

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

Mélanie Mader
LL.M., docteure en droit

sous la supervision de

Béatrice Despland
professeure
et
Olivier Guillod
*professeur, directeur de l'Institut de droit de la santé,
Neuchâtel*

Février 2011

Table des matières

1. INTRODUCTION	5
1.1. MANDAT	5
1.2. PLAN.....	6
2. SIGNIFICATION ET PORTEE DES ARTICLES 17 ET 21 DE LA LOI SUR LA TRANSPLANTATION	8
2.1. INSCRIPTION SUR LA LISTE D'ATTENTE	8
2.1.1. <i>Projet du Conseil fédéral</i>	8
2.1.2. <i>Travaux parlementaires</i>	8
2.1.3. <i>Article 21 de la loi sur la transplantation</i>	8
2.1.4. <i>Ordonnance sur la transplantation</i>	9
2.1.5. <i>Question d'une inscription à plusieurs listes d'attente</i>	11
2.2. ATTRIBUTION D'ORGANES	11
2.2.1. <i>Projet du Conseil fédéral</i>	11
2.2.2. <i>Travaux parlementaires</i>	12
2.2.3. <i>Article 17 de la loi sur la transplantation</i>	12
2.3. CRITERE DU DOMICILE AU SENS DES ARTICLES 17 ET 21 DE LA LOI SUR LA TRANSPLANTATION.....	13
2.3.1. <i>Généralités</i>	13
2.3.2. <i>Situation des frontaliers</i>	13
2.3.3. <i>Volonté délibérée du Parlement fédéral</i>	14
2.3.4. <i>Conclusion</i>	15
3. ACCORD ENTRE LA SUISSE ET L'UNION EUROPEENNE SUR LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES.....	16
3.1. GENERALITES	16
3.2. PERSONNES COUVERTES.....	16
3.3. PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION	16
3.4. COORDINATION DES SYSTEMES DE SECURITE SOCIALE	17
3.5. EXCURSUS	18
3.5.1. <i>Convention AELE révisée</i>	18
3.5.2. <i>Conventions bilatérales de sécurité sociale</i>	19
4. REGLEMENTS (CEE) N° 1408/71 ET 574/72	20
4.1. GENERALITES	20
4.2. DEFINITIONS	20
4.2.1. <i>Travailleur frontalier</i>	20
4.2.2. <i>Membre de la famille</i>	21
4.2.3. <i>Réfugié</i>	21
4.2.4. <i>Apatride</i>	21
4.2.5. <i>Résidence</i>	22
4.2.6. <i>Séjour</i>	22
4.3. CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL	22
4.3.1. <i>Au sens de l'article 2 du Règlement (CEE) n° 1408/71</i>	22
4.3.2. <i>Extension du champ d'application personnel par le Règlement (CE) n° 859/2003</i>	23
4.4. CHAMP D'APPLICATION MATERIEL	25

4.4.1.	<i>Généralités</i>	25
4.4.2.	<i>Prestations de maladie</i>	25
4.4.3.	<i>Transplantation d'organes?</i>	25
4.5.	PRINCIPE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT	27
4.5.1.	<i>Généralités</i>	27
4.5.2.	<i>Discrimination directe et indirecte</i>	27
4.5.3.	<i>Conséquences d'une discrimination</i>	30
4.5.4.	<i>Allocation d'organes</i>	30
4.6.	ASSUJETTISSEMENT A L'ASSURANCE.....	31
4.6.1.	<i>Principe</i>	31
4.6.2.	<i>Exceptions</i>	32
4.6.3.	<i>Conclusion</i>	33
4.7.	ACCES AUX PRESTATIONS DE MALADIE	33
4.7.1.	<i>Résidence dans un Etat autre que l'Etat d'affiliation: le principe</i> 34	
4.7.2.	<i>Frontaliers</i>	35
4.7.3.	<i>Membres de la famille du frontalier</i>	36
4.7.4.	<i>Accord spécial avec certains pays</i>	36
4.7.5.	<i>Urgence à l'étranger</i>	37
4.7.6.	<i>Patients « autorisés »</i>	38
4.7.7.	<i>Patients souhaitant obtenir un traitement médical à l'étranger</i> <i>sans autorisation (arrêt Kohll)</i>	38
4.7.7.1.	<i>Généralités</i>	38
4.7.7.2.	<i>Arrêt Kohll</i>	39
4.7.7.3.	<i>Pertinence pour la Suisse</i>	40
4.7.8.	<i>Frontalier non ressortissant de l'UE</i>	41
4.8.	IMPLICATIONS DES REGLES D'ASSUJETTISSEMENT ET D'ACCES AUX PRESTATIONS DANS LE CONTEXTE DE LA TRANSPLANTATION D'ORGANES	42
4.8.1.	<i>Frontaliers et résidents de certains Etats membres de l'UE</i> <i>assurés obligatoirement en Suisse</i>	42
4.8.2.	<i>Autres personnes assurées obligatoirement en Suisse</i>	43
4.8.3.	<i>Personnes résidant et travaillant dans un Etat membre de l'UE</i> 43	
4.8.4.	<i>R ressortissants d'Etats tiers</i>	44
4.8.5.	<i>Conclusion</i>	44
5.	ACCES A LA TRANSPLANTATION EN TANT QUE PRESTATION DE MALADIE ET ALLOCATION D'ORGANES	46
5.1.	GENERALITES	46
5.2.	CONTEXTE DE PENURIE	46
5.3.	CRITERE DU DOMICILE DANS L'ALLOCATION D'ORGANES: APPRECIATION ..	47
5.3.1.	<i>But et objectif de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71</i> ...	47
5.3.2.	<i>Tendance générale de neutralisation des critères de domicile</i>	48
5.3.3.	<i>Discrimination indirecte injustifiée dans ce contexte</i>	48
5.3.4.	<i>Comparaison avec la réduction des primes d'assurance-maladie</i> <i>pour les personnes de condition économique modeste</i>	50
5.3.5.	<i>Argument du tourisme de transplantation</i>	51
5.3.6.	<i>Solidarité entre donneurs et receveurs</i>	51
5.4.	CONCLUSION	52
6.	REGLEMENTS (CE) N° 883/2004 ET 987/2009	54

6.1.	GENERALITES	54
6.2.	PRINCIPALES NOUVEAUTES	54
6.2.1.	<i>Extension du champ d'application personnel des règles de coordination</i>	<i>54</i>
6.2.2.	<i>Extension du principe de l'égalité de traitement</i>	<i>55</i>
6.2.3.	<i>Assouplissement des règles sur l'accès aux soins</i>	<i>55</i>
6.3.	IMPLICATIONS POUR LA SUISSE EN CAS DE REPRISE	55
7.	DEVELOPPEMENTS RECENTS EN DROIT COMMUNAUTAIRE	58
7.1.	DIRECTIVE RELATIVE AUX ORGANES	58
7.2.	DIRECTIVE RELATIVE AUX DROITS DES PATIENTS	59
7.2.1.	<i>Généralités</i>	<i>59</i>
7.2.2.	<i>Éléments principaux</i>	<i>59</i>
7.2.3.	<i>Exclusion de la transplantation d'organes</i>	<i>60</i>
7.2.4.	<i>Analyse par rapport à la situation des frontaliers</i>	<i>61</i>
8.	PRATIQUE RELATIVE A L'ALLOCATION D'ORGANES DANS CERTAINS ETATS MEMBRES DE L'UE	62
8.1.	TABLEAU	62
8.2.	«EUROTRANSPLANT POLICY ON REGISTRATION OF NON-RESIDENT PATIENTS»	64
9.	ACCORD CONCLU AVEC LE LIECHTENSTEIN	66
9.1.	GENERALITES	66
9.2.	ARTICLES 1 ET 2 DE L'ACCORD	66
10.	SYNTHESE ET CONCLUSIONS	68
	BIBLIOGRAPHIE	76

1. Introduction

1.1. Mandat

L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) souhaite obtenir un avis de droit sur la situation juridique des frontaliers et de leurs proches, c'est-à-dire des personnes non domiciliées en Suisse mais assurées contre la maladie selon le droit suisse (LAMal¹), relativement à l'allocation d'organes en médecine de transplantation.

Un bref document élaboré par l'OFSP et intitulé «*Rechtsgutachten Personenfreizügigkeitsabkommen und Zugang zu Organen*» énonce les deux questions suivantes:

1. *Werden Personen, die nicht in der Schweiz wohnen, aber hier krankenversichert sind (z.B. erwerbstätige oder ehemals erwerbstätige Personen und deren nichterwerbstätige Angehörigen) aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens (und der Verordnung EWG 1408/71) bei der Zuteilung von Organen in der Schweiz wohnhaften Personen gleichgestellt? Wenn ja, ergibt sich daraus einen Anspruch auf ein Organ?*
2. *Wenn ja, welcher Personenkreis wird erfasst? Alle Personen, die in einem EU-Mitgliedstaat wohnen oder nur Staatsangehörige eines EU-Mitgliedstaats und Staatenlose oder Flüchtlinge, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen (Art. 2 der Verordnung)? Fällt z.B. eine in einem EU-Land wohnhafte Person mit indischer Nationalität, die in der Schweiz als Grenzgänger erwerbstätig ist, unter den erfassten Personenkreis?*

Pour répondre à ces deux questions, les trois auteurs ont analysé notamment les points suivants, tel qu'annoncé dans l'offre soumise à l'OFSP en novembre 2010:

- Signification et portée des articles 17 et 21 de la loi fédérale sur la transplantation²;
- Analyse des Règlements (CEE) n° 1408/71³ et 574/72⁴ (883/2004 et 987/2009) de l'Union européenne et de l'Accord entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes⁵;

¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10, RO 1995 1328 (cité: LAMal).

² Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, RS 810.2, RO 2007 1935 (cité: loi sur la transplantation ou LTx).

³ Règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Adapté selon l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part (avec annexes), RS 0.831.109.268.1, RO 2004 121 (cité: Règlement 1408/71).

⁴ Règlement (CEE) no 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) no 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Adapté selon l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part (avec annexes), RS 0.831.109.268.11, RO 2005 3909 (cité: Règlement 574/72).

- Répercussion de ces textes en matière d'allocation d'organes en médecine de transplantation et en matière de prise en charge de la transplantation par l'assurance obligatoire des soins suisse (LAMal).

1.2. Plan

Le présent avis de droit sur l'allocation d'organes à des personnes non domiciliées en Suisse commence (ch. 2) par analyser la signification et la portée des articles 17 et 21 de la Loi fédérale sur la transplantation (ci-dessous : LTx).

Après un rappel très bref des aspects principaux de l'Accord conclu entre la Suisse et l'Union européenne (ci-dessous : UE) sur la libre circulation des personnes (ch. 3), l'avis expose en détail le fonctionnement des Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 (ch. 4). Il traite notamment de la question des champs d'application personnel (ch. 4.3) et matériel (ch. 4.4) de ces règlements ainsi que du principe de l'égalité de traitement (ch. 4.5), de l'assujettissement à l'assurance (ch. 4.6) et de l'accès aux prestations de maladie (ch. 4.7). Sur la base de ces éléments théoriques, l'avis se penche ensuite sur les implications des règles d'assujettissement et d'accès aux prestations dans le contexte de la transplantation d'organes puis il présente la situation des différentes catégories de personnes concernées (ch. 4.8). A ce sujet, il analyse plus particulièrement la question de savoir si les règles d'allocation et le critère de domicile retenus par la Suisse dans ce contexte sont compatibles avec l'Accord conclu entre la Suisse et l'Union européenne (ci-dessous : ALCP) sur la libre circulation des personnes ainsi qu'avec les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72.

Le présent avis de droit étudie ensuite l'accès à la transplantation en tant que prestation de maladie ainsi que l'allocation d'organes dans une situation de pénurie (ch. 5). Il expose notamment comment le droit d'accès à une prestation médicale s'intègre dans un contexte où cette prestation est confrontée à une pénurie (ch. 5.2) et analyse la question de savoir si une telle pénurie permet d'introduire un critère de domicile pour l'allocation d'organes (ch. 5.3).

Le présent avis de droit aborde encore les principales nouveautés apportées par les Règlement (CE) n° 883/2004 et 987/2009, qui remplacent les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 dans les vingt-sept Etats membres de l'UE (ch. 6.2). Il analyse également les implications pour le raisonnement tenu en droit positif pour l'allocation d'organes qu'aurait la reprise de ces deux règlements par la Suisse (ch. 6.3). En outre, l'avis présente brièvement quelques développements récents en droit communautaire qui touchent à la transplantation d'organes (ch. 7.1) et à la mobilité des patients en Europe (ch. 7.2).

⁵ 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, RS 0.142.112.681, RO 2002 1529.

Avant de se terminer par une série de conclusions (ch. 10), l'avis aborde encore brièvement la pratique relative à l'allocation d'organes suivie dans certains Etats membres de l'UE (ch. 8) ainsi que l'Accord conclu entre la Suisse et le Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une transplantation (ch. 9).

2. Signification et portée des articles 17 et 21 de la loi sur la transplantation

En vertu de la loi sur la transplantation, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007, le processus d'attribution d'organes (chapitre 2, section 4) se déroule en deux étapes: premièrement, l'inscription sur la liste d'attente (article 21 LTx), et, deuxièmement, l'allocation d'organes aux personnes inscrites sur la liste d'attente (article 17 LTx).

2.1. Inscription sur la liste d'attente

2.1.1. Projet du Conseil fédéral

Selon le projet de loi présenté par le Conseil fédéral le 12 septembre 2001,⁶ la liste d'attente suisse est ouverte à toute personne ayant besoin d'un organe et répondant à certains critères médicaux (article 20 al. 1 du projet de loi). Il appartient aux centres de transplantation de désigner les personnes qui seront inscrites sur la liste d'attente (inscription décentralisée des patients; article 20 al. 1 du projet de loi). Selon le Conseil fédéral, seuls des critères médicaux devraient déterminer l'inscription sur la liste d'attente.⁷

2.1.2. Travaux parlementaires

Les Chambres fédérales, inquiètes de la possibilité d'un tourisme de transplantation vers la Suisse, décident de restreindre l'accès à la liste d'attente suisse. Elles modifient le projet de loi du Conseil fédéral, en prévoyant que «*[l]a liste d'attente est ouverte aux personnes domiciliées en Suisse. Le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles les personnes non domiciliées en Suisse peuvent y être inscrites*» (article 21 al. 1 LTx).

2.1.3. Article 21 de la loi sur la transplantation

Au sens de l'article 21 LTx (intitulé «*Liste d'attente*»),

¹ *La liste d'attente est ouverte aux personnes domiciliées en Suisse. Le Conseil fédéral fixe les conditions auxquelles les personnes non domiciliées en Suisse peuvent y être inscrites.*

² *Les centres de transplantation désignent les personnes qui sont inscrites sur la liste d'attente et celles qui en sont radiées. Leurs décisions se fondent uniquement sur des raisons médicales. L'art. 17, al. 1, est applicable par analogie.*

⁶ Message du Conseil fédéral du 12 septembre 2001 concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, FF 2002, p. 19-246 (cité: Message concernant la loi sur la transplantation); projet du Conseil fédéral du 12 septembre 2001 relatif à une loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, FF 2002, p. 247-270 (cité: Projet relatif à une loi sur la transplantation).

