémentaires établies par le document intitulé «Revision TxG; Grenzgänger; Ergänzung Gutachten». Tel que le précise ce document, le présent avis de droit sert à analyser les changements découlant des Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009, notamment dans le contexte de l'allocation d'organes à des personnes non domiciliées en Suisse.

² MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*.

2. Règlement (CE) n° 883/2004 et sa reprise en droit suisse

Depuis le 1^{er} mai 2010, le Règlement (CE) n° 883/2004³ et son Règlement d'application (CE) n° 987/2009⁴ s'appliquent entre les vingt-sept Etats membres de l'Union européenne (cité: UE). Dans l'idée de simplifier la coordination des systèmes de sécurité sociale,⁵ ces deux nouveaux règlements remplacent les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72.⁶

Les Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 ne sont pour l'instant pas applicables dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE. Ils ne seront formellement applicables en Suisse qu'après l'adaptation de l'Accord conclu entre la Suisse et l'UE sur la libre circulation des personnes (cité: ALCP⁷), et notamment de son annexe II.

Le 27 octobre 2010, le Conseil fédéral a approuvé la troisième actualisation de l'annexe II sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE portant sur la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale.⁸ Le 2 novembre 2011,⁹ le Conseil fédéral a approuvé des modifications de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal¹⁰) et de l'ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCoR¹¹). Ces modifications sont liées au nouveau droit européen de coordination en matière de sécurité sociale et s'appliquent aux assurés domiciliés dans un Etat membre de l'UE.

Dans son commentaire sur le contenu des modifications de l'OAMal, le Conseil fédéral fait état de la situation de la troisième actualisation de l'annexe II de l'ALCP:¹² il affirme avoir «*autorisé, par décision du 23 mars 2011, le chef de la délégation suisse au sein du Comité mixte de l'Accord sur la libre circulation des personnes à adopter cette modification, en vue de l'entrée en vigueur des nouvelles règles au plus tard le 1^{er} janvier 2012. Dès que la procédure d'approbation aura abouti du côté de l'UE, où une réserve émise par la Grande-Bretagne est encore pendante, le Comité mixte pourra rendre sa décision*».

Les Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 seront ainsi applicables pour la Suisse dans un avenir très proche.¹³

³ Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (Journal officiel n° L 166 du 30 avril 2004), modifié par le Règlement (CE) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 (Journal officiel n° L 284 du 30 octobre 2009). Pour un commentaire du Règlement (CE) n° 883/2004, cf. FILLON, p. 229.

⁴ Règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 (Journal officiel n° L 284 du 30 octobre 2009).

⁵ RIONDEL BESSON, p. 66.

⁶ Pour plus de détails sur la révision, cf. KAHIL-WOLFF, *Coordination*, p. 99 ss; CUENI/FRECHELIN, p. 57 ss.

⁷ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, prot. et acte final), RS 0.142.112.681.

⁸ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 3.

⁹ CONSEIL FEDERAL, *Modifications OAMal (version provisoire)*.

¹⁰ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (cite: OAMal), RS 832.102.

¹¹ Ordonnance du 12 avril 1995 sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCoR), RS 832.112.1.

¹² CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 3.

¹³ Cf. également CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 10.

Dans notre avis de droit de février 2011, nous avons relevé trois principales nouveautés introduites par le Règlement (CE) n° 883/2004:¹⁴ (a) une extension du champ d'application personnel des règles de coordination, (b) une extension du principe de l'égalité de traitement, et (c) un assouplissement des règles sur l'accès aux soins.

Les règles de coordination relatives aux prestations de maladie, de maternité et de paternité assimilées sont déterminées dans le titre III, chapitre 1^{er} du Règlement (CE) n° 883/2004 (articles 17 à 35) et dans le titre III, chapitre 1^{er} du Règlement (CE) n° 987/2009 (articles 22 à 32).

Comme nous le verrons ci-dessous, l'intégration du Règlement (CE) n° 883/2004 à l'annexe II de l'ALCP aura des implications pour l'allocation d'organes en Suisse en raison de l'extension du cercle de personnes ayant le choix de se faire soigner en Suisse.

¹⁴ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 54 ss.

3. Analyse des questions supplémentaires

3.1 Droit d'option en ce qui concerne le lieu de traitement

Welche Personen haben nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ein Behandlungswahlrecht?

Nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist das Recht, für eine Behandlung den Versicherungsstaat statt den Wohnsitzstaat zu wählen, nicht mehr nur Grenzgängern sowie Personen mit Wohnsitz in bestimmten Staaten vorbehalten, die mit der Schweiz eine Vereinbarung abgeschlossen haben. Diese Wahlmöglichkeit steht auch den Familienangehörigen der Grenzgänger, den pensionierten Grenzgängern und den Rentenbezüglern zu, die ihren Wohnsitz ausserhalb des zuständigen Staats haben. Die Ausdehnung des Kreises der Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz (die aber in der Schweiz obligatorisch versichert sind), die die Möglichkeit haben, sich in der Schweiz behandeln zu lassen, und die Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips auf sie haben zur Folge, dass diese Personen Anspruch darauf erheben können, in Bezug auf die Organallokation gleich behandelt zu werden wie Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (Zusammenfassung Rz 29).

- *Haben somit nach dem neuen EU-Koordinationsrecht **alle**, die in einem EU-/EFTA-Staat wohnen und in der Schweiz versichert sind, das Behandlungswahlrecht (und können sich wahlweise in ihrem Wohnstaat und in der Schweiz behandeln lassen)?*

Le seul texte du Règlement (CE) n° 883/2004 n'accorde en principe pas à toutes les personnes obligatoirement assurées en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE un droit d'option permettant de choisir de se faire soigner en Suisse.

Comme sous le Règlement (CEE) n° 1408/71,¹⁵ le Règlement (CE) n° 883/2004 retient le «*principe du pays de résidence*» en ce qui concerne l'accès aux prestations de maladie pour les personnes dont la résidence se trouve dans un Etat membre autre que l'Etat membre compétent (article 17). Les personnes assurées et les membres de leur famille qui résident dans un Etat autre que l'Etat compétent bénéficient dans l'Etat de résidence des prestations en nature (soins de santé) prévus par la législation de l'Etat de résidence. Ces prestations sont offertes par l'institution du lieu de résidence pour le compte de l'institution compétente, dans les mêmes conditions que les personnes assurées dans l'Etat de résidence.¹⁶

Sous le Règlement (CEE) n° 1408/71, disposaient ensuite d'un droit d'option en ce qui concerne le lieu du traitement médical les frontaliers et les personnes résidant dans certains Etats. Ceux-ci pouvaient choisir de suivre un traitement dans leur pays de résidence ou en Suisse.¹⁷ Toutes les autres personnes assurées en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE ne bénéficiaient pas, en principe, d'un droit à des prestations en nature dans l'Etat membre compétent, c'est-à-dire la Suisse.

¹⁵ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 34 s.

¹⁶ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 7.

¹⁷ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 35 ss.

Comme nous l'avons formulé dans notre avis de droit de février 2011, le Règlement (CE) n° 883/2004 élargit significativement le cercle de personnes bénéficiant d'un droit d'option en ce qui concerne l'accès aux soins en Suisse.¹⁸ Il reste néanmoins quelques catégories de personnes qui ne sont en principe pas incluses dans ce cercle élargi de personnes disposant d'un droit d'option.

En effet, contrairement au Règlement (CEE) n° 1408/71, le Règlement (CE) n° 883/2004 ne distingue plus, dans la section concernant les prestations de maladie, entre le statut des «*Travailleurs salariés ou non salariés*», des «*Chômeurs*», des «*Titulaires de pensions ou de rentes*» et des «*Personnes qui suivent des études ou une formation professionnelle*».¹⁹

La systématique du Règlement (CE) n° 883/2004 est construite différemment. Les règles de coordination concernant les prestations de maladie distinguent entre «*Les personnes assurées et les membres de leur famille, à l'exception des titulaires de pension et des membres de leur famille*» (section 1; articles 17 à 22) et les «*Titulaires de pension et membres de leur famille*» (section 2; articles 23 à 30). Dans le contexte des prestations de maladie, le Règlement (CE) n° 883/2004 distingue ainsi entre les personnes assurées (à l'exception des titulaires de pension) d'une part, et les titulaires de pension d'autre part.

En vertu du Règlement (CE) n° 883/2004, toute personne assurée et les membres de sa famille (à l'exception des titulaires de pension) disposent d'un droit d'option concernant le lieu du traitement médical et peuvent choisir de suivre un traitement médical soit dans l'Etat de résidence soit dans l'Etat compétent, c'est-à-dire l'Etat dans lequel ils sont assurés. Ce principe n'est toutefois pas absolu. Il est au contraire soumis à certaines exceptions. Nous aborderons ces exceptions ci-dessous.

Pour la Convention instituant l'Association européenne de Libre-Echange (citée: AELE²⁰), qui concerne la Suisse et les trois autres Etats membres de l'AELE (Islande, Liechtenstein et Norvège), il faut noter que la reprise des nouveaux Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 aura lieu ultérieurement.²¹ Les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 restent dès lors applicables pour ce qui est de la coordination avec les systèmes de sécurité sociale dans le contexte de l'AELE. Les conclusions de l'avis de droit de février 2011 restent ainsi valables pour les personnes tombant sous le champ d'application de l'Accord AELE.

Nous présentons ci-dessous les différentes catégories de personnes assurées, le principe général auquel elles sont soumises ainsi que les éventuelles exceptions, à la lumière de la troisième adaptation de l'annexe II de l'ALCP conclu entre la Suisse et l'UE.

¹⁸ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 55 ss.

¹⁹ RIONDEL BESSON, p. 68.

²⁰ Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE) (avec annexes, acte final et déclarations), RS 0.632.31.

²¹ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 3.

-
- *Oder gibt es weiterhin Kategorien von Personen ohne Behandlungswahlrecht? Wenn ja, welche?*

Personnes assurées et membres de leur famille, à l'exception des titulaires de pension²² et des membres de leur famille (article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004)

Principe général:

Le Règlement (CE) n° 883/2004 maintient le droit d'option pour les frontaliers (article 18 par. 1). Mais les frontaliers ne sont plus les seuls à bénéficier d'un droit d'option concernant le lieu de traitement (article 18 par. 1).

En effet, le Règlement (CE) n° 883/2004 accorde un droit d'option à toutes les personnes assurées qui ne résident pas au sein de l'Etat compétent ainsi qu'aux membres de leur famille (à l'exception des titulaires de pension; article 18 par. 1). En vertu de l'article 18 par. 1, «[à] moins que le paragraphe 2 n'en dispose autrement, la personne assurée et les membres de sa famille visés à l'article 17 peuvent également bénéficier des prestations en nature lors de leur séjour dans l'Etat membre compétent. Les prestations en nature sont servies par l'institution compétente et à sa charge, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, **comme si les personnes concernées résidaient dans cet Etat membre**» (mise en évidence ajoutée).

L'article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004 neutralise ainsi toute référence au domicile en tant que condition matérielle d'accès aux prestations de maladie. Les personnes assurées et les membres de leur famille qui résident dans un Etat membre autre que l'Etat membre compétent bénéficient en principe, en cas de séjour dans l'Etat compétent, de l'ensemble des prestations en nature (soins de santé) prévues par la législation de ce dernier Etat.²³

Exception pour les membres de la famille des frontaliers:

L'article 18 par. 2 précise que le droit d'option des membres de la famille des frontaliers peut être exclu par chaque Etat membre par une inscription à l'annexe III du Règlement (CE) n° 883/2004: «*Les membres de la famille d'un travailleur frontalier ont droit à des prestations en nature lors de leur séjour dans l'Etat membre compétent. Cependant, lorsque cet Etat membre est mentionné à l'annexe III, les membres de la famille d'un travailleur frontalier qui résident dans le même Etat membre que le travailleur frontalier ont droit à des prestations en nature dans l'Etat membre compétent uniquement dans les conditions fixées à l'article 19, paragraphe 1*».

Il s'ensuit que pour les Etats inscrits à l'annexe III (intitulé «*Restrictions du droit des membres de la famille d'un travailleur frontalier à des prestations en nature*»), le droit à des prestations en nature (soins de santé) dans l'Etat membre compétent se limite, pour les membres de la famille des frontaliers, aux cas de nécessité médicale.²⁴

²² Cf. titre de la section 1 du chapitre 1 («*Prestations de maladie, de maternité et de paternité assimilées*») du titre III du Règlement (CE) n° 883/2004.

²³ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 10.

²⁴ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 53.

Les Etats membres suivants ont procédé à une inscription à l'annexe III:²⁵ Danemark, Estonie, Irlande, Espagne, Italie, Lituanie, Hongrie, Pays-Bas, Finlande, Suède, Royaume-Uni. Ces onze pays ont choisi de ne pas accorder aux membres de la famille des frontaliers un libre droit d'option en matière de lieu du traitement, mais de limiter leur droit à des prestations en nature sur leur territoire aux soins médicalement nécessaires au cours d'un séjour au sens de l'article 19 par. 1.

La Suisse, par contre, ne s'est pas inscrite à l'annexe III du Règlement (CE) n° 883/2004.²⁶

Conclusion:

Comme la Suisse n'a pas procédé à une inscription à l'annexe III, toutes les personnes assurées et les membres de leur famille (à l'exception des titulaires de pension) résidant dans un Etat membre de l'UE et étant assurés en Suisse disposent d'un droit d'option en ce qui concerne le lieu du traitement et peuvent décider de suivre un traitement en Suisse. En revanche, si la Suisse avait décidé de s'inscrire à l'annexe III, elle aurait ainsi exclu le droit d'option en matière de lieu du traitement pour les membres de la famille des frontaliers. Dans cette hypothèse, les membres de la famille auraient pu bénéficier, en Suisse, seulement des soins s'avérant nécessaires du point de vue médical.²⁷

Titulaires de pension et membres de leur famille (article 27 du Règlement (CE) n° 883/2004)

Principe général:

Les titulaires de pension et les membres de leur famille qui résident dans un Etat membre autre que l'Etat membre compétent bénéficient de l'ensemble des prestations en nature prévues par la législation de l'Etat membre de résidence (articles 24, 25 et 26 du Règlement (CE) n° 883/2004).²⁸

Cela étant, ces personnes ne disposent pas, en principe, d'un droit d'option en matière de lieu du traitement (article 27 par. 1). Le titulaire d'une pension, ainsi que les membres de sa famille, séjournant temporairement sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat de résidence peuvent seulement bénéficier des prestations de maladie pendant la durée de leur séjour, pour les soins nécessaires à leur état (article 27 par. 1, qui renvoie à l'article 19 par. 1).