⁷ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 150.

³ *Les centres de transplantation communiquent leurs décisions avec les données nécessaires au service national des attributions.*

⁴ *Le Conseil fédéral décrit précisément:*

a. les raisons médicales visées à l'al. 2;

b. les données nécessaires visées à l'al. 3.

Le Parlement fédéral introduit ainsi le principe du domicile («*Wohnsitzprinzip*») pour l'inscription sur la liste d'attente. Autrement dit, les personnes domiciliées en Suisse sont favorisées par rapport aux personnes résidant à l'étranger en ce qui concerne l'accès à la liste d'attente.

La nationalité du patient n'est pas un critère valable en ce qui concerne l'inscription sur la liste d'attente.⁸ La loi sur la transplantation n'y fait pas référence à juste titre. Par contre, le domicile du patient entre en ligne de compte. L'article 13 al. 1 de la Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (ci-dessous : LPGA⁹) prévoit que «*[l]e domicile d'une personne est déterminé selon les art. 23 à 26 du code civil*». Par domicile, on entend dès lors le lieu où une personne réside avec l'intention de s'y établir (article 23 CC¹⁰). Le lieu où elle réside est considéré comme son domicile lorsque l'existence d'un domicile antérieur ne peut être établie ou lorsqu'elle a quitté son domicile à l'étranger et n'en a pas acquis un nouveau en Suisse (article 24 al. 2 CC).

Le Conseil fédéral dispose de la possibilité de prévoir des exceptions au principe du domicile. Selon l'article 21 al. 1 LTx, c'est le Conseil fédéral qui décide quelles personnes non domiciliées en Suisse peuvent être inscrites sur la liste d'attente. Cette compétence est concrétisée à l'article 4 de l'ordonnance du 16 mars 2007 sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation.¹¹ Les Chambres fédérales ont accordé cette compétence au Conseil fédéral dans l'intention de tenir compte, notamment, de la situation des frontaliers.¹²

2.1.4. Ordonnance sur la transplantation

L'ordonnance sur l'attribution d'organes précise les conditions générales d'inscription sur la liste d'attente (article 3). Elle prévoit en outre les conditions supplémentaires applicables aux personnes non domiciliées en Suisse (article 4).

En vertu de l'article 4 de l'ordonnance sur l'attribution d'organes, «*[l]es personnes non domiciliées en Suisse sont inscrites sur la liste d'attente si elles remplissent les conditions fixées à l'art. 3 et si:*

⁸ OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Attribution*, p. 7.

⁹ Du 6 octobre 2000, RS 830.1, RO 2002 3371.

¹⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210, RO 24 245.

¹¹ Ordonnance du 16 mars 2007 sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation, RS 810.212.4, RO 2007 1995 (cité: Ordonnance sur l'attribution d'organes).

¹² Cf. par exemple BO 2004 CE 192.

- a. *elles doivent subir une transplantation qui relève d'une urgence médicale pendant leur séjour en Suisse;*
- b. *elles sont tenues de s'assurer en vertu de l'art. 1 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie; ou si*
- c. *elles sont domiciliées dans la zone frontalière et ont été prises en charge médicalement par un hôpital suisse pendant un certain temps».*

En vertu de l'article 1 al. 2 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie,¹³ sont tenues de s'assurer:

- a. *les ressortissants étrangers qui disposent d'une autorisation de courte durée ou d'une autorisation de séjour, au sens des art. 32 et 33 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), valable au moins trois mois;*
- b. *les ressortissants étrangers exerçant une activité dépendante et dont l'autorisation de courte durée est valable moins de trois mois, lorsqu'ils ne bénéficient pas d'une couverture d'assurance équivalente pour les traitements en Suisse;*
- c. *les personnes qui ont déposé une demande d'asile en Suisse conformément à l'art. 18 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi), les personnes qui se sont vu accorder la protection provisoire selon l'art. 66 LAsi et les personnes pour lesquelles une admission provisoire a été décidée conformément à l'art. 83 LEtr;*
- d. *les personnes qui résident dans un Etat membre de la Communauté européenne et qui sont soumises à l'assurance suisse en vertu de l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes) et de son annexe II, mentionnés à l'art. 95a, let. a, de la loi;*
- e. *les personnes qui résident en Islande ou en Norvège et qui sont soumises à l'assurance suisse en vertu de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (Accord AELE), de son annexe K et de l'appendice 2 de l'annexe K, mentionnés à l'art. 95a, let. b, de la loi;*
- f. *les personnes qui disposent d'une autorisation de séjour de courte durée ou d'une autorisation de séjour conformément à l'Accord sur la libre circulation des personnes ou à l'Accord AELE, valable au moins trois mois;*
- g. *les personnes qui exercent une activité lucrative en Suisse pendant trois mois au plus et qui, en vertu de l'Accord sur la libre circulation des personnes ou de l'Accord AELE, n'ont pas besoin d'une autorisation de séjour, lorsqu'elles ne bénéficient pas d'une couverture d'assurance équivalente pour les traitements en Suisse».*

Toutes ces catégories de personnes doivent ainsi être inscrites sur la liste d'attente comme les personnes domiciliées en Suisse, dans l'hypothèse où elles remplissent les critères médicaux. Il en va de même des personnes domiciliées dans la zone frontalière et ayant été prises en charge par un

¹³ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102, RO 1995 3867 (cité: OAMal).

hôpital suisse pendant un certain temps (article 4 let. c de l'ordonnance sur l'attribution d'organes).

La situation des frontaliers qui nous intéresse dans le cadre du présent avis de droit concerne principalement la lettre d de l'article 1 al. 2 OAMal, c'est-à-dire *«les personnes qui résident dans un Etat membre de la Communauté européenne et qui sont soumises à l'assurance suisse en vertu de l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes (Accord sur la libre circulation des personnes) et de son annexe II»*.

2.1.5. Question d'une inscription à plusieurs listes d'attente

Vu la mobilité accrue des patients en Europe, il faut se poser la question d'une inscription simultanée à plusieurs listes d'attente, dans le cas notamment de personnes résidant dans un Etat et étant assurées dans un autre.

Le principe de l'inscription sur une seule liste d'attente est appliqué de façon généralisée en Europe.¹⁴ L'ordonnance sur l'attribution d'organes reprend ce principe. En vertu de son article 3 al. 2^{bis}, *«[I]es patients dont le nom figure sur une liste d'attente établie à l'étranger ne sont pas inscrits sur la liste d'attente»*.

2.2. Attribution d'organes

Il se pose ensuite la question de savoir comment attribuer les organes parmi les personnes inscrites sur la liste d'attente.

2.2.1. Projet du Conseil fédéral

Selon l'article 16 (intitulé *«Non-discrimination»*) du projet de loi du Conseil fédéral, nul ne doit subir de discrimination lors de l'attribution d'un organe (al. 1). De plus, lors de l'attribution d'organes, les étrangers doivent être traités sur un pied d'égalité avec les Suisses. L'attribution d'un organe à un étranger non domicilié en Suisse ne peut être refusée que si une transplantation n'est pas absolument nécessaire à sa survie (al. 2).¹⁵

Le Conseil fédéral justifie ce traitement inégal entre personnes domiciliées en Suisse (de nationalité suisse ou étrangère) et ressortissants étrangers non domiciliés en Suisse en invoquant deux arguments: d'une part, le risque d'un tourisme en matière de transplantation vers la Suisse, et, d'autre part, le

¹⁴ NYS, p. 431.

¹⁵ Selon le projet de loi du Conseil fédéral, les Suisses de l'étranger (*«Auslandschweizer»*) devraient par contre être traités comme les personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne l'allocation d'organes. Cf. à ce sujet par exemple les discussions au sein de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 19 février 2004.

phénomène de la pénurie d'organes.¹⁶ L'attribution d'organes a lieu de façon centralisée au niveau national. Elle est gérée par *Swisstransplant* (article 18 du projet de loi, article 19 LTx).

2.2.2. Travaux parlementaires

Les Chambres fédérales, préoccupées encore une fois par le tourisme de transplantation, modifient le projet de loi en le rendant plus restrictif en ce qui concerne les personnes non domiciliées en Suisse. Comme l'inscription sur la liste d'attente (article 21 LTx), l'allocation d'organes est ainsi régie par le principe du domicile (article 17 LTx).

2.2.3. Article 17 de la loi sur la transplantation

En vertu de l'article 17 LTx (toujours intitulé «*Non-discrimination*»!), nul ne doit être discriminé lors de l'attribution d'un organe (al. 1). De plus, lors de l'attribution d'organes, les personnes domiciliées en Suisse doivent être traitées de manière égale (al. 2).

Il n'en va pas de même des personnes non domiciliées en Suisse. L'article 17 al. 3 LTx prévoit qu' «*[u]n organe disponible est attribué à une personne non domiciliée en Suisse inscrite sur la liste d'attente conformément à l'art. 21, al. 1:*

- 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;*
- b. *si la transplantation n'est pas urgente mais qu'il n'y a aucun receveur domicilié en Suisse».*

La nationalité du patient n'étant pas un critère valable en ce qui concerne l'allocation d'organes, la loi sur la transplantation n'y fait pas référence. Par contre, le critère du domicile entre en ligne de compte.

Les personnes domiciliées en Suisse sont ainsi favorisées par rapport aux personnes résidant à l'étranger. Autrement dit, lors de l'attribution d'un organe, les personnes non domiciliées en Suisse ne sont pas mises sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse, **sans exception**. En effet, le Parlement fédéral n'a pas donné au Conseil fédéral la compétence de prévoir des exceptions au principe du domicile dans ce contexte. A la différence de l'inscription sur la liste d'attente, aucune possibilité n'est prévue par l'article 17 LTx ou l'ordonnance sur l'attribution d'organes permettant de traiter les frontaliers de façon égale aux personnes domiciliées en Suisse. L'ordonnance sur l'attribution d'organes ne contient aucune précision de l'article 17 LTx et ne concrétise pas la question de l'attribution d'organes aux personnes non domiciliées en Suisse.

¹⁶ Message concernant la loi sur la transplantation, p. 146.

Le Parlement a ajouté finalement un alinéa 4 à l'article 17 LTx prévoyant que «[n]ul ne peut se prévaloir d'un droit à l'attribution d'un organe».

2.3. Critère du domicile au sens des articles 17 et 21 de la loi sur la transplantation

2.3.1. Généralités

Dans son projet de loi, le Conseil fédéral a voulu garantir le principe de non-discrimination et a proposé de prendre en compte seulement les critères médicaux pour l'inscription sur la liste d'attente. Pour ce qui est de l'attribution d'organes, il a jugé nécessaire d'empêcher le tourisme médical en matière de transplantation, en insérant un certain tri entre personnes (de nationalité suisse et étrangère) domiciliées en Suisse et ressortissants étrangers non domiciliés en Suisse.¹⁷ Selon le projet du Conseil fédéral, un tel traitement différencié était censé intervenir seulement à ce deuxième stade, au moment de l'attribution d'organes.

Le Parlement fédéral (l'idée apparaît d'ailleurs dans le cadre des discussions au sein des commissions parlementaires compétentes) a toutefois décidé de prévoir un tri lors des deux stades du processus, c'est-à-dire déjà lors de l'inscription sur la liste d'attente et encore une fois, de façon plus restrictive, lors de l'attribution d'organes. Il est important de souligner que la volonté exprimée lors des débats parlementaires (et au sein des deux commissions notamment) sur cette question était clairement d'empêcher le tourisme de transplantation.¹⁸

2.3.2. Situation des frontaliers

En ce qui concerne les frontaliers,¹⁹ la situation se présente ainsi de la façon suivante: les frontaliers - qu'ils soient étrangers ou suisses - peuvent être inscrits sur la liste d'attente, comme les personnes domiciliées en Suisse. Mais ensuite, dans le cadre de l'attribution d'organes, ils sont moins bien traités que les personnes domiciliées en Suisse. La solution adoptée par les Chambres fédérales a créé une situation quelque peu absurde ou incohérente: admettre les frontaliers sur la liste d'attente, de façon égale aux personnes domiciliées en Suisse, mais ensuite les désavantager au moment de l'attribution d'organes. Vu la situation de pénurie d'organes, ce désavantage à l'encontre des frontaliers prévu dans la loi au moment de l'attribution d'organes revient - en pratique - à les exclure quasiment de toute possibilité d'obtenir un organe.

¹⁷ Par contre, selon le projet de loi du Conseil fédéral, les Suisses de l'étranger («*Auslandschweizer*») devraient être traités comme les personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne l'allocation d'organes. Cf. à ce sujet par exemple les discussions au sein de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats du 19 février 2004.

¹⁸ Cf. par exemple BO 2003 CN 2067 s.; BO 2004 CE 192 s.

¹⁹ Selon l'Office fédéral de la statistique, 232'974 frontaliers de nationalité étrangère travaillaient en Suisse fin septembre 2010.

Cf. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/grenzgaenger.html>.

Cf. également OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Frontaliers*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/02/blank/data/05.html> (consultés le 14/02/2011).

Dans son rapport explicatif concernant l'ordonnance sur l'attribution d'organes, l'Office fédéral de la santé publique reconnaît d'ailleurs le phénomène des chances réduites des personnes non domiciliées en Suisse d'obtenir un organe: «L'art. 17, al. 3, de la loi sur la transplantation fixe les conditions auxquelles une personne non domiciliée en Suisse peut se voir attribuer un organe disponible. Les personnes domiciliées en Suisse étant généralement prioritaires, les personnes tierces n'ont qu'une chance réduite de recevoir un organe».²⁰ Cette situation défavorable des frontaliers a également été soulevée dans le cadre de la procédure d'audition portant sur les ordonnances d'exécution de la loi sur la transplantation lancée par le Département fédéral de l'Intérieur.²¹

Il paraît important de mentionner finalement qu'avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transplantation le 1^{er} juillet 2007, les frontaliers travaillant en Suisse et ayant contracté une assurance-maladie en Suisse bénéficiaient du même statut que les personnes domiciliées en Suisse, tant pour l'inscription sur la liste d'attente que pour l'attribution d'organes.²²

2.3.3. Volonté délibérée du Parlement fédéral

La question du statut des frontaliers dans le contexte de l'allocation d'organes revient à plusieurs reprises dans les discussions au sein des deux commissions parlementaires travaillant sur le projet de loi. Une majorité des parlementaires semble vouloir admettre les frontaliers sur la liste d'attente de façon égale aux personnes domiciliées en Suisse. D'où la possibilité créée à l'article 21 LTx qui accorde au Conseil fédéral la compétence de prévoir des exceptions au principe du domicile. En revanche, en ce qui concerne l'allocation d'organes, une majorité des parlementaires s'exprime très clairement pour favoriser les personnes domiciliées en Suisse. Le traitement inégal des frontaliers au niveau de l'allocation d'organes n'est donc pas un «accident législatif», mais résulte d'une volonté délibérée du législateur fédéral de favoriser les personnes domiciliées en Suisse. La question de la compatibilité de cette règle avec l'Accord sur la libre circulation des personnes est soulevée une fois, mais aucune réponse n'y est donnée.