Exception:

Les titulaires de pension et les membres de leur famille disposent d'un droit d'option en ce qui concerne l'accès aux soins dans l'Etat compétent, c'est-à-dire l'Etat où ils sont assurés, si ledit Etat compétent est inscrit à l'annexe IV (article 27 par. 2, qui renvoie à l'article 18 par. 1).

²⁵ C'est l'Etat compétent qui peut exclure le droit d'option des membres de la famille des frontaliers, et non pas l'Etat de résidence. Pour l'Estonie, l'Espagne, l'Italie, la Lituanie, la Hongrie et les Pays-Bas, la mention à l'annexe III sera valable pendant la durée visée à l'article 87, paragraphe 10bis. La restriction au droit des membres de la famille des frontaliers prendra ainsi fin quatre ans après la date d'application du règlement, c'est-à-dire le 1^{er} mai 2014. Cf. COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 10.

²⁶ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 3 s. et 5.

²⁷ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 56.

²⁸ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 17.

En vertu de l'article 27 par. 2, l'article 18 par. 1 «s'applique mutatis mutandis aux personnes visées au paragraphe 1 lorsqu'elles séjournent dans l'État membre où se trouve l'institution compétente responsable du coût des prestations en nature servies au titulaire de pension dans son État membre de résidence et lorsque ledit État membre a opté pour cette solution et figure à l'annexe IV».

Les Etats membres suivants sont inscrits à l'annexe IV (intitulé «Droits supplémentaires pour les titulaires de pension retournant dans l'État membre compétent»): Belgique, Bulgarie, République tchèque, Allemagne, Grèce, Espagne, France, Chypre, Luxembourg, Hongrie, Pays-Bas, Autriche, Pologne, Slovaquie, Suède. Ces quinze Etats membres offrent ainsi aux titulaires de pension et aux membres de leur famille un droit d'option en ce qui concerne l'accès aux soins dans leur Etat de résidence et dans l'Etat où ils sont assurés.²⁹

La Suisse a procédé à une inscription à l'annexe IV.³⁰

Conclusion:

Comme la Suisse a procédé à une inscription à l'annexe IV, tous les titulaires de pension et les membres de leur famille étant assurés en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE disposent d'un droit d'option leur permettant de se faire soigner en Suisse.

Travailleurs frontaliers pensionnés et membres de leur famille (article 28 du Règlement (CE) n° 883/2004, article 29 du Règlement 987/2009)

Les anciens travailleurs frontaliers et les membres de leur famille bénéficient de deux dispositifs complémentaires spécifiques lorsque les dispositions générales pour les titulaires de pension et les membres de leur famille ne s'appliquent pas, ou lorsque ces dispositions se révèlent moins favorables pour les personnes concernées.³¹

Les dispositions spécifiques pour les anciens travailleurs frontaliers et les membres de leur famille ne sont pas pertinentes dans le contexte qui nous intéresse. Nous évoquons néanmoins brièvement le contenu de ces règles spécifiques:

- Poursuite d'un traitement - En vertu de l'article 28 par. 1 du Règlement (CE) n° 883/2004, les travailleurs frontaliers, quels que soient le pays de résidence et le pays de travail, ont le droit, en cas de maladie, de continuer à bénéficier des prestations en nature dans l'Etat membre dans lequel ils ont exercé en dernier lieu leur activité salariée ou non salariée, dans la mesure où il s'agit de poursuivre un traitement entamé dans cet Etat membre.³² Le même droit est ouvert à un membre de la famille si celui-ci n'a pas été exclu, au cours de la période d'activité, du droit d'accès aux soins dans l'Etat d'emploi du travailleur frontalier en raison d'une inscription de l'Etat compétent à l'annexe III du Règlement (CE) n° 883/2004.

²⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 21.

³⁰ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 3 s. et 5. Cf. également <http://www.kvg.org/fr/ikoo/revision/default.htm> (consulté le 30 novembre 2011).

³¹ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 25.

³² KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 53.

- Travail récent en tant que frontalier - En vertu de l'article 28 par. 2 du Règlement (CE) n° 883/2004, les travailleurs frontaliers pensionnés et les membres de leur famille disposent en outre d'un droit d'option en ce qui concerne l'accès à un traitement dans l'Etat dans lequel ils ont exercé en dernier lieu leur activité salariée, si cet Etat ainsi que l'Etat compétent sont inscrits à l'annexe V du Règlement (CE) n° 883/2004. D'après les informations de l'Institution commune LAMal, la Suisse n'a pas procédé à une telle inscription.³³ Il s'agit ici d'un cas particulier de droit d'option offert aux travailleurs frontaliers pensionnés et aux membres de leur famille: un droit d'option non pas entre leur Etat de résidence et l'Etat compétent, mais au contraire un droit d'option en faveur de l'Etat dans lequel ils ont exercé en dernier lieu leur activité salariée.

Ces deux règles spécifiques couvrent des hypothèses qui ne sont pas pertinentes pour le présent avis de droit, ce dernier concernant la situation de personnes assurées en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE qui souhaitent se faire soigner dans l'Etat compétent, c'est-à-dire la Suisse. Comme la Suisse s'est inscrite à l'annexe IV du Règlement (CE) n° 883/2004, tous les titulaires de pension et les membres de leur famille assurés en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE, y compris les anciens travailleurs frontaliers et les membres de leur famille, bénéficient d'un droit d'option leur permettant de se faire soigner en Suisse.

Conclusion

L'article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004 a grandement élargi le droit d'option en matière de lieu du traitement pour l'accorder, en principe, à toute personne assurée en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE. La Suisse a choisi d'élargir au maximum le droit d'option, puisqu'elle ne s'est pas inscrite à l'annexe III (qui aurait permis d'exclure le droit d'option pour les membres de la famille des frontaliers; intitulée «*Restrictions du droit des membres de la famille d'un travailleur frontalier à des prestations en nature*») et qu'elle s'est inscrite à l'annexe IV (qui permet d'offrir un droit d'option pour les rentiers et leurs familles; intitulée «*Droits supplémentaires pour les titulaires de pension retournant dans l'Etat membre compétent*»).

Le Conseil fédéral confirme cette situation, en affirmant: «*Compte tenu des inscriptions demandées par la Suisse, toutes les personnes assurées en Suisse et domiciliées dans un Etat de l'UE/AELE (frontaliers et membres de leur famille, rentiers et membres de leur famille, membres de la famille de détenteurs de permis de séjour, bénéficiaires d'une prestation de l'assurance-chômage suisse et membres de leur famille) ont désormais le droit de choisir leur lieu de traitement, c.-à-d. qu'ils peuvent, au choix, suivre un traitement dans leur pays de domicile ou en Suisse*».³⁴

Il s'ensuit que toutes les personnes assurées en Suisse et domiciliées dans un Etat membre de l'UE bénéficient désormais d'un droit d'option en ce qui concerne le lieu de traitement («*toutes les personnes assurées en Suisse et domiciliées dans un Etat de l'UE/AELE ont désormais le droit de choisir leur lieu de traitement*»³⁵). Si ces personnes décident de faire usage de leur droit

³³ Cf. <http://www.kvg.org/fr/ikoo/revision/default.htm> (consulté le 30 novembre 2011).

³⁴ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 3 s.