La question du caractère adéquat de l'intitulé de l'article 17 LTx («*Non-discrimination*») a été abordée brièvement lors de la discussion au sein de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 30 juin 2004. Selon le parlementaire évoquant la question, l'article 17 LTx créerait une discrimination (voulue!) fondée sur la base du critère du domicile de la personne, ce qui nécessiterait une modification de l'intitulé de la disposition. La question n'a toutefois pas été discutée plus avant au sein de la commission, et elle est ainsi restée sans réponse.

²⁰ OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Attribution*, p. 8.

²¹ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, p. 16.

²² Motion 08.3519 «*Modifier la loi sur la transplantation*» déposée par la conseillère aux Etats LILIANE MAURY PASQUIER.

2.3.4. Conclusion

Sur la base du mandat qui fonde le présent avis de droit et des questions restées ouvertes dans le cadre des travaux parlementaires sur la loi sur la transplantation, nous analyserons ci-dessous la question de savoir si les règles d'allocation et le critère de domicile retenus par la Suisse dans ce contexte sont compatibles avec l'Accord conclu entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes ainsi qu'avec les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72.

3. Accord entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes

3.1. Généralités

L'Accord entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002.²³ L'ALCP contient quatre parties: l'Accord en tant que tel et trois annexes.

L'article 1 de l'ALCP prévoit que l'Accord a pour objectifs: «a) d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes; b) de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée; c) d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil; d) d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux».

3.2. Personnes couvertes

L'ALCP est applicable aux ressortissants suisses et aux ressortissants communautaires, sur le territoire des Etats membres de l'UE et en Suisse (article 1).

3.3. Principe de non-discrimination

L'article 2 de l'ALCP consacre le principe de non-discrimination: «Les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne sont pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, discriminés en raison de leur nationalité».

La doctrine admet qu'il s'agit d'une disposition directement applicable, permettant donc à chaque personne en Suisse de s'en prévaloir devant un tribunal.²⁴

Pour les personnes tombant sous le champ d'application de l'ALCP, tout traitement différencié sur la base du critère de la nationalité est ainsi en principe interdit.²⁵ Autrement dit, lors de l'application de leur législation, les Etats membres de l'UE et la Suisse doivent traiter les ressortissants des autres Etats concernés par l'ALCP de la même manière que leurs propres ressortissants.

²³ 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, RO 2002 1529.

²⁴ GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 119.

²⁵ Pour plus de détails sur la non-discrimination au sens de l'article 2 ALCP, cf. IMHOF, *Personenverkehr*, p. 24 ss; BOILLET, p. 101 ss.

La loi sur la transplantation ne repose pas sur le critère de la nationalité, mais sur le critère du domicile. Il n'y a donc *a priori* aucune discrimination directe. Nous analyserons plus loin la question d'une éventuelle discrimination indirecte ou déguisée.²⁶

3.4. Coordination des systèmes de sécurité sociale

L'ALCP a un effet important dans le domaine de la sécurité sociale. Sans uniformiser les différents systèmes nationaux de sécurité sociale, l'ALCP prévoit un certain nombre de règles permettant de coordonner ces systèmes. Tant la Suisse que les Etats membres de l'UE conservent ainsi la structure, le genre et le montant de leurs prestations d'assurance.

L'article 8 de l'ALCP contient une disposition fondamentale sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Il prévoit que:

«Les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe II, la coordination des systèmes de sécurité sociale dans le but d'assurer notamment:

- a) l'égalité de traitement;*
- b) la détermination de la législation applicable;*
- c) la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales;*
- d) le paiement des prestations aux personnes résidant sur le territoire des parties contractantes;*
- e) l'entraide et la coopération administratives entre les autorités et les institutions».*

L'article 8 ALCP constitue ainsi la disposition de base en matière de coordination dans le domaine de la sécurité sociale.²⁷ Il établit les éléments principaux de la coordination, dont notamment l'égalité de traitement entre ressortissants suisses et ressortissants des Etats membres de l'UE et la conservation des droits acquis ou en cours d'acquisition.²⁸

Le but de la coordination est de garantir à toute personne qui change de pays pour des raisons professionnelles ou de domicile qu'elle ne subira de ce fait pas de désavantages au niveau de la sécurité sociale. Les règles de coordination mettent ainsi en œuvre la libre circulation des personnes.²⁹

Les différents éléments de la coordination sont concrétisés ensuite dans l'Annexe II de l'ALCP (intitulé «*Coordination des systèmes de sécurité sociale*»³⁰). L'article 15 ALCP précise que l'Annexe II fait partie intégrante de

²⁶ Cf. chiffres 4.5.2 et 5.3.3.

²⁷ Voir notamment GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 19 ss, 123 ss.

²⁸ RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 20.

²⁹ KAHIL-WOLFF, *Coordination*, p. 100.

³⁰ DOLESCHAL, *Circulation*, p. 121; IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 8; Message relatif aux accords sectoriels, p. 5624.

l'ALCP. C'est cette annexe qui rattache le système suisse de sécurité sociale au système de coordination en vigueur entre les Etats membres de l'UE.

L'article 1 de l'Annexe II prévoit l'application entre la Suisse et l'UE des règles de coordination communautaires, telles qu'adaptées par l'ALCP. Les actes communautaires qui forment le droit de coordination en matière de sécurité sociale sont essentiellement les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72.³¹ La Suisse applique donc en pratique les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72, avec certaines adaptations. Autrement dit, les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 font partie intégrante de la législation suisse.³²

L'article 95a LAMal traite de la relation avec le droit européen. Cette disposition, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, en même temps donc que l'ALCP, déclare applicables l'ALCP et le droit communautaire tel qu'adapté par l'ALCP, dont notamment les Règlements de coordination (CEE) n° 1408/71 et 574/72.

3.5. Excursus

Au-delà de l'ALCP et de son Annexe II, il est important de mentionner d'autres conventions pertinentes dans le domaine de la sécurité sociale.

3.5.1. Convention AELE révisée

La Convention instituant l'Association Européenne de Libre-Echange (citée: Convention AELE), du 21 juin 2001, est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002.³³ Elle s'applique aux ressortissants des quatre Etats suivants: Suisse, Islande, Liechtenstein et Norvège, s'agissant des relations entre ces Etats.³⁴

La Convention AELE règle principalement les relations commerciales entre les Etats de l'AELE. L'annexe K de la Convention AELE est largement «*calquée*» sur l'ALCP.³⁵ La Convention AELE comprend ainsi la même réglementation que l'ALCP conclu entre la Suisse et l'UE et prévoit notamment des règles de coordination dans le domaine de la sécurité sociale. Les raisonnements développés dans le cadre du présent avis de droit en lien

³¹ Règlement (CEE) no 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Adapté selon l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part (avec annexes), RS 0.831.109.268.1, RO 2004 121 (cité: Règlement 1408/71); Règlement (CEE) no 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) no 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. Adapté selon l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses Etats membres d'une part, et la Suisse d'autre part (avec annexes), RS 0.831.109.268.11, RO 2005 3909 (cité: Règlement 574/72).

³² GROLIMUND, *Mobilité*, p. 72. Sur la technique législative du renvoi («*Verweistechnik*») employée par la Suisse dans ce contexte, cf. IMHOF, *Personenverkehr*, p. 36 s.

³³ Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE) (avec annexes, acte final et déclarations), RS 0.632.31, RO 1960 635.

³⁴ Les relations entre la Suisse et le Liechtenstein connaissent toutefois certaines exceptions.

³⁵ BUCHER, *Soins*, p. 86.

avec l'ALCP et les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 s'appliquent donc en principe par analogie à la Convention AELE.

3.5.2. Conventions bilatérales de sécurité sociale

La Suisse a conclu des conventions bilatérales de sécurité sociale avec une majorité des Etats membres de l'UE. Les dispositions de l'ALCP remplacent en principe ces conventions bilatérales de sécurité sociale avec les Etats membres de l'UE.³⁶ En vertu de l'article 20 de l'ALCP, ces conventions sont suspendues dans la mesure où elles règlent la même matière.³⁷ Elles restent cependant applicables aux personnes non visées par l'ALCP, c'est-à-dire notamment les personnes qui n'ont jamais exercé d'activité professionnelle ainsi que, pour certaines dispositions, les personnes qui n'ont ni la citoyenneté suisse ni celle d'un Etat membre de l'UE (ressortissants d'Etats tiers).

Des conventions bilatérales de sécurité sociale existent également avec d'autres pays, dont l'Australie, la Bosnie-Herzégovine, le Canada, le Chili, la Croatie, les Etats-Unis, l'Inde, Israël, la Macédoine, le Monténégro, les Philippines, le Québec, Saint-Marin, la Serbie et la Turquie.³⁸ Seules les conventions passées avec le Chili, la Croatie et la Macédoine concernent toutefois l'assurance-maladie, les autres portant sur l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité.

Les ressortissants des deux Etats concernés, les réfugiés et les apatrides et, pour certaines dispositions, les ressortissants d'Etats tiers (par exemple en ce qui concerne l'entraide en matière de prestations dans l'assurance-maladie par rapport à l'Allemagne) entrent généralement dans le champ d'application personnel d'une convention bilatérale de sécurité sociale.³⁹

³⁶ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5465.

³⁷ BUCHER, *Freizügigkeitsabkommen*, p. 11. Cf. également les articles 6 à 8 du Règlement (CEE) n° 1408/71.

³⁸ Cf. <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/02123/index.html?lang=fr> (consulté le 14/02/2011). Pour plus d'informations sur le fonctionnement des conventions bilatérales, cf. IMHOF, *Sozialversicherungen*, p. 443 ss.

³⁹ Cf. <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/02123/index.html?lang=fr> (consulté le 14/02/2011).

4. Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72

4.1. Généralités

Les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 sont applicables en Suisse sur la base de l'Annexe II de l'ALCP conclu entre la Suisse et l'UE.⁴⁰ Ces deux règlements établissent des règles de coordination en matière de sécurité sociale, afin de simplifier la libre circulation des personnes.⁴¹ Ils tendent ainsi à corriger les restrictions ou traitements inégaux prévus par les législations nationales sur la base du critère de la nationalité.⁴² Leur objectif est de coordonner les différents systèmes nationaux de sécurité sociale, sans cependant les uniformiser ou les harmoniser.⁴³

La systématique du Règlement (CEE) n° 1408/71 correspond à celle d'une convention multilatérale de sécurité sociale. Ce règlement comprend essentiellement le droit matériel, tandis que le Règlement (CEE) n° 574/72 contient les règles d'application.⁴⁴

Au-delà de ces deux règlements, il faut mentionner également le Règlement (CEE) n° 1612/68, et notamment son article 7 ch. 2, qui prévoit que les salariés qui travaillent dans un Etat sans y résider bénéficient dans cet Etat des mêmes avantages sociaux que les autres travailleurs.⁴⁵ Selon le Conseil fédéral, cette disposition confirme, «[d]ans le domaine de la sécurité sociale au sens étroit, [...] les principes d'égalité de traitement».⁴⁶

4.2. Définitions

L'article 1 du Règlement (CEE) n° 1408/71 contient un certain nombre de définitions qui nous paraissent importantes dans le cadre du présent avis de droit.

4.2.1. Travailleur frontalier

L'article 1 let. b définit le terme «*travailleur frontalier*» comme «*tout travailleur salarié ou non salarié qui exerce son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et réside sur le territoire d'un autre Etat membre, où il retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine; cependant, le travailleur frontalier qui est détaché par l'entreprise dont il relève normalement ou qui effectue une prestation de services sur le territoire du même Etat membre ou d'un autre Etat membre conserve la qualité de travailleur frontalier pendant une durée n'excédant pas quatre mois, même si,*

⁴⁰ Article 1 de l'Annexe II de l'ALCP en relation avec la section A de cette annexe. Cf. également ATF 131 V 202, c. 2.2.1.

⁴¹ SIMON, p. 147. Cf. également l'arrêt de la CJCE du 18 novembre 2010 dans l'affaire C-247/09, *Alketa Xhymshiti contre Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach*, § 3.

⁴² Message relatif aux accords sectoriels, p. 5623.

⁴³ BUCHER, *Freizügigkeitsabkommen*, p. 17 s; IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 5.

⁴⁴ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5623.

⁴⁵ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5624.

⁴⁶ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5634.

au cours de cette durée, il ne peut pas retourner chaque jour ou au moins une fois par semaine au lieu de sa résidence».

La définition du frontalier au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71 se compose ainsi de plusieurs éléments déterminants:

- être un travailleur salarié ou non salarié;
- exercer son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et résider sur le territoire d'un autre Etat membre;
- retourner dans l'Etat de résidence en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine.

Selon cette définition, appliquée dans le contexte de la Suisse, la notion de frontalier ne se limite donc pas à des personnes domiciliées à l'étranger dans les régions limitrophes et exerçant une activité professionnelle en Suisse. Un travailleur frontalier peut en principe résider n'importe où sur le territoire d'un Etat membre de l'UE. D'un point de vue pratique, la plupart des travailleurs frontaliers en Suisse vivent néanmoins en France, en Italie, en Allemagne et en Autriche.⁴⁷

4.2.2. Membre de la famille

Au sens de l'article 1 let. f du Règlement (CEE) n° 1408/71, le terme *«membre de la famille»* désigne *«toute personne définie ou admise comme membre de la famille ou désignée comme membre du ménage par la législation au titre de laquelle les prestations sont servies ou, dans les cas visés à l'art. 22 par. 1 point a) et à l'art. 31, par la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside; toutefois, si ces législations ne considèrent comme membre de la famille ou du ménage qu'une personne vivant sous le toit du travailleur salarié ou non salarié ou de l'étudiant, cette condition est réputée remplie lorsque la personne en cause est principalement à la charge de ce dernier».*

4.2.3. Réfugié

Selon l'article 1 let. d du Règlement (CEE) n° 1408/71, le terme *«réfugié»* a *«la signification qui lui est attribuée à l'art. 1 de la convention relative au statut des réfugiés, signée à Genève le 28 juillet 1951».*

4.2.4. Apatride

En vertu de l'article 1 let. e du Règlement (CEE) n° 1408/71, le terme *«apatride»* a *«la signification qui lui est attribuée à l'art. 1 de la convention relative au statut des apatrides, signée à New York le 28 septembre 1954».*

⁴⁷ OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Frontaliers. également*
<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/02/blank/data/05.html>. Cf. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/02/blank/key/erwerbstaetige0/grenzgaenger.html>
(consultés le 14/02/2011).

4.2.5. Résidence

Au sens de l'article 1 let. h du Règlement (CEE) n° 1408/71, le terme «résidence» signifie le séjour habituel. L'Etat de résidence correspond donc à l'Etat où la personne concernée séjourne habituellement. Il faut noter que la résidence, comme d'ailleurs le séjour, constituent des notions de droit communautaire, et non pas de droit national.⁴⁸

4.2.6. Séjour

En vertu de l'article 1 let. i du Règlement (CEE) n° 1408/71, le terme «séjour» signifie le séjour temporaire, c'est-à-dire par exemple lors de vacances dans un Etat autre que l'Etat de résidence.

4.3. Champ d'application personnel

4.3.1. Au sens de l'article 2 du Règlement (CEE) n° 1408/71

L'article 2 du Règlement (CEE) n° 1408/71 traite du champ d'application personnel. En vertu du chiffre 1 de cette disposition, le règlement «s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants».⁴⁹

Le Règlement (CEE) n° 1408/71 vise ainsi les personnes qui ont exercé ou exercent une activité professionnelle en Suisse ou dans un Etat membre de l'UE et qui sont soit des **ressortissants des Parties contractantes** ou des personnes dont le statut de **réfugié** ou d'**apatride** a été reconnu.⁵⁰ La coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale est donc applicable non seulement aux ressortissants communautaires et suisses, mais également aux réfugiés et aux apatrides qui résident en Suisse ou dans un Etat membre de l'UE. Les membres de la **famille** et les survivants de ces catégories de personnes (ressortissants suisses et communautaires, apatrides et réfugiés) sont également couverts en ce qui concerne des droits dérivés, quelle que soit leur nationalité, c'est-à-dire même s'ils sont citoyens d'un Etat tiers.⁵¹

Le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 est donc en principe défini par deux critères:

⁴⁸ IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 57. Pour un exemple des critères relatifs à la résidence que le Tribunal fédéral a pris en considération, cf. ATF 131 V 222, c. 7.4.

⁴⁹ En vertu de l'article 1 ch. 2 de l'Annexe II de l'ALCP, «[l]e terme «Etat(s) membre(s)» figurant dans les actes auxquels il est fait référence à la section A de la présente annexe est considéré renvoyer, en plus des Etats couverts par les actes communautaires en question, à la Suisse».

⁵⁰ Cf. également IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 32 s.

⁵¹ DOLESCHAL, *Accord*, p. 71; BOILLET, p. 203 s. Sur la notion de «droits dérivés», cf. ATF 133 V 320, c. 5.

- exercer ou avoir exercé une activité lucrative en Suisse ou dans un Etat membre de l'UE (travailleurs salariés ou non salariés, bénéficiaires de rentes d'invalidité ou de vieillesse, chômeurs);
- être ressortissant de la Suisse ou d'un Etat membre de l'UE (critère de la nationalité; à l'exception des réfugiés et des apatrides résidant sur le territoire de l'UE ou de la Suisse).⁵²

Les membres de la famille sans activité lucrative d'une personne qui correspond à ces deux critères tombent dans le champ d'application du Règlement (CEE) n° 1408/71 (droits dérivés), indépendamment de leur nationalité.⁵³

Les **personnes sans activité lucrative** et les **ressortissants d'Etats tiers**, c'est-à-dire les personnes qui ne sont ni ressortissants suisses ni ressortissants d'un Etat membre de l'UE ne sont pas touchées par le Règlement (CEE) n° 1408/71. Ces personnes-là restent soumises, le cas échéant, aux conventions bilatérales de sécurité sociale conclues avec les pays concernés.

4.3.2. Extension du champ d'application personnel par le Règlement (CE) n° 859/2003

Avec l'entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003 du Règlement (CE) n° 859/2003,⁵⁴ le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 a été étendu aux ressortissants d'Etat tiers.⁵⁵

En vertu de l'article 1 du Règlement (CE) n° 859/2003, «*les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 s'appliquent aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants, dès lors qu'ils se trouvent en situation de résidence légale dans un Etat membre et dans des situations dont tous les éléments ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un seul Etat membre*». Lorsqu'un ressortissant d'un Etat tiers réside régulièrement à l'intérieur de l'UE, il bénéficie donc de la coordination des régimes de sécurité sociale des Etat membres de l'UE.⁵⁶

Il se pose ainsi la question de savoir si le Règlement (CEE) n° 859/2003 s'applique dans les relations entre la Suisse et l'UE. Le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 a-t-il été étendu pour la Suisse également?

⁵² IMHOF, *Arbeitnehmerbegriff*, p. 26.

⁵³ BOILLET, p. 203 s. Sur la notion de «*droits dérivés*», cf. ATF 133 V 320, c. 5.

⁵⁴ Règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil du 14 mai 2003 visant à étendre les dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 et du règlement (CEE) n° 574/72 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, JO L 124 du 20 mai 2003, p. 1–3.

⁵⁵ Cf. également l'arrêt de la CJCE du 18 novembre 2010 dans l'affaire C-247/09, *Alketa Xhymshiti contre Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach*, § 8.

⁵⁶ VAN RAEPENBUSCH, p. 75.

La Cour de justice des communautés européennes (ci-dessous: CJCE) s'est penchée sur la question de l'applicabilité du Règlement (CEE) n° 859/2003 pour la Suisse dans un arrêt du 18 novembre 2010.⁵⁷

La Cour rappelle tout d'abord l'article 1 de l'Annexe II de l'ALCP conclu entre la Suisse et l'UE qui prévoit que les «*Parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles, dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale, les actes communautaires auxquels il est fait référence tels qu'en vigueur à la date de la signature de l'accord et tels que modifiés par la section A de la présente annexe ou des règles équivalentes à ceux-ci*».

La section A de l'Annexe II fait référence tant au Règlement (CEE) n° 1408/71 qu'au Règlement (CEE) n° 574/72 en tant qu'actes communautaires applicables entre la Suisse et l'UE.⁵⁸ La Cour constate toutefois que tel n'est pas le cas pour le Règlement (CEE) n° 859/2003: «*[i]l y a lieu cependant de préciser que tel n'est pas le cas du règlement n° 859/2003, qui ne figure pas parmi les actes communautaires que les parties à l'accord UE-Suisse s'engagent à appliquer et qui sont, par conséquent, mentionnés à la section A de l'annexe II de cet accord. Il est constant que cette section A énumère certains des actes modifiant les règlements n°s 1408/71 et 574/72, ce qui atteste de la volonté des parties audit accord de faire apparaître à ladite section, sous la forme d'une inscription individualisée, chaque modification de ces actes législatifs*».⁵⁹

La Cour continue en affirmant que «*le régime créé par ledit accord, en ce qu'il est limité à l'application des actes qui y sont explicitement référés, n'a pas pour objectif de renvoyer aux actes dans leur version actualisée. Par conséquent, même si le règlement n° 859/2003 devait être considéré comme ne constituant qu'une simple modification des règlements n°s 1408/71 et 574/72, il ne saurait être appliqué en vertu de l'accord UE-Suisse. Ce règlement, postérieur à l'accord UE-Suisse, ne saurait donc être inclus dans cet accord qu'à la suite d'une modification de l'accord lui-même*».⁶⁰

En conclusion, «*dans l'hypothèse où un ressortissant d'un État tiers réside légalement dans un État membre de l'Union et travaille en Suisse, ce ressortissant n'est pas soumis, dans l'État membre de résidence, à l'application du règlement n° 859/2003, pour autant que ce règlement ne figure pas parmi les actes communautaires mentionnés à la section A de l'annexe II de l'accord UE-Suisse que les parties à cet accord s'engagent à appliquer*».⁶¹

Il s'ensuit que le Règlement (CEE) n° 859/2003 n'est pas applicable dans les relations entre la Suisse et l'UE. Les ressortissants d'Etats tiers, en dehors de leur qualité de membres de la famille d'un travailleur communautaire, d'apatride ou de réfugié, ne tombent dès lors pas sous le champ d'application

⁵⁷ Arrêt de la CJCE du 18 novembre 2010 dans l'affaire C-247/09, *Alketa Xhymshiti contre Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach* (cité: affaire C-247/09).

⁵⁸ Affaire C-247/09, § 34.

⁵⁹ Affaire C-247/09, § 35.

⁶⁰ Affaire C-247/09, § 36.

⁶¹ Affaire C-247/09, § 39.

personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 tel qu'appliqué entre la Suisse et les Etats membres de l'UE.

4.4. Champ d'application matériel

4.4.1. Généralités

Les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 englobent la totalité de la législation d'un Etat, y compris celle des collectivités publiques décentralisées.⁶² Leur champ d'application matériel vise ainsi tant la législation fédérale que les lois cantonales.⁶³

L'article 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71 définit le champ d'application matériel en énumérant les branches de sécurité sociale concernées par le règlement (chiffre 1). Les règles de coordination visent les prestations en cas de maladie et de maternité, vieillesse, invalidité, décès (prestations de survivants), accidents du travail et maladies professionnelles, chômage ainsi que les prestations familiales.⁶⁴ Le Règlement (CEE) n° 1408/71 est ainsi applicable à toutes les dispositions légales existantes en matière de couverture des risques.

4.4.2. Prestations de maladie

L'article 4 ch. 1 let. a établit l'applicabilité du Règlement (CEE) n° 1408/71 en ce qui concerne les prestations de maladie et de maternité. Les articles 18 à 36 du règlement traitent ensuite plus spécifiquement du droit d'accès à cette catégorie de prestations.

L'article 19 du Règlement (CEE) n° 1408/71 précise la notion de «prestations de maladie», en distinguant entre les prestations en nature et les prestations en espèces. Correspondent aux prestations en nature les traitements médicaux et dentaires ambulatoires et hospitaliers ainsi que les médicaments.⁶⁵ Font partie des prestations en espèces les indemnités journalières.

4.4.3. Transplantation d'organes?

Dans le cadre du présent avis de droit, il faut se demander si la transplantation d'organes, en tant que prestation en cas de maladie, tombe sous le champ d'application du Règlement (CEE) n° 1408/71.

Selon BETTINA KAHIL-WOLFF, il est admis que *«toute réglementation nationale tombe sous le coup de la coordination européenne du moment qu'elle*

⁶² Message relatif aux accords sectoriels, p. 5623.

⁶³ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5635.

⁶⁴ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5465.

⁶⁵ RIBAUT, p. 264. Pour plus de détails sur la notion des prestations en nature, cf. BUCHER, *Soins*, p. 89. Cf. également ATF 133 V 320, c. 5.6.

concerne des prestations destinées à couvrir l'une des éventualités»⁶⁶ mentionnées à l'article 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71. EDGAR IMHOF constate que «[d]as entscheidende Kriterium für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs ist, ob zwischen einer Norm des nationalen Rechts und den in Art. 4 der Verordnung Nr. 1408/71 angeführten Risiken ein unmittelbarer und hinreichend relevanter Zusammenhang besteht».⁶⁷

En vertu de l'article 25 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles.⁶⁸ L'OAMal délègue au Département fédéral de l'intérieur la désignation des prestations prises en charge par l'assurance obligatoire des soins (article 33). A l'annexe 1 de l'OPAS,⁶⁹ le Département fédéral de l'intérieur indique les prestations dont les coûts soit sont pris en charge, soit ne le sont pas, soit encore le sont à certaines conditions. Le chiffre 1.2 de l'annexe 1 de l'OPAS concerne la chirurgie de transplantation.

Les transplantations suivantes sont ainsi prises en charge par l'assurance obligatoire des soins: transplantation rénale isolée, transplantation cardiaque isolée, transplantation isolée du poumon d'un donneur non vivant, transplantation cœur-poumon, transplantation isolée du foie, transplantation du foie d'un donneur vivant, transplantation simultanée du pancréas et du rein, transplantation du pancréas après une transplantation du rein, transplantation isolée du pancréas, transplantation simultanée d'îlots de Langerhans et du rein, transplantation d'îlots de Langerhans après une transplantation du rein, allotransplantation isolée d'îlots de Langerhans, autotransplantation isolée d'îlots de Langerhans, transplantation isolée de l'intestin grêle, transplantation de l'intestin grêle et du foie et transplantation multiviscérale, greffe d'épiderme autologue de culture (kératinocytes), traitement de plaies difficilement guérissables au moyen d'une greffe de peau issue d'une culture.⁷⁰

La transplantation d'organes constitue donc une prestation de maladie au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71. L'on peut admettre qu'il existe un lien suffisamment étroit et pertinent entre la transplantation d'organes (et leur allocation) et le risque de maladie tel que prévu par l'article 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71. A travers les critères d'allocation d'organes, la loi sur la transplantation influence finalement de manière déterminante les conditions de la prise en charge par l'assurance obligatoire des soins. Autrement dit, les critères d'allocation d'organes touchent le droit d'accès à une prestation de maladie. C'est ce qui permet de dire que le Règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique dans le contexte qui nous intéresse dans le présent avis de droit.

⁶⁶ KAHIL-WOLFF, *Coordination*, p. 104.

⁶⁷ IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 36.

⁶⁸ L'article 32 al. 1 LAMal exige en outre que lesdites prestations soient efficaces, appropriées et économiques. De plus, il faut que l'efficacité des prestations ait été démontrée selon des méthodes scientifiques.

⁶⁹ Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (RS 832.112.31, RO 1995 4964; cité: OPAS).

⁷⁰ Le Tribunal fédéral s'est prononcé également sur la prise en charge des frais d'une transplantation par les caisses-maladie. Cf. par exemple ATF 131 V 338; 114 V 258.

En bref, en tant que prestation de maladie au sens de l'article 4 du Règlement (CEE) n° 1408/71, les transplantations d'organes tombent sous le champ d'application matériel de ce règlement.

4.5. Principe de l'égalité de traitement

4.5.1. Généralités

Au-delà de l'interdiction de discrimination prévue à l'article 2 de l'ALCP, le principe de l'égalité de traitement, principe fondamental du droit communautaire, se trouve davantage concrétisé, dans le domaine de la sécurité sociale, à l'article 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71.⁷¹

En vertu de l'article 3 ch. 1 du Règlement (CEE) n° 1408/71, *«[l]es personnes qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquelles les dispositions du présent règlement sont applicables sont soumises aux obligations et sont admises au bénéfice de la législation de tout Etat membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci, sous réserve de dispositions particulières contenues dans le présent règlement»*.⁷²

L'article 3 concrétise ainsi l'interdiction de toute discrimination fondée sur le critère de la nationalité, telle que prévue aux articles 2 et 8 de l'ALCP. Les personnes auxquelles le règlement s'applique et qui résident sur le territoire d'un Etat membre de l'UE ou de la Suisse sont soumises, au regard de la législation de l'Etat concerné, aux mêmes droits et obligations que les ressortissants de cet Etat. Selon JOSEPH DOLESCHAL, *«[d]ans le domaine des prestations, le principe fondamental reste l'égalité de traitement de tous les ressortissants des Etats contractants»*.⁷³

La Suisse doit par conséquent traiter les ressortissants des Etats membres de l'UE de la même manière que ses propres ressortissants. Comme nous l'avons vu,⁷⁴ le Règlement (CEE) n° 1408/71 et ainsi le principe de l'égalité de traitement s'appliquent en Suisse à toutes les législations en matière de couverture des risques.⁷⁵

4.5.2. Discrimination directe et indirecte

Analysant le principe de l'égalité de traitement, le Tribunal fédéral retient que *«les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes), mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (discriminations indirectes). A moins qu'elle ne soit objectivement*

⁷¹ VAN RAEPENBUSCH, p. 83; BOILLET, p. 103, 203 ss.