³⁵ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 5.

d'option, elles ont droit aux prestations de maladie en Suisse, ce qui inclut la transplantation d'organes.³⁶

Du fait de la reprise des Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009, la Suisse doit nécessairement adapter sa législation interne. C'est dans cette perspective que le Conseil fédéral a accepté, le 2 novembre 2011, des modifications de l'OAMal.³⁷

En vertu de l'article 37 al. 1 let. a OAMal révisé, toute personne assurée en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE dispose d'un droit d'option en matière de lieu du traitement:

Art. 37 Prise en charge des coûts pour les personnes résidant à l'étranger

¹ L'assureur prend en charge les forfaits selon l'art. 49, al. 1, de la loi qui sont facturés pour le traitement des personnes suivantes dans un hôpital répertorié en Suisse:

a. assurés qui résident dans un Etat membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège et qui sont assurés en Suisse;

L'ancienne version de l'OAMal reste applicable à l'Islande, au Liechtenstein et à la Norvège jusqu'à l'entrée en vigueur de la modification de l'annexe K de l'Accord AELE.³⁸ La modification future de l'annexe K de l'Accord AELE remplacera les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 par les Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009. Ces derniers seront dorénavant applicables dans les relations entre la Suisse, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège.

Les personnes assurées en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE ainsi que les membres de leur famille doivent donc, lorsqu'ils décident de se faire soigner dans l'Etat d'affiliation, la Suisse, être traités comme les résidents suisses. Dans ce sens, l'application du principe de l'égalité de traitement entre personnes domiciliées dans l'Etat d'affiliation et personnes non domiciliées dans cet Etat, mais assurées obligatoirement dans cet Etat, s'est étendue.

En effet, l'article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004 neutralise toute référence au domicile en tant que condition matérielle d'accès aux prestations de maladie pour toute personne assurée en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE et les membres de sa famille.³⁹ Autrement dit, l'article 18 exclut un traitement différencié sur la base du critère du domicile en neutralisant explicitement ce critère. En ce qui concerne toutes ces personnes, est interdite non seulement une

³⁶ CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 10 s.

³⁷ CONSEIL FEDERAL, *Modifications OAMal (version provisoire)*.

³⁸ Cf. disposition transitoire de la modification OAMal adoptée le 2 novembre 2011, pas encore publiée au RO, http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06368/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCKdoN_fwYm162epYbg2c_JjKbNoKSn6A- (consulté le 30 novembre 2011).

³⁹ A condition bien évidemment que la personne tombe dans le champ d'application personnel du Règlement (CE) n° 883/2004.

discrimination sur la base du critère de la nationalité, mais également sur la base du critère du domicile.⁴⁰

Cette extension du cercle de personnes non domiciliées en Suisse (mais assurées obligatoirement en Suisse) ayant la possibilité de se faire soigner en Suisse, et l'extension de l'application du principe de l'égalité de traitement à leur égard, implique que ces personnes-là pourront prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne l'allocation d'organes.

En accord avec le Règlement (CE) n° 883/2004 et la disposition révisée de l'OAMal (article 37 al. 1 let. a), le projet de révision partielle de la loi fédérale sur la transplantation (cité: LTx)⁴¹ propose de modifier les articles 17 et 21 LTx.⁴² Selon le Conseil fédéral, il «*est néanmoins vraisemblable que les bases juridiques internationales entreront en force pour la Suisse avant l'entrée en vigueur de la révision partielle de la loi sur la transplantation, prévue pour début 2014. Partant, les art. 17 et 21 LTx ont été modifiés sur la base de ces deux futurs règlements*».⁴³

Tel que formulé dans le projet de révision présenté le 29 juin 2011, l'article 17 al. 2^{bis} let. a LTx offre une égalité de traitement à toutes les personnes assurées en Suisse et résidant dans un Etat membre de l'UE:⁴⁴

Art. 17, al. 2^{bis} (nouveau)

2^{bis} Sont traitées de manière égale aux personnes domiciliées en Suisse:

a. les personnes résidant dans un Etat membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège et qui, en vertu de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes et de la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE) sont soumises en Suisse à l'assurance obligatoire des soins;

Il n'existe donc plus de discrimination indirecte des personnes étant assurées en Suisse (et disposant de ce fait d'un droit d'accès aux soins en Suisse), mais ne résidant pas en Suisse, par rapport aux personnes domiciliées en Suisse.⁴⁵

Il est important de noter que les personnes domiciliées au Liechtenstein, qui ne sont pas mentionnées dans la disposition ci-dessus (article 17 al. 2^{bis} let. a LTx), se trouvent également sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse, lors de l'inscription sur la liste d'attente et lors de l'attribution d'organes. L'avis de droit de février 2011 discute plus en détail l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une

⁴⁰ Cf. le considérant 8 du Règlement (CE) n° 883/2004, qui évoque que le «*principe général de l'égalité de traitement est d'une importance particulière pour les travailleurs qui ne résident pas dans l'Etat membre où ils travaillent, y compris les travailleurs frontaliers*».

⁴¹ Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, RS 810.21.

⁴² CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 10.

⁴³ CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 10.

⁴⁴ CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 11.

⁴⁵ CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 11.

transplantation.⁴⁶ Cet accord est appliqué à titre provisoire depuis le 1^{er} avril 2010, et il est entré en vigueur pour la Suisse le 15 juillet 2011.⁴⁷ L'article 2 de l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein renvoie explicitement à l'article 17 al. 2 LTx en ce qui concerne le principe de l'égalité de traitement et l'attribution d'organes.⁴⁸

Finalement, nous tenons à évoquer brièvement les effets pratiques d'une reprise du Règlement (CE) n° 883/2004 par la Suisse. Comme nous l'avons mentionné dans notre avis de droit de février 2011,⁴⁹ les changements découlant d'une reprise du Règlement (CE) n° 883/2004 par la Suisse sont relativement insignifiants.⁵⁰ Selon le Conseil fédéral, le nombre de personnes assurées en Suisse et domiciliées dans un Etat membre de l'UE/AELE s'élevait à environ 29'000 assurés en 2010, dont 23'000 frontaliers et membres de leur famille ainsi que 5'000 rentiers et membres de leur famille.⁵¹

Comme le relève pertinemment l'Institution commune LAMal, les effets en matière de soins de santé d'une application du Règlement (CE) n° 883/2004 en Suisse concernent surtout la relation avec l'Italie, puisque le droit d'option en ce qui concerne l'accès aux soins en Suisse n'existait pas auparavant pour les membres de la famille des frontaliers domiciliés en Italie, à la différence des autres Etats voisins pour lesquels existait déjà un droit d'option en vertu du Règlement (CEE) n° 1408/71 (annexe VI, partie Suisse, chiffre 4).⁵²

Quels seront les effets sur la médecine de transplantation suite à l'élargissement du cercle de personnes pouvant recourir à des soins de santé, et ainsi à des transplantations d'organes, en Suisse? Selon les chiffres mentionnés plus haut, il y aura environ 29'000 assurés non domiciliés en Suisse qui se trouveront désormais «*sur le même plan d'égalité que les personnes domiciliées en Suisse en matière d'attribution d'organes*». ⁵³ Selon le Conseil fédéral, il faudra «*s'attendre à environ trois à quatre personnes supplémentaires sur la liste d'attente*». ⁵⁴ Il n'y aura donc qu'une très faible augmentation du nombre de personnes inscrites sur la liste d'attente en Suisse.

La seule reprise par la Suisse du Règlement (CE) n° 883/2004 n'aura aucune implication en ce qui concerne les ressortissants d'Etats tiers, puisque ces personnes n'entrent pas dans le champ d'application de ce règlement.⁵⁵ Par contre, il faut noter que les vingt-sept Etats membres de l'UE ont procédé à une extension du champ d'application personnel des Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 à des ressortissants de pays ne faisant pas partie de l'UE par l'adoption

⁴⁶ Cf. MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 66 s.