⁷² Dans une décision du 23 novembre 2007, le Tribunal administratif fédéral reprend cette définition de l'égalité de traitement au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71. Cf. décision C-2822/2006 du Tribunal administratif fédéral du 23 novembre 2007, c. 4.3.

⁷³ DOLESCHAL, *Circulation*, p. 122.

⁷⁴ En ce qui concerne le champ d'application matériel du Règlement (CEE) n° 1408/71, cf. chiffre 4.4.

⁷⁵ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5635.

*justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres Etats membres que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Il en est ainsi d'une condition qui peut être plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants».*⁷⁶

SILVIA BUCHER arrive à la même distinction entre les deux catégories de discrimination.⁷⁷ Il en va de même d'EDGAR IMHOF⁷⁸ et de VERONIQUE BOILLET.⁷⁹

Il existe ainsi non seulement la discrimination directe, qui correspond à l'hypothèse où le traitement différencié a lieu sur la base d'un critère de nationalité, mais également la discrimination indirecte. Le Tribunal fédéral précise la notion de la discrimination indirecte, en affirmant que *«mittelbar diskriminierend sind [...] Voraussetzungen des nationalen Rechts anzusehen, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, aber - im Wesentlichen oder ganz überwiegend Wanderarbeitnehmer betreffen - von inländischen Arbeitnehmern leichter zu erfüllen sind als von Wanderarbeitnehmern oder - bei denen die Gefahr besteht, dass sie sich besonders zum Nachteil von Wanderarbeitnehmern auswirken».*⁸⁰

EDGAR IMHOF se prononce également sur la notion de la discrimination indirecte: *«finden sich indirekte Diskriminierungen in belastenden Normen, die formell zwar gleichermassen für Schweizer/innen und Ausländer/innen gelten, jedoch Ausländer/innen tatsächlich häufiger als Schweizer/innen treffen. Die [...] nationalitätsunabhängigen Wohnortsklauseln [...] und weiteren inlandsbezogenen Sachverhalte qua Anspruchsvoraussetzungen stellen insofern indirekte Ungleichbehandlungen im Sinne des freizügigkeitsspezifischen Diskriminierungsverbots dar, als sie Arbeitsmigrant/innen regelmässig häufiger zum Nachteil gereichen als Inländer/innen»* (mise en évidence ajoutée).⁸¹

La CJCE a depuis longtemps affirmé que les discriminations indirectes devaient aussi être prohibées par le Traité *«pour garantir l'un des principes fondamentaux de la Communauté».*⁸² Lui emboitant le pas (conformément à l'article 16 al. 2 ALCP), le Tribunal fédéral retient aussi que l'ALCP interdit les discriminations tant directes qu'indirectes.⁸³ C'est d'autant plus important que les discriminations directes sont devenues rares, parce que trop flagrantes.⁸⁴

⁷⁶ ATF 131 V 390, c. 5.1. Sur cet arrêt, voir BOILLET, p. 119. Cf. également ATF 132 V 82, c. 5.5; 131 V 209, c. 6.2.

⁷⁷ *«Die Gleichbehandlungsgebote verbieten nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (unmittelbare/direkte Diskriminierungen), sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen (mittelbare/indirekte Diskriminierungen)».* Cf. BUCHER, Freizügigkeitsabkommen, p. 19 s.

⁷⁸ IMHOF, Koordinationsrecht, N 24 ss.

⁷⁹ BOILLET, p. 117 ss.

⁸⁰ ATF 131 V 209, c. 6.3.

⁸¹ IMHOF, Koordinationsrecht, N 28.

⁸² Arrêt de la CJCE du 12 février 1974 dans l'affaire C-152/73, *Sotgiu*, § 11.

⁸³ ATF 131 V 209, c. 6; 133 V 265, c. 5; 133 V 367, c. 9.3: *«una disposizione di diritto nazionale dev'essere di conseguenza giudicata indirettamente discriminatoria quando, per sua stessa natura, tenda ad incidere più*

Une discrimination indirecte se présente ainsi lorsqu'un critère *a priori* neutre produit un impact ou déploie un effet différencié sur les ressortissants d'autres Etats. La CJCE admet l'existence d'une discrimination indirecte quand une mesure touche surtout les ressortissants des autres Etats membres, est susceptible de les désavantager dans les faits ou favorise les ressortissants nationaux.⁸⁵ Comme l'affirme BOILLET, «*il y a par exemple lieu d'admettre que le critère du domicile est susceptible d'engendrer une discrimination indirecte, les ressortissants d'un Etat représentant, selon l'expérience de la vie, la majorité des personnes domiciliées dans ce même Etat*».⁸⁶ C'est d'ailleurs dans ce sens qu'a jugé la CJCE.⁸⁷

Transposé dans le contexte de l'ALCP, cela signifie que constitue une discrimination indirecte la mesure qui se fonde sur un critère apparemment neutre mais qui a un impact différent sur les ressortissants communautaires et les ressortissants suisses, c'est-à-dire affecte plus souvent des ressortissants communautaires que des ressortissants suisses.⁸⁸ Dans plusieurs décisions, le Tribunal fédéral a admis qu'une exigence de domiciliation en Suisse constituait une discrimination indirecte.⁸⁹ Son arrêt du 9 mai 2007 est particulièrement intéressant dans la mesure où il admet la primauté de l'interdiction de la discrimination résultant de l'ALCP et du droit communautaire sur une disposition légale, utilisant le critère du domicile, adoptée ultérieurement et de manière délibérée par le législateur suisse.⁹⁰

Une discrimination directe ne peut être justifiée que pour des raisons d'ordre public.⁹¹ Une discrimination indirecte par contre est admissible en présence de raisons objectives d'intérêt général et lorsque le principe de la proportionnalité est respecté.⁹²

sui cittadini di altri Stati membri che su quelli nazionali e, di conseguenza, rischi di essere sfavorevole in modo particolare ai primi». Voir BOILLET, p. 120, 125 ss.

⁸⁴ BOILLET, p. 119 s.

⁸⁵ Voir les nombreux arrêts de la CJCE cités par BOILLET, p. 121 ss.

⁸⁶ BOILLET, p. 122 s.

⁸⁷ Arrêt de la CJCE du 12 février 1974 dans l'affaire C-152/73, *Sotgiu*, § 11.

⁸⁸ Le Tribunal fédéral semble parfois interpréter de façon restrictive l'hypothèse d'une discrimination indirecte. Pour un exemple ou le Tribunal fédéral n'a pas retenu une discrimination parce que le traitement différencié ne reposait pas sur un critère de nationalité, cf. ATF 134 III 608, c. 2.6.5: «*...der Beschwerdeführer [wird] nicht aufgrund seiner Staatsangehörigkeit als Österreicher anders behandelt, als er sich dies wünscht. Seine österreichische Pension unterliegt der beschränkten Pfändbarkeit, weil er während Jahren nicht bei der schweizerischen Alters- und Hinterlassenenversicherung versichert, sondern einem andern Sozialversicherungswerk angeschlossen war. Gleich ergeht es Schweizer Bürgern, die während Jahren in Österreich arbeiteten und anschliessend in die Schweiz zurückkehren und hier betrieben werden. Die Rüge, der angefochtene Entscheid verletze das Rechtsgleichheitsgebot und das Diskriminierungsverbot, weil seine österreichische Alterspension betriebsrechtlich anders behandelt wird als die AHV-Rente, ist daher unbegründet*». Ce raisonnement paraît peu convaincant puisqu'une telle interprétation des règles sur la poursuite pour dette et la faillite affecte très clairement plus souvent des personnes de nationalité communautaire que des personnes de nationalité suisse. Voir aussi la critique de BOILLET, p. 127.

⁸⁹ Voir notamment ATF 131 V 390; 131 V 209; 133 V 367.

⁹⁰ ATF 133 V 367, c. 11.6: «*si deve ritenere che il divieto di discriminazione convenzionale, rispettivamente comunitario, direttamente applicabile, prevale nelle situazioni in esame sull'art. 14 cpv. 1 lett. b LADI, e questo nonostante il legislatore abbia inteso attenuare con quest'ultima disposizione le ripercussioni dell'ALC sull'assicurazione contro la disoccupazione elvetica*».

⁹¹ IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 25 s.

⁹² ATF 132 V 82, c. 5.5; 131 V 209, c. 6.3; 131 V 390, c. 5.1. Cf. également IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 28.

4.5.3. Conséquences d'une discrimination

Le Tribunal fédéral se prononce en outre sur les conséquences d'une discrimination dans le contexte de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71. Il retient qu'en «*présence d'une discrimination, la [personne concernée] aurait droit à la prestation comme si elle remplissait les conditions d'octroi de celle-ci. En effet, lorsque le droit national prévoit un traitement différencié entre plusieurs groupes de personnes, en violation de l'interdiction de discrimination, les membres du groupe défavorisé doivent être traités de la même façon et se voir appliquer le même régime que les autres intéressés. Tant que la réglementation nationale n'est pas aménagée de manière non discriminatoire, ce régime reste le seul système de référence valable*». ⁹³

4.5.4. Allocation d'organes

A première vue, il faut constater que les règles d'allocation d'organes établies par la loi sur la transplantation respectent le principe de l'égalité de traitement consacré par l'article 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71 et l'ALCP. La loi sur la transplantation ne repose pas sur le critère de la nationalité, mais sur le critère du domicile. Elle traite sur un pied d'égalité les ressortissants suisses et les ressortissants d'un Etat membre de l'UE. Il n'y a donc aucune distinction selon la nationalité des patients en attente d'un organe et ainsi **aucune discrimination directe**.

Se pose ensuite la question d'une **discrimination indirecte ou déguisée**. Il pourrait s'agir d'une discrimination indirecte puisque, à titre d'exemple, les frontaliers sont plus souvent des ressortissants étrangers qui habitent dans leur pays et travaillent en Suisse que des ressortissants suisses résidant à l'étranger et travaillant en Suisse. L'allocation d'organes selon le critère du domicile désavantage donc concrètement plus souvent des ressortissants étrangers que des ressortissants suisses. ⁹⁴

Comme nous verrons par la suite, ⁹⁵ la question d'une discrimination indirecte n'est peut être pas si pertinente pour le présent avis de droit, puisque selon le Règlement (CEE) n° 1408/71, les frontaliers ont le droit de bénéficier de soins en Suisse (indépendamment de leur Etat de résidence), au même titre que les personnes domiciliées en Suisse. En ce qui concerne les frontaliers, le Règlement (CEE) n° 1408/71 impose en effet une égalité de traitement non seulement entre ressortissants suisses et ressortissants étrangers, mais également entre frontaliers résidant à l'étranger et personnes domiciliées en Suisse. Le Règlement (CEE) n° 1408/71 ne permet donc pas en principe de tenir compte d'un critère de domicile en ce qui concerne l'accès aux prestations de maladie des frontaliers.

⁹³ ATF 131 V 390, c. 5.2. Cf. également ATF 131 V 209, c. 7.

⁹⁴ Pour un raisonnement similaire, cf. IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 19.

⁹⁵ Cf. chiffres 4.7 et 4.8.

4.6. Assujettissement à l'assurance

Le Règlement (CEE) n° 1408/71 prévoit des règles permettant de fixer le système de sécurité sociale d'un Etat membre déterminé («*Etat membre compétent*»), sur lequel se basent les obligations et le droit aux prestations des personnes affiliées.⁹⁶ Ce sont les articles 13 à 17^{bis} du règlement qui désignent la législation applicable et règlent ainsi la question de l'assujettissement à l'assurance.

L'assujettissement à l'assurance est régi par les principes de l'exclusivité et de l'unicité de la législation applicable:⁹⁷ un seul Etat est compétent pour assurer obligatoirement une personne, et cela dans toutes les branches d'assurances, même si la personne concernée travaille dans plusieurs Etats.⁹⁸

4.6.1. Principe

Les personnes couvertes par le Règlement (CEE) n° 1408/71 (personnes actives, au chômage ou bénéficiaires d'une rente) sont soumises à la législation d'un seul Etat membre, en principe celle du pays d'emploi («*principe de l'affiliation au lieu de travail*» ou «*principe du pays d'emploi*», «*Beschäftigungslandprinzip*» ou «*Erwerbssortprinzip*», «*lex loci laboris*»).⁹⁹

En vertu de l'article 13 ch. 2 let. a et b, la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée «*sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre*». Les travailleurs salariés et non salariés sont donc en principe soumis à la législation de l'Etat d'occupation, même s'ils résident sur le territoire d'un autre Etat membre.¹⁰⁰ Il s'ensuit que le travailleur frontalier est lui aussi soumis à la législation de l'Etat où il travaille et qu'il doit y payer ses cotisations d'assurance sociale.¹⁰¹ Des dispositions particulières visent certaines autres catégories de personnes (articles 14 à 17^{bis}).

En ce qui concerne l'assurance-maladie, les membres non actifs de la famille d'une personne couverte par le Règlement (CEE) n° 1408/71 sont en règle générale soumis au même système d'assurance-maladie que la personne active, même s'ils résident dans un autre pays.¹⁰²

Par conséquent, les catégories de personnes suivantes, résidant dans un Etat membre de l'UE, doivent obligatoirement s'assurer en Suisse («*Versicherungspflicht*»¹⁰³):¹⁰⁴

⁹⁶ VAN RAEPENBUSCH, p. 81.

⁹⁷ RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 20.

⁹⁸ Cf. article 13 ch. 1 du Règlement (CEE) n° 1408/71.

⁹⁹ BUCHER, *Freizügigkeitsabkommen*, p. 18; HOHN, p. 64 ss; VAN RAEPENBUSCH, p. 84; RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 23; IMHOF, *Kollisionsnormen*, p. 315; WIDMER, p. 215. Cf. également ATF 135 V 339, c. 4.3.1; 132 V 53, c. 4.1; 131 V 202, c. 2.2.1.

¹⁰⁰ A la différence de l'article 3 LAMal, qui repose sur le critère du domicile et qui prévoit ainsi une obligation de s'assurer pour toute personne domiciliée en Suisse.

¹⁰¹ ATF 132 V 53, c. 4.1.

¹⁰² IMHOF, *Kollisionsnormen*, p. 338; IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 45.

¹⁰³ GMÜR, p. 15.

- les personnes exerçant une activité lucrative en Suisse (avant tout les frontaliers) et les membres de leur famille qui ne travaillent pas;
- les bénéficiaires de rente de droit suisse (AVS/AI/AA/LPP) et les membres de leur famille sans activité lucrative;
- les bénéficiaires d'une prestation de l'assurance-chômage suisse et les membres de leur famille sans activité lucrative;
- les membres de la famille sans activité lucrative de personnes travaillant et résidant en Suisse.