⁴⁷ Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la Principauté de Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une transplantation, RS 0.810.215.14. Pour le texte de l'Arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une transplantation, cf. FF 2011 2583.

⁴⁸ L'article 17 al. 2 LTx a la teneur suivante: «*Lors de l'attribution des organes, les personnes domiciliées en Suisse doivent être traitées de manière égale*».

⁴⁹ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 56.

⁵⁰ Du même avis, KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 55.

⁵¹ CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 5.

⁵² Cf. <http://www.kvg.org/fr/ikoo/revision/default.htm> (consulté le 30 novembre 2011).

⁵³ CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 12.

⁵⁴ CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*, p. 12.

⁵⁵ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 56.

du Règlement (UE) n° 1231/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010.⁵⁶ Le Règlement (UE) n° 1231/2010 a rendu les dispositions des Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 applicables, à partir du 1^{er} janvier 2011, aux ressortissants d'Etats tiers. Les ressortissants d'Etats tiers pourraient ainsi devenir concernés dans le contexte de l'ALCP si, lors d'une future adaptation de l'accord, le Règlement (UE) n° 1231/2010 devait être repris dans l'annexe II de l'ALCP.

- *In welchen Artikeln der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ist dieses Behandlungswahlrecht vorgesehen?*

Les articles pertinents pour le droit d'option en matière de lieu de traitement sont les suivants: **article 18** (intitulé «*Séjour dans l'État membre compétent alors que la résidence se trouve dans un autre État membre - Dispositions spécifiques applicables aux membres de la famille des travailleurs frontaliers*») qui se trouve dans la section 1 «*Les personnes assurées et les membres de leur famille, à l'exception des titulaires de pension et des membres de leur famille*», **article 27** (intitulé «*Séjour du titulaire de pension et des membres de sa famille dans un État membre autre que l'État membre de résidence - Séjour dans l'État membre compétent*») qui est situé dans la section 2 «*Titulaires de pension et membres de leur famille*».

L'**annexe III** (intitulée «*Restriction du droit des membres de la famille d'un travailleur frontalier à des prestations en nature*») et l'**annexe IV** (intitulée «*Droits supplémentaires pour les titulaires de pension retournant dans l'État membre compétent*») sont également pertinentes pour le droit d'option en matière de lieu de traitement.

3.2 Situation des personnes non domiciliées et non assurées en Suisse lors d'un séjour temporaire en Suisse (séjour temporaire en dehors de l'Etat compétent)

Müssen Personen, die Anspruch auf medizinische Leistungen in der Schweiz haben, aber nicht hier versichert sind, bezüglich Organzuteilung gleich behandelt werden wie Swiss Residents?

- *Mit der europäischen Krankenversicherungskarte haben Personen Anspruch auf medizinische Leistungen in der Schweiz, welche sich kurzfristig (z.B. Urlaub oder Geschäftsreise) in der Schweiz aufhalten. Also somit auch Personen, die nicht in der Schweiz versichert sind. Zu beachten ist, dass die Karte keine Behandlungskosten abdeckt, wenn die Reise durchgeführt wird, um sich wegen einer Krankheit oder Verletzung, die bereits vor der Abreise bestand, behandeln zu lassen. Muss nun der Anspruch auf Gleichbehandlung bei der Organzuteilung auch bei diesen Personen gewährt werden?*

La situation décrite dans cette question concerne l'hypothèse d'un séjour temporaire d'un ressortissant communautaire en dehors de l'Etat compétent au sens de l'article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004. L'article 19 par. 1 prévoit qu'«*une personne assurée et les membres de sa famille qui séjournent dans un État membre autre que l'État membre compétent peuvent*

⁵⁶ Journal officiel n° L 344 du 29 décembre 2010. Pour plus de détails, cf. RIONDEL BESSON, p. 68.

bénéficiaire des prestations en nature qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical au cours du séjour, compte tenu de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour. Ces prestations sont servies pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si les personnes concernées étaient assurées en vertu de cette législation» (mise en évidence ajoutée).

L'article 25 par. 3 du Règlement (CE) n° 987/2009 précise cette disposition en prévoyant que les *«prestations en nature visées à l'article 19, paragraphe 1, du règlement de base visent les prestations en nature servies dans l'État membre de séjour, selon la législation de ce dernier et qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical afin que la personne assurée ne soit pas contrainte de rejoindre, avant la fin de la durée prévue de son séjour, l'État membre compétent pour y recevoir le traitement nécessaire»* (mise en évidence ajoutée).⁵⁷

La Commission européenne précise que les prestations *«sont servies par l'institution du lieu de séjour selon les conditions, modalités et tarifs de la législation que cette institution applique, comme si les intéressés étaient assurés en vertu de cette législation»*.⁵⁸

La personne assurée et les membres de sa famille qui séjournent dans un Etat membre autre que l'Etat compétent peuvent ainsi bénéficier dans l'Etat de séjour des prestations en nature (soins de santé) qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical pendant le séjour.⁵⁹ Les prestations sont servies pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme si les intéressés étaient affiliés à cette législation. Il s'agit ici de l'hypothèse de l'**entraide internationale en matière de prestations de maladie**.⁶⁰

L'Etat de séjour fournit ces prestations dans le cadre de l'entraide internationale en matière de prestations en tenant compte de la nature des prestations et de la durée prévue du séjour.⁶¹ Le but est que la personne concernée ne soit pas contrainte de rejoindre, avant la fin de la durée prévue de son séjour, l'Etat membre compétent pour y recevoir le traitement.⁶²

Le Règlement (CE) n° 883/2004 fait l'objet de décisions de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (cité: CACSSS).⁶³ La décision S3 du 12 juin 2009 de la CACSSS apporte des précisions importantes concernant la portée de l'article 19 par. 1 du Règlement (CE) n° 883/2004, et les prestations couvertes en cas de séjour temporaire dans un Etat membre autre que l'Etat membre compétent. Cette décision précise que les prestations en

⁵⁷ Cette situation de *«soins imprévus»* ou *«soins inopinés»* doit être distinguée des *«soins programmés»* au sens de l'article 26 du Règlement (CE) n° 987/2009.

⁵⁸ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 9.

⁵⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 9.

⁶⁰ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 53 s.; GROLIMUND, p. 73.

⁶¹ Article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004.

⁶² Article 25 du Règlement (CE) n° 987/2009.

⁶³ La Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale se compose d'un représentant du gouvernement de chaque pays de l'UE et d'un représentant de la Commission européenne. Elle est chargée de traiter les questions administratives et les questions d'interprétation découlant des dispositions des règlements sur la coordination de la sécurité sociale, ainsi que d'encourager et de renforcer la collaboration entre les pays de l'UE. La composition, le fonctionnement et les tâches de la commission administrative sont définis aux articles 71 et 72 du Règlement (CE) n° 883/2004. Cf. COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*, p. 27.

nature pouvant être servies dans ce cadre comprennent les prestations relatives à des maladies chroniques ou préexistantes ainsi qu'à la grossesse et à l'accouchement, **à condition que l'intéressé ne se soit pas déplacé dans le but de recevoir les soins.**⁶⁴

Le système d'entraide internationale en matière de prestations «*ne confère donc pas un droit inconditionnel à des soins médicaux à l'étranger. L'octroi de prestations en nature et le remboursement des frais sont soumis à des conditions relativement strictes*».⁶⁵