La LAMal établit en principe une obligation de s'assurer pour les soins en cas de maladie pour les personnes domiciliées en Suisse («*principe de territorialité*»).¹⁰⁵ Comme certaines personnes résidant dans un Etat membre de l'UE, mais soumises au régime suisse de sécurité sociale conformément à l'ALCP, doivent également s'assurer obligatoirement en Suisse, la législation suisse a dû être modifiée dans ce sens. L'article 3 LAMal ainsi que l'article 1 OAMal tiennent compte des exceptions au principe de la territorialité.¹⁰⁶

Comme nous verrons ci-dessous, des règles particulières sont applicables suivant le pays de résidence. Ces règles permettent aux personnes concernées de se libérer de l'obligation de s'assurer en Suisse et de s'assurer dans leur Etat de résidence (droit d'option).¹⁰⁷

4.6.2. Exceptions

La coordination dans le domaine de l'assurance-maladie présente une particularité relative au principe d'exclusivité et d'unicité de la législation applicable: une personne qui devrait normalement s'assurer en Suisse, mais qui réside dans certains Etats membres de l'UE a, dans des circonstances spécifiques, la possibilité de s'assurer dans son pays de résidence contre les risques de maladie. Dans cette hypothèse, elle est libérée de son obligation de s'assurer en Suisse.

La Suisse a ainsi convenu des règles particulières avec un certain nombre d'Etats membres de l'UE. Ces Etats ont saisi la possibilité d'assurer sur leur territoire des personnes qui y résident, mais qui devraient normalement s'assurer en Suisse et de les exempter de l'assurance en Suisse.¹⁰⁸ C'est l'annexe VI au Règlement (CEE) n° 1408/71 qui contient les dispositions particulières sur les modalités d'application des législations nationales, en vertu de l'article 89 du même règlement.

L'annexe VI, partie Suisse, chiffre 3 prévoit les dérogations relatives à l'assujettissement à l'assurance-maladie suisse. Ces dérogations se

¹⁰⁴ PAUSE, p. 272; RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 23; Message relatif aux accords sectoriels, p. 5637 et 5465.

¹⁰⁵ PAUSE, p. 272.

¹⁰⁶ Cf. ATF 132 V 310, c. 5.

¹⁰⁷ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5465.

¹⁰⁸ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5637; PAUSE, p. 272.

présentent sous deux formes.¹⁰⁹ Il existe, d'une part, une exemption collective pour les membres de la famille résidant au Danemark, Portugal, Suède et Royaume-Uni (chiffre 3 let. a v)). Il y a, d'autre part, un droit d'option («Optionsrecht» ou «Unterstellungswahlrecht») entre le régime suisse et une couverture maladie dans l'Etat de résidence pour les travailleurs et les titulaires de pensions suisses, ainsi que les membres de leur famille, résidant en Allemagne, Autriche, France, Italie et - dans certains cas - Finlande et Portugal (chiffre 3 let. b).¹¹⁰

4.6.3. Conclusion

En bref, il faut retenir que les personnes résidant dans un Etat membre de l'UE et travaillant (ou ayant travaillé) en Suisse doivent en principe être assurées obligatoirement en Suisse dans l'assurance des soins.¹¹¹ Il en va de même des membres (n'exerçant pas d'activité lucrative) de la famille des personnes assurées obligatoirement en Suisse.¹¹²

Les personnes soumises à l'ALCP et étant en principe obligatoirement assurées en Suisse qui résident en Allemagne, Autriche, France, Italie et – dans certains cas – Finlande et Portugal bénéficient d'un droit d'option en ce qui concerne l'assujettissement à l'assurance-maladie.¹¹³

Pour les travailleurs frontaliers, résidant dans un Etat membre de l'UE et travaillant en Suisse, ainsi que pour leurs proches, il existe donc en principe une obligation de s'assurer en Suisse contre les risques de maladie.¹¹⁴ Les frontaliers résidant en Allemagne, Autriche, France et en Italie ont un droit d'option tel que décrit ci-dessus.¹¹⁵ Il en va de même des membres de leur famille.

4.7. Accès aux prestations de maladie

Après les dispositions générales sur la détermination de la législation applicable et l'assujettissement à l'assurance, le Règlement (CEE) n° 1408/71 contient des dispositions particulières selon le genre de prestations.

L'octroi de prestations en cas de maladie est réglé aux articles 18 à 36 du Règlement (CEE) n° 1408/71. Le règlement établit un système d'entraide internationale en matière de prestations de maladie qui garantit l'octroi de

¹⁰⁹ RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 23 ss; FILLON, p. 93 s; CUENI, p. 263.

¹¹⁰ BUCHER, *Freizügigkeitsabkommen*, p. 19; HOHN, p. 66. Pour l'exercice du droit d'option en France, cf. OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES/DIRECTION DE LA SECURITE SOCIALE, p. 1 ss; RIONDEL BESSON, *Droit d'option*, p. 34 ss; RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 27 ss. Le Tribunal fédéral a analysé également les conditions et les modalités de l'exercice du droit d'option. Cf. ATF 136 V 295, c. 2.3.3 et 6.1; 135 V 339, c. 4; 131 V 202, c. 2.2.1.

¹¹¹ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5637.

¹¹² Message relatif aux accords sectoriels, p. 5637.

¹¹³ Cf. OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES/DIRECTION DE LA SECURITE SOCIALE, p. 1 ss.

¹¹⁴ HOHN, p. 65.

¹¹⁵ HOHN, p. 66. «So haben die Grenzgänger aus den umliegenden Staaten und ihre Familienangehörigen generell das Wahlrecht, ob sie sich – gemäss der VO 1408/71 – in der Schweiz versichern oder aber die Versicherung in ihrem Wohnland beibehalten wollen».

prestations de maladie en cas de résidence ou de séjour dans un Etat autre que l'Etat d'affiliation (l'Etat où la personne est affiliée, c'est-à-dire assurée).

4.7.1. Résidence dans un Etat autre que l'Etat d'affiliation: le principe

Les articles 19 à 34 du Règlement (CEE) n° 1408/71 précisent le droit aux prestations («*Leistungsberechtigung*»)¹¹⁶ de maladie et de maternité et l'accès à ces prestations à l'étranger. Dans le domaine des prestations de maladie, le système de coordination établi par ce Règlement a pour objectif d'assurer l'accès aux soins dans l'Etat où l'assuré réside, à charge de l'Etat d'affiliation («*Etat compétent*»)¹¹⁷. Le principe est ainsi que le droit aux prestations en nature des assurés résidant dans un Etat autre que l'Etat d'affiliation est régi par la législation de l'Etat de résidence comme s'ils étaient assurés dans cet Etat.¹¹⁸

Les articles 19 à 24 du Règlement (CEE) n° 1408/71 visent tous les travailleurs salariés et non salariés, ainsi que les membres de leur famille. En vertu de l'article 19 ch. 1 let. a, «*[l]e travailleur salarié ou non salarié qui réside sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent et qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations, [...], bénéficie dans l'Etat de sa résidence des prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié*». Le régime est applicable, par analogie, «*aux membres de la famille qui résident sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat compétent, pour autant qu'ils n'aient pas droit à ces prestations en vertu de la législation de l'Etat sur le territoire duquel ils résident*» (article 19 ch. 2).¹¹⁹

Il s'ensuit que lorsque le travailleur et sa famille résident dans un Etat autre que celui où ils sont assurés, l'article 19 du Règlement (CEE) n° 1408/71 prévoit, en ce qui concerne les prestations en nature, qu'ils bénéficient des soins et traitements selon la législation de l'Etat de résidence, aux mêmes conditions que les personnes qui y sont assurées, à la charge de l'Etat compétent.¹²⁰ Les prestations en nature sont fournies dans l'Etat de résidence et les personnes concernées ne peuvent pas en principe choisir de se faire soigner dans l'Etat compétent.¹²¹

En bref, la question de l'accès aux prestations de maladie est régie par le «*principe du pays de résidence*», à la différence de la question de l'assujettissement à l'assurance qui est régie par le «*principe du pays*

¹¹⁶ GMÜR, p. 15.

¹¹⁷ SIMON, p. 150.

¹¹⁸ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5640; VAN RAEPENBUSCH, p. 93 s.

¹¹⁹ VAN RAEPENBUSCH, p. 94.

¹²⁰ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5638. Cf. également ATF 135 V 339, c. 4.4.2. En ce qui concerne les frontaliers, URSULA HOHN retient que «*[w]ichtig ist dies vor allem für Grenzgänger. Diese sind ja im Erwerbsland versichert, können aber dank der Leistungsaushilfe auch in ihrem Wohnland Leistungen in Anspruch nehmen*». Cf. HOHN, p. 73.

¹²¹ Les prestations en espèces par contre sont versées directement par l'Etat compétent, dans la mesure où elles doivent être exportées en vertu du règlement. Cf. article 19 ch. 1 let. b du Règlement (CEE) n° 1408/71.

d'emploi». Les personnes qui sont assurées en Suisse, mais résident de façon permanente dans un autre Etat reçoivent toutes les prestations en nature de leur Etat de résidence – aux mêmes conditions que les assurés dans cet Etat. Ces personnes-là ne peuvent normalement pas venir se faire soigner en Suisse,¹²² l'Etat où se trouve leur assureur.

Comme nous verrons par la suite, cette règle est sujette à différentes exceptions. Certaines personnes assurées en Suisse mais résidant à l'étranger peuvent choisir de se faire soigner en Suisse. Il s'agit des frontaliers et des personnes assurées en Suisse qui résident dans certains Etats membres de l'UE.

4.7.2. Frontaliers

L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 prévoit une règle particulière pour la question de l'accès aux prestations de maladie des frontaliers.¹²³ Selon cette disposition, *«[l]e travailleur frontalier peut également obtenir les prestations sur le territoire de l'Etat compétent. Ces prestations sont servies par l'institution compétente selon les dispositions de la législation de cet Etat comme si l'intéressé résidait dans celui-ci»* (mise en évidence ajoutée).

Les frontaliers peuvent donc choisir de se faire soigner dans l'Etat compétent (l'Etat où ils travaillent) ou dans l'Etat de résidence (*«droit d'option»*, *«Behandlungswahlrecht»*).¹²⁴

Les frontaliers résidant dans un Etat membre de l'UE et travaillant en Suisse ont ainsi le droit de venir se faire traiter en Suisse.¹²⁵ Le Conseil fédéral constate dans ce contexte que *«ces personnes doivent alors être traitées comme si elles résidaient en Suisse»*.¹²⁶ Les frontaliers ont ainsi droit aux mêmes prestations de l'assurance de base fournies aux mêmes conditions que les personnes résidant en Suisse (mêmes prestations aux mêmes conditions).¹²⁷ L'OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES parle dans ce contexte de *«Anspruch auf Leistungen nach KVG»*.¹²⁸ L'OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES constate en outre que *«[d]iese Personen können sich zum Zwecke der Behandlung in die Schweiz begeben und zwar ohne E-Formular»*.¹²⁹

La phrase *«comme si l'intéressé résidait dans celui-ci»* de l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 est censée neutraliser toute condition ou

¹²² DOLESCHAL, *Circulation*, p. 123; WIDMER, p. 215.

¹²³ IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 46; RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 32.

¹²⁴ OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Vereinbarung*, p. 1 s; OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Leistungs-aushilfe*, p. 5; MÜLLER, p. 232 et 237. Cf. également ATF 135 V 339, c. 4.4.2.

¹²⁵ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5640.

¹²⁶ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5639.

¹²⁷ Cela vaut également pour la participation aux coûts prévue par la LAMal. Cf. Message relatif aux accords sectoriels, p. 5642.

¹²⁸ OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Leistungs-aushilfe*, p. 10.

¹²⁹ OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Vereinbarung*, p. 2.

exigence de domicile en tant que condition matérielle du droit d'accès aux prestations de maladie des frontaliers.¹³⁰

Les frontaliers qui ont exercé leur droit d'option en ce qui concerne l'assujettissement à l'assurance et qui ont décidé de s'assurer dans leur pays de résidence ne disposent par contre pas d'un droit d'option en ce qui concerne le lieu du traitement médical (Annexe VI, partie Suisse, ch. 3^{ter}).¹³¹

4.7.3. Membres de la famille du frontalier

Si le travailleur frontalier a un droit d'accès aux prestations de maladie tant dans son Etat d'emploi que dans son Etat de résidence (articles 19 et 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71), il n'en va pas de même des membres de sa famille. En vertu de l'article 20 du règlement, *«[I]es membres de sa famille [du frontalier] peuvent bénéficier des prestations dans les mêmes conditions; toutefois, le bénéfice de ces prestations est, sauf en cas d'urgence, subordonné à un accord entre les Etats intéressés ou entre les autorités compétentes de ces Etats ou, à défaut, à l'autorisation préalable de l'institution compétente»*.

L'obtention par les membres de la famille du frontalier du droit d'option et ainsi du droit d'accès aux soins dans l'Etat d'emploi est donc subordonnée à un accord conclu entre les Etats intéressés (ou une autorisation de l'assureur compétent).¹³²

Depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, les membres de la famille du frontalier sans activité lucrative assurés en Suisse auprès d'un assureur LAMal n'ont pas, en principe, accès aux soins en Suisse.¹³³ Ces personnes-là doivent se faire soigner dans l'Etat où elles résident. GUYLAINE RIONDEL BESSON constate dans ce contexte qu'avant l'entrée en vigueur de l'ALCP, *«toute personne assurée en Suisse et résidant en France pouvait se faire soigner de chaque côté de la frontière»*.¹³⁴

4.7.4. Accord spécial avec certains pays

Au-delà des frontaliers, certaines autres catégories de personnes bénéficient d'un choix en ce qui concerne l'accès aux prestations de maladie en Suisse. En vertu de l'Annexe VI du Règlement (CEE) n° 1408/71, partie Suisse, chiffre 4, *«[I]es personnes qui résident en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas mais qui sont assurées en Suisse pour les soins en cas de maladie bénéficient en cas de séjour en Suisse de l'application par analogie de l'art. 20, première et deuxième phrase du*

¹³⁰ Pour un raisonnement similaire en lien avec une telle phrase prévue à l'article 56 du Règlement (CEE) n° 1408/71, cf. IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 23 et plus particulièrement la note de bas de page 51.

¹³¹ OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Vereinbarung*, p. 2.

¹³² DE COCK, p. 127; VAN RAEPENBUSCH, p. 95.

¹³³ PAUSE, p. 274.

¹³⁴ RIONDEL BESSON, *Frontaliers*, p. 32.

règlement. Dans ces cas, l'assureur suisse prend en charge la totalité des coûts facturés».

Sur la base de cette disposition spéciale de l'ALCP, les personnes résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas et étant assurées en Suisse peuvent choisir de se faire soigner en Suisse.¹³⁵ Puisque l'Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4 renvoie à l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71, ces personnes bénéficient de prestations de maladie en Suisse comme si elles y résidaient. Le Conseil fédéral constate d'ailleurs que «[c]ertaines personnes assurées en Suisse mais résidant à l'étranger peuvent choisir de se faire soigner en Suisse. C'est le cas [...], sur la base d'une disposition spéciale de l'accord sur la circulation des personnes, des personnes assurées en Allemagne, en Autriche, en Belgique et aux Pays-Bas; **ces personnes doivent alors être traitées comme si elles résidaient en Suisse**» (mise en évidence ajoutée).¹³⁶

L'Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4 a des implications notamment pour les membres de la famille des frontaliers résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas qui, grâce aux accords spéciaux avec ces pays, bénéficient du choix de se faire traiter en Suisse, ou, autrement dit, d'un droit d'accès aux soins dans l'Etat d'emploi du frontalier, c'est-à-dire la Suisse.