L'article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004 concerne donc clairement l'hypothèse d'une urgence lors d'un séjour temporaire hors de l'Etat compétent («*soins imprévus*» ou «*soins inopinés*»), et non pas l'hypothèse d'un déplacement pour recevoir des soins («*soins programmés*»), qui sont réglés à l'article 20 du Règlement (CE) n° 883/2004.⁶⁶

L'hypothèse de l'entraide internationale en matière de prestations de maladie est reprise en droit suisse à l'article 37 al. 1 let. b OAMal. Selon la version modifiée du 2 novembre 2011, l'assureur prend en charge les forfaits qui sont facturés pour le traitement dans un hôpital répertorié en Suisse pour les «*assurés qui résident dans un Etat membre de l'Union européenne, en Islande, au Liechtenstein ou en Norvège et qui, lors d'un séjour en Suisse, ont droit à l'entraide internationale en matière de prestations sur la base de l'art. 95a de la loi*».⁶⁷

Comme nous l'avons mentionné dans l'avis de droit de février 2011,⁶⁸ les règles sur l'allocation d'organes adoptées par la Suisse doivent être compatibles avec l'ALCP et ainsi, dans un avenir proche, avec les Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009. Il se pose donc la question de savoir s'il est admissible, lors d'un cas d'urgence, de tenir compte du domicile de la personne concernée pour traiter de façon moins favorable une personne non domiciliée en Suisse par rapport à une personne domiciliée en Suisse.

Tant la version actuelle de l'article 17 al. 3 let. a LTx que la version révisée accordent une priorité, dans une situation d'urgence, aux personnes domiciliées en Suisse dans le cadre de l'allocation d'organes:

Art. 17 Non-discrimination (version actuelle)

³ *Un organe disponible est attribué à une personne non domiciliée en Suisse inscrite sur la liste d'attente conformément à l'art. 21, al. 1:*

⁶⁴ COMMISSION ADMINISTRATIVE POUR LA COORDINATION DES SYSTEMES DE SECURITE SOCIALE, *Décision S3 du 12 juin 2009*.

⁶⁵ GROLIMUND, p. 73.

⁶⁶ C'est l'article 20 du Règlement (CE) n° 883/2004 qui concerne l'hypothèse d'un déplacement aux fins de bénéficier de prestations en nature («*soins programmés*»).

⁶⁷ Modification OAMal adoptée le 2 novembre 2011, pas encore publiée au RO, http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06368/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1ae2lZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCKdoN_fwym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A- (consulté le 30 novembre 2011). Pour le commentaire du Conseil fédéral, cf. CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*, p. 5.

⁶⁸ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 47 ss.

a. si la transplantation est urgente du point de vue médical et qu'aucune personne domiciliée en Suisse ne se trouve dans la même situation;

Art. 17 Non-discrimination (projet de révision)⁶⁹

³ Un organe disponible est attribué à une personne non domiciliée en Suisse inscrite sur la liste d'attente conformément à l'art. 21, al. 1, et qui n'est pas traitée de manière égale aux personnes domiciliées en Suisse en vertu de l'art. 2bis [sic!]⁷⁰:

a. si la transplantation est urgente du point de vue médical et qu'aucune personne domiciliée en Suisse ne se trouve dans la même situation;

Il faut noter que les personnes non domiciliées en Suisse sont inscrites sur la liste d'attente si elles doivent subir une transplantation qui relève d'une urgence médicale pendant leur séjour en Suisse, au même titre que les personnes domiciliées en Suisse (article 4 let. a de l'ordonnance sur l'attribution d'organes⁷¹). C'est au moment de l'allocation des organes que ces mêmes personnes subissent ensuite un traitement défavorable (article 17 al. 3 let. a LTx).

L'on doit ainsi se demander si le critère du domicile dans une situation d'urgence, tel que prévu par la loi fédérale sur la transplantation (article 17 al. 3 let. a LTx), est compatible avec le principe de l'égalité de traitement au sens du Règlement (CE) n° 883/2004?

L'article 4 du Règlement (CE) n° 883/2004 reprend le principe de l'égalité de traitement prévu à l'article 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71 et élargit son champ d'application:⁷² «les personnes auxquelles le présent règlement s'applique bénéficient des mêmes prestations et sont soumises aux mêmes obligations, en vertu de la législation de tout État membre, que les ressortissants de celui-ci». En outre, il faut mentionner que le Règlement (CE) n° 883/2004 renforce le principe de l'égalité de traitement par rapport à l'article 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71,⁷³ notamment en y consacrant non seulement l'article 4, mais également l'article 5.⁷⁴

Il est vrai qu'un traitement différencié en fonction du domicile ne recourt pas au critère de la nationalité. Il n'y a donc aucune discrimination directe.⁷⁵ Cependant, comme nous l'avons vu dans l'avis de droit de février 2011,⁷⁶ les règles de coordination en matière de sécurité sociale interdisent non seulement la discrimination directe, mais également la discrimination indirecte.

⁶⁹ CONSEIL FEDERAL, *Projet de modification LTx*, p. 3.

⁷⁰ Nous tenons à signaler que le texte de l'article 17 al. 3 LTx du projet de révision contient une faute de frappe: le renvoi interne devrait se référer à l'alinéa 2^{bis}, et non pas à l'article 2^{bis}. A notre connaissance, la loi sur la transplantation ne contient pas d'article 2^{bis}. La version allemande de l'article 17 al. 3 LTx révisé renvoie à l'alinéa 2^{bis} («Absatz 2^{bis}»).

⁷¹ Ordonnance du 16 mars 2007 sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation, RS 810.212.4.

⁷² L'article 4 du Règlement (CE) n° 883/2004 élargit le principe de l'égalité de traitement. Ce principe concerne dorénavant toute personne assurée. L'égalité de traitement ne se limite ainsi plus aux personnes assurées et résidant sur le territoire de l'un des Etats membres. Cf. RIONDEL BESSON, p. 73.

⁷³ RIONDEL BESSON, p. 73.

⁷⁴ HUSMANN, p. 105 s; KAHIL-WOLFF, *Coordination*, p. 103 s.

⁷⁵ HUSMANN, p. 101; RIONDEL BESSON, p. 72.

⁷⁶ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 27 ss.

Le critère du domicile constitue souvent un critère suspect permettant de déceler une discrimination indirecte. Tout en étant un critère neutre, il est en général plus facile à remplir pour les ressortissants de l'Etat concerné que pour des ressortissants d'un autre Etat membre de l'UE.⁷⁷ Transposé dans le contexte de l'ALCP, un tel critère de domicile a un impact différent sur les ressortissants communautaires et les ressortissants suisses, c'est-à-dire qu'il affecte plus souvent des ressortissants communautaires que des ressortissants suisses.

Pour la question qui nous intéresse ici, il est évident que dans le contexte d'une situation d'urgence lors d'un séjour temporaire en Suisse (des vacances, par exemple), la personne non domiciliée en Suisse qui est désavantagée lors de l'allocation des organes est dans la plupart des cas une personne de nationalité étrangère et non pas suisse. L'article 17 al. 3 let. a LTx constitue ainsi clairement un cas de discrimination indirecte, sur la base du critère du domicile.

Une discrimination indirecte est admissible en présence de raisons objectives d'intérêt général et lorsque le principe de la proportionnalité est respecté.⁷⁸ Dans le cas d'espèce, cette discrimination indirecte ne peut pas être justifiée par un **intérêt public**, puisque le faible nombre de cas survenant dans ce contexte n'a certainement pas une influence sur la disponibilité générale des organes en Suisse. Il n'y a *a priori* pas de risque d'un tourisme indésirable en matière de transplantation dans le contexte de l'application de l'article 19 par. 1 du Règlement (CE) n° 883/2004. En effet, les conditions d'application strictes de cette disposition font échec à un voyage d'un ressortissant communautaire hors de l'Etat compétent dans le but d'obtenir un organe. Le **principe de la proportionnalité** n'est pas non plus respecté, puisqu'une discrimination indirecte dans ce contexte touche les personnes concernées dans une situation d'urgence entre la vie et la mort, soit une situation dans laquelle leur vie est en danger.

Il faut mentionner également que, dans le cas d'un séjour temporaire dans un Etat dans lequel une personne n'est ni assurée ni domiciliée, le Règlement (CE) n° 883/2004 soumet l'accès aux prestations en nature (soins de santé) à des conditions strictes.⁷⁹ Comme nous l'avons vu, il doit s'agir de prestations qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical pendant le séjour. En ce qui concerne l'allocation des organes, une telle situation d'urgence se présenterait donc pour des cas de défaillance totale du foie ou du cœur, la défaillance rénale pouvant par contre être traitée par un traitement de dialyse.

La décision S3 du 12 juin 2009 de la CACSSS retient également que l'article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004 ne trouve pas application lorsque le patient s'est déplacé dans le but de recevoir les soins. Il est par conséquent évident qu'un tourisme médical ou une mobilité de patients non autorisée ne peut pas avoir lieu en application de l'article 19. Les conditions de l'article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004 sont telles que tout tourisme de transplantation vers la Suisse sur la base de cette disposition est exclu. Une personne souffrant d'une défaillance d'un de ses organes qui se déplacerait vers la Suisse dans l'espoir d'y recevoir un organe ne pourrait pas invoquer l'article 19 pour demander un traitement égal aux personnes domiciliées en Suisse dans le cadre de l'allocation d'organes.

⁷⁷ HUSMANN, p. 102 s.; RIONDEL BESSON, p. 72 et 74.

⁷⁸ MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*, p. 29 et 49.

⁷⁹ GROLIMUND, p. 73.

Par contre, lorsqu'un ressortissant communautaire non assuré et non domicilié en Suisse souffre d'un malaise soudain lors d'un séjour temporaire en Suisse et nécessite une transplantation d'organes immédiate dans l'urgence, il paraît inadmissible de ne pas traiter cette personne sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse se trouvant dans la même situation lors de l'allocation des organes.

Vu les conditions prévues par le Règlement (CE) n° 883/2004 pour le cas d'un séjour temporaire en dehors de l'Etat compétent, il paraît contraire au but et à l'objectif même du Règlement (CE) n° 883/2004 que les Etats membres puissent restreindre encore ce droit d'accès aux soins de santé dans une situation d'urgence en prévoyant une priorité pour les personnes domiciliées sur leur territoire par rapport aux personnes non domiciliées sur leur territoire. Il faut mentionner, en outre, que la décision S3 du 12 juin 2009 de la CACSSS, qui interprète et précise la portée de l'article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004, n'évoque nulle part qu'une éventuelle clause de domicile pourrait être introduite pour allouer les soins nécessaires, en l'espèce les organes.

En conséquence, dans le contexte d'une situation d'urgence, une inégalité de traitement sur la base du critère du domicile lors de l'allocation d'organes, telle que prévue par l'article 17 al. 3 let. a LTx, doit ainsi être qualifiée de contraire à l'article 4 du Règlement (CE) n° 883/2004.

- *In Ziffer 4.8.3 des Gutachtens wird dazu Folgendes festgehalten: "Il se pose toutefois la question de savoir si le critère du domicile introduit à l'article 17 al. 3 let. a est compatible avec l'article 22 ch. 1 let. a du Règlement (CEE) n° 1408/71. Nous avons vu auparavant qu'en cas d'urgence, la personne concernée a droit aux prestations dans un Etat autre que son Etat d'affiliation comme si elle y était affiliée. Il paraît dès lors **très douteux** d'admettre un accès aux prestations de maladie qui diffère dans une situation d'urgence en fonction du critère du domicile du patient concerné."*

Weshalb ist in diesen Fällen eine Berücksichtigung des Wohnsitzkriteriums douteux, während das bei den Grenzgängern klar unzulässig ist?

Le mandat à l'origine de l'avis de droit de février 2011 concernait principalement la situation des frontaliers et des membres de leur famille. L'hypothèse d'un séjour temporaire en Suisse de personnes non assurées et non domiciliées en Suisse ne faisait pas partie du mandat. Nous avons dès lors analysé et évoqué cette hypothèse seulement de façon très brève. L'analyse succincte de cette hypothèse qui se trouvait hors du mandat nous a fait choisir la terminologie «très douteux» pour évaluer l'utilisation du critère du domicile dans ce contexte.

Après une analyse plus détaillée de la situation des personnes non assurées et non domiciliées en Suisse se trouvant dans une situation d'urgence pendant un séjour temporaire en Suisse, nous pouvons dire qu'un accès aux prestations de maladie qui diffère dans une situation d'urgence en fonction du critère du domicile du patient concerné est non seulement douteux, mais contraire au Règlement (CEE) n° 1408/71 et au Règlement (CE) n° 883/2004.⁸⁰ Sur la base de l'analyse présentée ci-dessus, dans une situation d'urgence, cette inégalité de traitement en fonction du

⁸⁰ A condition bien évidemment que la personne tombe dans le champ d'application personnel du Règlement (CE) n° 883/2004.

domicile de la personne concernée, telle que prévue par l'article 17 al. 3 let. a LTx, n'est pas admissible.

- *Hängt dies davon ab, dass Art. 20 eine klarere Formulierung verwendet ("als ob der Grenzgänger dort wohnte"), die jeden Verweis auf den Wohnsitz unwirksam macht, als Art. 22 ("als ob er dort versichert wäre")?*

Non. La différence entre les deux formulations provient du fait qu'il s'agit de deux états de faits différents. L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 (article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004) concerne le recours à tous les soins dans un Etat où la personne est assurée, mais n'y réside pas, tandis que l'article 22 (article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004) concerne le recours à des soins imprévus ou inopinés dans un Etat où la personne n'est ni assurée ni résidente.

Au surplus, selon le développement présenté ci-dessus, une personne assurée en Suisse, mais résidant dans un Etat membre de l'UE, doit être traitée de la même manière qu'une personne résidant en Suisse. L'on peut ainsi dire que la notion «*comme si les personnes concernées étaient assurées en vertu de cette législation*» renvoie indirectement à la notion «*comme si les personnes concernées résidaient dans cet État membre*». Cela justifie d'autant plus que les cas d'urgence survenant durant un séjour temporaire en Suisse doivent être traités de manière égale avec les cas de personnes domiciliées en Suisse.⁸¹

- *Ist somit der Grundsatz der Gleichbehandlung nach Art. 3 für sich allein nicht genügend, um eine Berücksichtigung des Wohnsitzkriteriums auszuschliessen?*

Si. Nous avons expliqué ci-dessus que la prise en compte du critère du domicile par l'article 17 al. 3 let. a LTx est contraire au Règlement (CEE) n° 1408/71 et au Règlement (CE) n° 883/2004.

- *Sieht die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 die gleichen Formulierungen vor, wie die Art. 20 und 22 der Verordnung 1408/71?*

Oui. Les articles 18 et 19 du Règlement (CE) n° 883/2004 reprennent les formulations «*comme si les personnes concernées résidaient dans cet État membre*» (article 18) et «*comme si les personnes concernées étaient assurées en vertu de cette législation*» (article 19).