4.7.5. Urgence à l'étranger

Il est important de distinguer entre la résidence dans un Etat autre que l'Etat d'affiliation et le séjour temporaire. Lors de **séjours temporaires** sur le territoire d'un Etat autre que l'Etat compétent (des vacances par exemple), l'article 22 ch. 1 let. a du Règlement (CEE) n° 1408/71 garantit que, en cas d'urgence, le travailleur et les membres de sa famille bénéficient des prestations en nature selon la législation de l'Etat de séjour, à la charge de l'Etat compétent. Cette disposition précise que lorsqu'un travailleur ou un membre de sa famille se trouve dans un état nécessitant des prestations en nature nécessaires du point de vue médical, celui-ci a droit «aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié».

La qualification du droit d'accès aux prestations en cas d'urgence («comme s'il y était affilié») est donc légèrement différente de celle de l'article 20 sur les frontaliers («comme si l'intéressé résidait dans celui-ci»).

¹³⁵ MÜLLER, p. 232.

¹³⁶ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5639.

4.7.6. Patients «*autorisés*»

Une institution d'assurance-maladie peut autoriser une personne affiliée à se rendre à l'étranger pour y recevoir un traitement médical approprié à son état. En vertu de l'article 22 ch. 1 let. c du Règlement (CEE) n° 1408/71, «*[l]e travailleur salarié ou non salarié qui satisfait aux conditions requises par la législation de l'Etat compétent pour avoir droit aux prestations [...] qui est autorisé par l'institution compétente à se rendre sur le territoire d'un autre Etat membre pour y recevoir des soins appropriés à son état, a droit aux prestations en nature servies, pour le compte de l'institution compétente, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence, selon les dispositions de la législation qu'elle applique, comme s'il y était affilié, la durée de service des prestations étant toutefois régie par la législation de l'Etat compétent*».

Le «*patient autorisé*» a ainsi accès à tous les soins offerts aux assurés de l'Etat d'accueil, dans les mêmes conditions.¹³⁷ L'Etat compétent autorise la personne affiliée à se rendre à l'étranger dans le but d'y suivre un traitement médical déterminé. Selon ANNE-CLAIRE SIMON, «*cette autorisation s'analyse comme un mandat adressé à l'Etat d'accueil de fournir au patient le traitement spécifié dans le formulaire E112*».¹³⁸

URSULA HOHN parle dans ce contexte de «*Zustimmungsfälle*»: «*Diese Patienten haben, genau wie diejenigen, die sich in der Schweiz aufhalten und dabei medizinische Hilfe beanspruchen müssen, Anspruch darauf, zu denselben Tarifen behandelt zu werden wie die nach KVG Versicherten*».¹³⁹ Elle retient en outre que «*sind aber die Spitäler auch verpflichtet, diese Patienten diskriminierungsfrei, d.h. wie die Grundversicherten aufzunehmen und zu behandeln. Dies ergibt sich sowohl aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 2 APF als auch aus dem Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 VO 1408/71*».¹⁴⁰

Un patient résidant à l'étranger disposant d'une autorisation de l'assureur de son Etat d'affiliation («*Etat compétent*») dispose donc d'un droit d'accès aux prestations de maladie en Suisse, comme les personnes résidant en Suisse. Il s'agit toutefois exclusivement des prestations spécifiées dans l'autorisation fournies par l'assureur de l'Etat d'affiliation, et non pas de tous les soins disponibles.

4.7.7. Patients souhaitant obtenir un traitement médical à l'étranger sans autorisation (arrêt *Kohl*)

4.7.7.1. Généralités

En dehors d'une situation d'urgence survenant lors d'un séjour temporaire à l'étranger, le Règlement (CEE) n° 1408/71 soumet le traitement médical à

¹³⁷ SIMON, p. 153.

¹³⁸ SIMON, p. 159.

¹³⁹ HOHN, p. 78.

¹⁴⁰ HOHN, p. 79.

l'étranger (c'est-à-dire en dehors de l'Etat d'affiliation) à l'obtention d'une autorisation par l'assureur de l'Etat d'affiliation. Se pose ainsi la question de savoir si d'autres règles du droit communautaire obligent l'assureur de l'Etat d'affiliation de rembourser un traitement médical dispensé à l'étranger, en dehors d'un cas d'urgence et en l'absence d'une autorisation. Dans ce contexte, nous tenons à mentionner brièvement l'arrêt *Kohll* de la CJCE.¹⁴¹

4.7.7.2. Arrêt *Kohll*

Le secteur de la sécurité sociale, et plus particulièrement les soins de santé, régis pas le principe de territorialité, n'ont longtemps pas été affectés par les démarches d'intégration des Etats membres de l'UE et par la création d'un marché intérieur.¹⁴² Cela explique le fonctionnement des Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72, qui ne prévoient que des règles de coordination, sans aucune intention d'uniformiser les systèmes nationaux.

Toutefois, en 1998, dans son arrêt *Kohll*, la CJCE a affirmé que les règles communautaires relatives à la libre circulation des services sont applicables dans le domaine des soins de santé.

Cet arrêt ne concerne pas le cas des frontaliers, qui disposent d'un droit de choisir entre le pays d'emploi et le pays de résidence en ce qui concerne l'accès aux prestations médicales. Il traite plutôt des personnes qui, étant en principe obligées de se faire soigner dans leur Etat d'affiliation, souhaitent obtenir un traitement médical à l'étranger (Etat membre autre que l'Etat d'affiliation).

La possibilité d'un traitement médical à l'étranger est prévue par le Règlement (CEE) n° 1408/71, mais à condition que l'assuré dispose d'une autorisation ou qu'il s'agisse d'un cas d'urgence (cf. article 22 du règlement).

Dans l'arrêt *Kohll*, puis dans d'autres, la CJCE a analysé l'article 22 du règlement, et notamment le besoin d'obtenir une autorisation pour un traitement médical hors de l'Etat compétent, au regard de la libre prestation de services.

En vertu de l'article 22, seuls les patients préalablement autorisés à se soigner à l'étranger peuvent se faire rembourser les frais de traitement, sur la base du tarif de l'Etat de séjour. La CJCE a toute fois retenu qu'en vertu du principe de la libre prestation de services, une autre possibilité était ouverte aux patients souhaitant se faire traiter dans un Etat autre que l'Etat compétent. Depuis l'arrêt *Kohll*, tous les patients qui choisissent de se faire soigner à l'étranger, sans solliciter une autorisation, ont droit au remboursement de leurs soins, sur la base du tarif de l'Etat d'affiliation.¹⁴³

¹⁴¹ Arrêt de la CJCE du 28 avril 1998 dans l'affaire C-158/96, *Raymond Kohll contre Union des caisses de maladie*. Sur cette jurisprudence, voir notamment GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 40 s., 145 ss. Voir aussi l'arrêt *Decker*, souvent présenté comme le jumeau de *Kohll*, du même jour (affaire C-120/95).

¹⁴² SIMON, p. 149.

¹⁴³ SIMON, p. 164.

Dans les arrêts *Geraets-Smits et Peerbooms*¹⁴⁴ et *Müller-Fauré et van Riet*¹⁴⁵, la CJCE nuance l'application des règles sur la libre prestation de services en ce qui concerne les prestations délivrées en milieu hospitalier. La Cour reconnaît que les soins hospitaliers constituent des services au sens du Traité CE, comme les soins ambulatoires qui faisaient l'objet de l'arrêt *Kohll*. Les patients doivent donc en principe pouvoir bénéficier de ces prestations dans toute l'Europe sans entraves. La Cour retient toutefois que l'institution d'affiliation peut subordonner le remboursement des frais occasionnés par le traitement hospitalier à l'obtention d'une autorisation préalable.¹⁴⁶ Une telle autorisation préalable constituerait une mesure nécessaire et raisonnable pour maîtriser les coûts découlant des traitements fournis en milieu hospitalier.¹⁴⁷

Les soins hospitaliers et les soins ambulatoires doivent donc être distingués. Tandis que l'exigence d'une autorisation préalable de la part de l'assureur concerné se justifie dans le contexte de soins hospitaliers, tel n'est pas le cas pour des soins ambulatoires.¹⁴⁸

En bref, deux procédures sont à la disposition des ressortissants européens qui souhaitent se faire soigner dans un autre Etat membre que leur Etat d'affiliation. Il y a, d'une part, la voie ordinaire, prévue par le législateur communautaire à l'article 22 du Règlement (CEE) n° 1408/71, nécessitant une autorisation de l'assureur concerné. D'autre part, la CJCE a ouverte une autre voie, dans son arrêt *Kohll*, sur la base de la libre prestation de services prévue par le Traité CE; une voie accessible sans autorisation préalable.¹⁴⁹ S'agissant des soins hospitaliers, quelle que soit la voie choisie, le patient doit toutefois obtenir l'accord préalable de son organisme d'affiliation.¹⁵⁰

4.7.7.3. Pertinence pour la Suisse

Qu'en est-il de la pertinence de l'arrêt *Kohll* pour la Suisse? En vertu de l'article 16 al. 2 ALCP, la Suisse est obligée de prendre en compte les arrêts de la CJCE rendus avant le 21 juin 1999, dans la mesure où l'application de l'ALCP implique des notions de droit communautaire.¹⁵¹

¹⁴⁴ Arrêt de la CJCE du 12 juillet 2001 dans l'affaire C-157/99, *B. S. M. Smits, épouse Geraets contre Stichting Ziekenfonds VGZ, et H. T. M. Peerbooms contre Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*. Voir en outre l'arrêt *Vanbraekel*, du même jour, affaire C-368/98. Sur ces arrêts, voir aussi GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 41 ss, 147 ss.

¹⁴⁵ Arrêt de la CJCE du 13 mai 2003 dans l'affaire C-385/99, *V. G. Müller-Fauré contre Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA, et E. E. M. van Riet contre Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*. Voir aussi GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 41 s., 147 ss.

¹⁴⁶ Voir en outre l'arrêt de la CJCE *Watts* du 16 mai 2006, affaire C-372/04, qui précise que l'autorisation préalable ne peut pas être refusée si le délai d'attente est déraisonnable au regard de l'état clinique du patient. A ce sujet, voir GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 149.

¹⁴⁷ SIMON, p. 166.

¹⁴⁸ HOHN, p. 82.

¹⁴⁹ SIMON, p. 179.

¹⁵⁰ SIMON, p. 180.

¹⁵¹ La distinction entre la jurisprudence à prendre en considération et celle qui ne doit pas l'être n'est toutefois pas toujours simple: voir GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 120 ss.

Lorsque les arrêts de la CJCE se fondent par contre sur la liberté des services au sens du Traité CE,¹⁵² ils ne sont pas déterminants pour l'application de l'ALCP. En 2008, le Tribunal fédéral a refusé de prendre en compte l'arrêt *Kohll* dans le cadre de l'application de l'ALCP.¹⁵³ Selon le Tribunal fédéral, la libre prestation de services, telle que prévue par le Traité CE et la jurisprudence y relative de la CJCE, ne fait pas partie de «l'acquis communautaire» que la Suisse s'est engagée à reprendre.¹⁵⁴ De plus, le Tribunal fédéral «*fondait sa décision notamment sur le fait que l'accord, contrairement aux traités fondateurs de l'UE, ne prévoit qu'une libéralisation partielle des services*».¹⁵⁵ L'arrêt *Kohll* portant sur l'interprétation non pas du Règlement (CEE) n° 1408/71, mais de la libre prestation de services au sens du Traité CE, il n'est en principe pas pertinent pour la Suisse.¹⁵⁶

Un ressortissant de l'UE, résidant dans un Etat membre de l'UE, qui souhaiterait obtenir un traitement médical en Suisse sans autorisation de l'assureur de l'Etat d'affiliation, ne pourrait donc pas invoquer la libre prestation de services.

4.7.8. Frontalier non ressortissant de l'UE

Il faut finalement analyser la situation de la personne non ressortissante d'un Etat membre de l'UE, résidant dans un Etat membre de l'UE et travaillant en Suisse. Le travailleur frontalier non ressortissant d'un Etat membre de l'UE est-il soumis aux règles de coordination prévues par l'ALCP? Doit-il s'assurer en Suisse et bénéficie-t-il d'un droit d'accès aux prestations de maladie en Suisse?

Nous avons mentionné auparavant le Règlement (CE) n° 859/2003 qui étend le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants d'Etat tiers.¹⁵⁷ Nous avons vu également que la CJCE a nié l'application de ce règlement dans les relations entre la Suisse et l'UE dans un arrêt récent.¹⁵⁸

Il s'ensuit qu'un travailleur frontalier non ressortissant d'un Etat membre de l'UE ne peut pas faire valoir le droit d'option prévu à l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 pour bénéficier d'un droit d'accès aux soins en Suisse. Il en va de même avec les membres de sa famille.

¹⁵² Il s'agit aujourd'hui de l'article 56 TFUE.

¹⁵³ ATF 133 V 624.

¹⁵⁴ ATF 133 V 624, c. 4.3.6 et 4.3.7.

¹⁵⁵ GROLIMUND, *Mobilité*, p. 74.

¹⁵⁶ Pour plus de détails sur la question, cf. BUCHER, *Soins*, p. 112 ss.

¹⁵⁷ Cf. chiffre 4.3.2.

¹⁵⁸ Arrêt de la CJCE du 18 novembre 2010 dans l'affaire C-247/09, *Alketa Xhymshiti contre Bundesagentur für Arbeit – Familienkasse Lörrach*. Cf. chiffre 4.3.2.

4.8. Implications des règles d'assujettissement et d'accès aux prestations dans le contexte de la transplantation d'organes

Il convient maintenant d'analyser la situation des différentes catégories de personnes concernées par rapport à l'accès aux prestations dans le contexte de la transplantation d'organes.

4.8.1. Frontaliers et résidents de certains Etats membres de l'UE assurés obligatoirement en Suisse

Les frontaliers ainsi que les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas (dont notamment les membres de la famille des frontaliers) ont un droit d'accès aux prestations de maladie en Suisse.¹⁵⁹ Ces personnes-là peuvent bénéficier des soins en Suisse comme si elles y résidaient. Elles doivent ainsi être traitées comme les personnes résidant en Suisse.

L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 accorde une protection supplémentaire, ou des droits supplémentaires, aux frontaliers ainsi qu'aux personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas (en lien avec l'Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4). A leur égard, est interdite non seulement la discrimination sur la base du critère de la nationalité, mais également sur la base du critère du domicile.