⁸¹ A condition bien évidemment que la personne tombe dans le champ d'application personnel du Règlement (CE) n° 883/2004.

4. Conclusions

Les questions supplémentaires à l'origine du présent avis de droit concernent deux situations différentes, qui sont les deux soumises au principe de l'égalité de traitement entre personnes domiciliées en Suisse et une autre catégorie de personnes qui sont ressortissants d'un Etat membre de l'UE:

- *1^{ère} situation: concerne des personnes bénéficiant d'un droit d'option en ce qui concerne le lieu du traitement et pouvant suivre un traitement en Suisse (personnes assurées en Suisse, mais résidant dans un Etat membre de l'UE).*

L'article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004 (en lien avec les annexes III et IV) impose une égalité de traitement entre les personnes domiciliées en Suisse et toutes les personnes assurées en Suisse, mais résidant dans un Etat membre de l'UE. Ces personnes-là ont droit aux prestations de maladie aux mêmes conditions que les personnes domiciliées en Suisse. Cette égalité de traitement s'applique également dans le contexte de l'allocation des organes.

- *2^{ème} situation: concerne des personnes bénéficiant d'un droit à l'entraide internationale en matière de prestations de maladie (personnes non domiciliées et non assurées en Suisse, lors d'un séjour temporaire en Suisse).*

L'article 19 du Règlement (CE) n° 883/2004 impose une égalité de traitement entre les personnes domiciliées en Suisse et toutes les personnes qui ont droit à l'entraide internationale en matière de prestations de maladie au sens dudit règlement, lorsque les conditions pour une telle entraide internationale sont remplies.

Les conditions pour une entraide internationale en matière de prestations de maladie sont les suivantes: (a) il doit s'agir de soins qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical pendant le séjour; (b) le patient concerné ne s'est pas déplacé dans le but de recevoir des soins, d'où l'expression de soins imprévus ou inopinés. Lorsque ces conditions sont remplies, un ressortissant d'un Etat membre de l'UE non assuré et non domicilié en Suisse doit pouvoir bénéficier des prestations de maladie comme s'il était assuré en Suisse.

Dans le contexte de l'allocation d'organes, l'entraide internationale en matière de prestations de maladie concerne des cas d'urgence, donc principalement des cas de défaillance hépatique ou cardiaque. Dans un tel cas d'urgence lors d'un séjour temporaire en Suisse, les personnes non domiciliées (et non assurées) en Suisse doivent bénéficier d'une égalité de traitement par rapport aux personnes domiciliées en Suisse.

Dans une situation d'urgence, les organes disponibles doivent ainsi être alloués selon les critères prévus à l'article 18 LTx,⁸² sans tenir compte du domicile des personnes concernées. La formulation de l'article 17 al. 3 let. a LTx, qui prévoit qu'en cas d'urgence une personne non

⁸² Il s'agit principalement des trois critères suivants: l'urgence médicale de la transplantation, l'efficacité de la transplantation du point de vue médical, et le délai d'attente.

domiciliée en Suisse peut se voir allouer un organe uniquement si aucun patient domicilié en Suisse n'est dans la même situation, n'est pas compatible avec le Règlement (CE) n° 883/2004. En cas d'urgence, les seuls critères pertinents sont les critères mentionnés à l'article 18 LTx.

Bibliographie

COMMISSION ADMINISTRATIVE POUR LA COORDINATION DES SYSTEMES DE SECURITE SOCIALE, *Décision S3 définissant les prestations visées par l'article 19, paragraphe 1, et l'article 27, paragraphe 1, du règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil, ainsi que par l'article 25, section A, paragraphe 3, du règlement (CE) no 987/2009 du Parlement européen et du Conseil*, 12 juin 2009, C106 du 24.04.2010, p. 40, http://www.cleiss.fr/reglements/cacsss/Dec_S3fr.pdf (cité: COMMISSION ADMINISTRATIVE POUR LA COORDINATION DES SYSTEMES DE SECURITE SOCIALE, *Décision S3 du 12 juin 2009*).

COMMISSION EUROPEENNE, *La coordination des soins de santé en Europe - Droits des personnes assurées et des membres de leur famille selon les règlements (CE) n° 883/2004 et (CE) n° 987/2009*, Luxembourg 2011 (cité: COMMISSION EUROPEENNE, *Soins de santé*).

CONSEIL FEDERAL, *Commentaire et contenu des modifications: ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal)*, 2 novembre 2011, http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06368/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCKdoN_gWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: CONSEIL FEDERAL, *Commentaire modifications OAMal*).

CONSEIL FEDERAL, *Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal), modifications du 3 novembre 2011 (version provisoire)*, 2 novembre 2011, http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06368/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCKdoR2fWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: CONSEIL FEDERAL, *Modifications OAMal (version provisoire)*).

CONSEIL FEDERAL, *Projet de modification de la loi sur la transplantation*, 29 juin 2011, http://www.bag.admin.ch/transplantation/00694/01739/11989/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCKdIF7g2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: CONSEIL FEDERAL, *Projet de modification LTx*).

CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules*, 29 juin 2011, http://www.bag.admin.ch/transplantation/00694/01739/11989/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2YUq2Z6gpJCKdIF8e2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: CONSEIL FEDERAL, *Rapport explicatif LTx*).

CUENI STEPHAN/FRECHELIN KATI, *Libre circulation et assurances sociales: développement des relations entre la Suisse et l'UE*, Sécurité sociale CHSS, 2010(2), p. 57-61.

FILLON JEAN-CLAUDE, *Soins de santé transfrontaliers: vers une coordination des deux voies de mobilité des patients*, in: COMMISSION EUROPEENNE (Ed.), *50 ans de coordination de la sécurité sociale: Passé - Présent - Futur: Rapport de la conférence célébrant le 50e anniversaire de la coordination européenne de la sécurité sociale (Prague, 7 et 8 mai 2009)*, Luxembourg 2010, p. 227-251.

GROLIMUND NINA, *Mobilité des patients en Europe*, Sécurité sociale CHSS, 2010(2), p. 72-75.

HUSMANN MANFRED, *Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 VO 1408/71 und Art. 4 und 5 VO 883/2004*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht, 2010, Vol. 9(3), p. 97-106.

KAHIL-WOLFF BETTINA, *Le Règlement CE 883/04 et son règlement d'application, quels avantages pour les assurés?*, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 2008(40), p. 43-56 (cité: KAHIL-WOLFF, *Règlement*).

KAHIL-WOLFF BETTINA, *La nouvelle coordination sociale européenne (Règlements 883/2004 et 987/2009): répercussions sur la sécurité sociale en Suisse*, in, *Journées du droit de la circulation routière*, Berne 2010, p. 99-116 (cité: KAHIL-WOLFF, *Coordination*).

MADER MELANIE/GUILLOD OLIVIER/DESPLAND BEATRICE, *Avis de droit sur l'allocation d'organes à des personnes non domiciliées en Suisse au regard de l'Accord sur la libre circulation des personnes*, Neuchâtel Février 2011, http://www.bag.admin.ch/transplantation/00694/01739/index.html?lang=fr&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042I2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCJfIF8gWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: MADER/GUILLOD/DESPLAND, *Avis de droit*).

RIONDEL BESSON GUYLAINE, *Evolution de la coordination des régimes légaux de sécurité sociale: le nouveau règlement 883/2004*, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 2011(46), p. 63-89.