L'égalité de traitement entre les frontaliers ainsi que les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas d'une part, et les personnes résidant en Suisse d'autre part s'applique à notre avis également pour la transplantation d'organes. Un traitement désavantageux des frontaliers ainsi que des personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas sur la base du critère de leur domicile paraît inadmissible. L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 exclut un traitement différencié sur la base du critère du domicile en neutralisant explicitement ce critère («*comme si l'intéressé résidait dans celui-ci*»).

Les frontaliers ainsi que les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas, même s'ils ne sont pas domiciliés en Suisse, peuvent prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne la transplantation d'organes, sur la base de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.

La teneur de l'article 17 al. 3 let. b LTx, qui accorde un traitement préférentiel lors de l'allocation d'organes aux personnes domiciliées en Suisse paraît de ce fait douteuse.

¹⁵⁹ Article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 ainsi que l'Annexe VI, partie **Suisse**, chiffre 4.

4.8.2. Autres personnes assurées obligatoirement en Suisse

Tel n'est pas le cas pour d'autres catégories de personnes entrant dans le champ d'application de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71. En dehors du cas des frontaliers et des personnes résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas, les personnes résidant dans un Etat membre de l'UE et étant obligatoirement assurées en Suisse (ex.: les bénéficiaires de rente de droit suisse, bénéficiaires d'une prestation de l'assurance-chômage ainsi que les membres de leur famille sans activité lucrative) n'ont pas accès aux soins en Suisse (sauf en cas d'urgence ou en cas d'autorisation par l'assureur ou en cas d'accord spécial).

Les membres de la famille du frontalier n'ont pas non plus accès aux soins en Suisse lorsqu'aucun accord spécial n'a été conclu. Les membres de la famille du frontalier résidant dans un Etat membre de l'UE autre que l'Allemagne, la Hongrie, l'Autriche, la Belgique, la France et les Pays-Bas ne peuvent ainsi pas bénéficier de prestations de maladie en Suisse. Ces personnes-là, même si elles sont obligatoirement assurées en Suisse, ne peuvent pas prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne la transplantation d'organes, sur la base de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.

4.8.3. Personnes résidant et travaillant dans un Etat membre de l'UE

Les personnes qui résident et travaillent dans un Etat membre de l'UE ne sont pas obligatoirement assurées en Suisse. Elles n'ont pas en principe accès aux soins en Suisse (sauf en cas d'urgence ou en cas d'autorisation par l'assureur de l'Etat d'affiliation). Ces personnes-là, n'étant pas domiciliées en Suisse ou obligatoirement assurées en Suisse, ne peuvent pas en principe se faire inscrire sur la liste d'attente suisse (article 4 de l'ordonnance sur l'attribution d'organes). Elles ne peuvent de ce fait pas prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne la transplantation d'organes, sur la base de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.

Par contre, pour les personnes résidant et travaillant dans un Etat membre (qui ne peuvent pas en principe se faire soigner en Suisse, et qui ne peuvent pas de façon générale prétendre à une transplantation d'organes en Suisse), l'hypothèse de l'urgence survenant lors d'un séjour temporaire en Suisse peut s'appliquer. Instaurant une exception au principe du domicile suisse ou de l'assurance-maladie obligatoire en Suisse, l'article 4 let. a de l'ordonnance sur l'attribution d'organes prévoit que les personnes non domiciliées et non assurées en Suisse qui doivent «*subir une transplantation qui relève d'une urgence médicale pendant leur séjour en Suisse*» peuvent être inscrites sur la liste d'attente. En vertu de l'article 17 al. 3 let. a LTx, un organe leur est attribué lorsque «*aucune personne domiciliée en Suisse ne se trouve dans la même situation*».

La loi sur la transplantation et l'ordonnance sur l'attribution d'organes tiennent ainsi compte de l'hypothèse d'une situation d'urgence qui peut survenir lors d'un séjour temporaire en Suisse. 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.¹⁶⁰ 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.

4.8.4. Ressortissants d'Etats tiers

Les personnes ne tombant pas sous le champ d'application de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71, comme les ressortissants d'Etats tiers, ne sont pas en principe assurées obligatoirement en Suisse et elles n'ont pas en principe accès aux soins en Suisse. Une réserve doit être faite pour les pays avec lesquels la Suisse a conclu une convention bilatérale en matière de sécurité sociale qui pourrait éventuellement accorder un droit d'accès aux soins en Suisse.

L'objectif principal d'une convention bilatérale en matière de sécurité sociale est en général l'égalité de traitement entre les ressortissants des Etats contractants. Si une convention bilatérale, en plus d'une interdiction de discrimination sur la base de la nationalité, devait garantir aux personnes, tombant sous son champ d'application et résidant à l'étranger, un droit d'accès aux soins en Suisse (en analogie au choix accordé au frontalier en vertu de l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71), lesdites personnes pourraient prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne la transplantation d'organes.

4.8.5. Conclusion

A l'exception des frontaliers et des personnes résidant dans un Etat membre de l'UE leur laissant le choix de recourir à un traitement médical en Suisse, les personnes obligatoirement assurées en Suisse qui résident dans un Etat membre de l'UE n'ont en règle générale droit qu'aux prestations dans leur Etat de résidence et selon la législation de cet Etat.¹⁶¹

Autrement dit, des catégories de personnes qui résident dans un Etat membre de l'UE et qui doivent obligatoirement s'assurer en Suisse, seuls les frontaliers et les personnes résidant dans certains Etats spécifiques (Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas) ont la possibilité de se faire soigner en Suisse.

¹⁶⁰ Cf. chiffre 4.7.5.

¹⁶¹ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5641 s. Par contre, les personnes assurées en Suisse qui résident dans un Etat membre de l'UE et qui, lors d'un séjour en Suisse (des vacances par exemple), ont besoin de soins, se les verront accorder selon la réglementation sur l'entraide en matière de prestations. Cf. Message relatif aux accords sectoriels, p. 5642.

KATI FRECHELIN retient ainsi pertinemment que les «*personnes assurées en Suisse qui sont domiciliées à l'étranger ne peuvent en principe pas choisir librement de venir se faire soigner en Suisse [...]. La possibilité de venir de son propre choix se faire traiter en Suisse n'est ouverte qu'aux frontaliers et, sur la base de l'Accord, aux assurés résidant dans certains Etats*». ¹⁶²

Les personnes résidant dans un Etat membre de l'UE disposant d'un tel libre ¹⁶³ droit d'accès aux prestations de maladie en Suisse ¹⁶⁴ doivent être traitées comme si elles résidaient en Suisse. Dans ce contexte spécifique, le Règlement (CEE) n° 1408/71 impose en effet une égalité de traitement non seulement entre ressortissants suisses et ressortissants étrangers (article 3), mais également entre frontaliers et personnes résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas (et étant assurées en Suisse) d'une part, et personnes domiciliées en Suisse d'autre part (article 20, en lien avec Annexe VI, partie **Suisse**, chiffre 4). Autrement dit, en ce qui concerne les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas, est interdite non seulement une discrimination sur la base du critère de la nationalité, mais également sur la base du critère du domicile.

Le Règlement (CEE) n° 1408/71 ne permet donc pas en principe de tenir compte d'un critère de domicile en ce qui concerne l'accès aux prestations de maladie de ces catégories de personnes. Toute inégalité de traitement dans l'accès aux soins sur la base du critère du domicile entre ces catégories de personnes et les personnes domiciliées en Suisse paraît de ce fait exclue.

A notre avis, ce raisonnement s'applique à la transplantation et à l'allocation d'organes aux patients inscrits sur la liste d'attente. Les frontaliers ainsi que les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas, même s'ils ne sont pas domiciliés en Suisse, peuvent ainsi prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne la transplantation d'organes, sur la base de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71. HERMAN NYS s'exprime dans ce sens dans le contexte de l'inscription sur la liste d'attente, en affirmant que, «*[a]n obligation to treat patients from other member States equally with the nationals of the member State of treatment, including protection against discrimination, indeed implies an obligation to register non-residents on a national waiting list in the case of organ transplantation*». ¹⁶⁵

¹⁶² FRECHELIN, p. 133.

¹⁶³ C'est-à-dire en dehors des cas d'urgence et des cas de patients autorisés.

¹⁶⁴ Il s'agit des frontaliers et des personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas.

¹⁶⁵ NYS, p. 430 s.

5. Accès à la transplantation en tant que prestation de maladie et allocation d'organes

5.1. Généralités

Les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas (notamment les membres de familles des frontaliers) peuvent obtenir des prestations de maladie en Suisse. Rappelons que l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 prévoit que, dans cette hypothèse, les prestations de maladie doivent être fournies comme si les personnes concernées résidaient en Suisse (en tant qu'Etat compétent).

Nous avons vu auparavant que les transplantations d'organes, qui font partie de l'assurance obligatoire des soins en vertu de l'annexe 1 de l'OPAS, constituent des prestations de maladie au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71.¹⁶⁶ Les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas (notamment les membres de familles des frontaliers) peuvent ainsi prétendre à une transplantation d'organes comme s'ils résidaient en Suisse.

Nous avons vu également que le Règlement (CEE) n° 1408/71 utilise la formule «*comme si l'intéressé résidait dans celui-ci*» (article 20) pour neutraliser toute référence au domicile en tant que condition matérielle d'accès aux prestations.¹⁶⁷

5.2. Contexte de pénurie

Partant du constat que les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas peuvent prétendre aux transplantations d'organes comme les personnes domiciliées en Suisse, il faut ensuite se demander comment ce droit d'accès à une prestation médicale s'intègre dans un contexte où cette prestation est confrontée à une pénurie.

Lorsqu'une prestation médicale est généralement disponible sans restriction, le fait de traiter les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse ne pose en principe aucun problème. Mais qu'en est-il lorsque la ressource médicale concernée n'est pas disponible en quantité suffisante? Qu'en est-il lorsque l'Etat concerné, en l'espèce la Suisse, doit fixer des critères d'allocation pour répartir la ressource médicale rare? La Suisse peut-elle, à ce stade,

¹⁶⁶ Cf. chiffre 4.4.

¹⁶⁷ Cf. chiffres 4.7.2 et 4.7.4. Nous avons évoqué également la jurisprudence du Tribunal fédéral qui admet la primauté de l'interdiction de la discrimination résultant de l'ALCP et du droit communautaire sur une disposition légale, utilisant le critère du domicile, adoptée ultérieurement et de manière délibérée par le législateur suisse. Cf. chiffre 4.5.2.

réintroduire un critère de domicile pour favoriser les personnes domiciliées en Suisse?

Il faut noter dans ce contexte que la CJCE a clairement jugé que des listes d'attente étaient un moyen admissible permettant d'allouer des ressources médicales rares: «*Dans un contexte marqué par une demande de soins hospitaliers en constante augmentation en raison, principalement, des progrès de la médecine et de l'allongement de l'espérance de vie, d'une part, et par une offre nécessairement limitée par des impératifs budgétaires, d'autre part, il ne saurait être contesté que les autorités nationales en charge de la gestion de la fourniture de tels soins ont le droit d'instituer, si elles l'estiment nécessaire, un système de listes d'attente visant à planifier la fourniture de ces soins et à fixer des priorités en fonction des ressources et des capacités disponibles*». ¹⁶⁸

5.3. Critère du domicile dans l'allocation d'organes: appréciation

A l'égard des frontaliers et des personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas, la Suisse ne peut pas se servir du critère du domicile pour restreindre l'accès à une prestation médicale («*Leistungsberechtigung*»). Mais peut-elle se servir d'un tel critère en ce qui concerne l'allocation d'une prestation médicale rare à l'intérieur de ses frontières, c'est-à-dire d'une prestation médicale qui n'est pas suffisamment disponible pour les personnes domiciliées en Suisse?

A notre avis, une réponse négative à cette question s'impose pour plusieurs raisons:

5.3.1. But et objectif de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71

Une première raison se trouve dans le but et l'objectif même de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.

Dans un arrêt qui concerne les prestations en nature en cas d'infirmité congénitale en faveur d'un enfant d'un frontalier allemand résidant en Allemagne et travaillant en Suisse (prestations refusées par les autorités inférieures), le Tribunal administratif fédéral retient que «*würde - wenn man der von der Vorinstanz bzw. der vom BSV vertretenen Ansicht folgen würde - bei Grenzgängern, die in der Schweiz der obligatorischen Krankenversicherung unterstehen, eine Versicherungslücke entstehen, die ausschliesslich im grenzüberschreitenden Sachverhalt begründet liegt. Zweck des Koordinationsrechts im Bereich der sozialen Sicherheit ist aber gerade, solche Nachteile zu Vermeiden*». ¹⁶⁹

¹⁶⁸ Arrêt de la CJCE du 16 mai 2006 dans l'affaire C-372/04, *The Queen, à la demande de: Yvonne Watts contre Bedford Primary Care Trust, Secretary of State for Health*, § 67.

¹⁶⁹ Décision C-2822/2006 du Tribunal administratif fédéral du 23 novembre 2007, c. 4.6.

Dans le contexte de l'allocation d'organes, la situation peut être très similaire pour les frontaliers et certaines personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas. Du fait de leur résidence dans un Etat membre de l'UE, ils sont désavantagés en ce qui concerne l'allocation d'organes en Suisse, bien qu'ils soient assurés obligatoirement en Suisse, qu'ils aient un droit d'accès aux soins en Suisse et qu'ils puissent être inscrits sur la liste d'attente suisse.

L'article 17 al. 3 let. b LTx, en lien avec l'article 21 LTx et la possibilité d'une inscription sur la liste d'attente, aboutit ainsi à la situation que les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas ayant besoin d'un organe risquent de tomber dans une «*Versicherungslücke*» (ou une «*Leistungslücke*» plutôt) en raison du caractère transfrontalier de l'état de fait, c'est-à-dire de leur situation.

5.3.2. Tendence générale de neutralisation des critères de domicile

La tendance générale qui ressort de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71 concernant le critère du domicile est clairement une levée des clauses de résidence. Et cela non seulement en ce qui concerne les prestations de maladie dans le contexte des frontaliers, mais également pour les autres prestations découlant de la sécurité sociale.

L'article 10 du Règlement (CEE) n° 1408/71 prévoit explicitement une levée des clauses de résidence en ce qui concerne les prestations en espèces. Si tel est le cas pour les prestations en espèces, il n'y a pas de raison à ce que cela soit différent pour les prestations en nature. De plus, la neutralisation des critères de domicile en tant que critère d'accès à une prestation (dans le sens de «*Leistungsberechtigung*») doit logiquement empêcher également la réintroduction de critères de domicile au niveau de la répartition des ressources disponibles à l'intérieur des frontières, au niveau national.

5.3.3. Discrimination indirecte injustifiée dans ce contexte

Comme nous l'avons mentionné auparavant,¹⁷⁰ la loi sur la transplantation ne crée pas de discrimination directe puisque le critère pertinent pour l'allocation d'organes n'est pas la nationalité des patients concernés, mais leur domicile. Dans le contexte de l'allocation d'organes, la Suisse traite ainsi de la même manière les personnes de nationalité suisse et les ressortissants d'un Etat membre de l'UE, à condition qu'ils soient domiciliés en Suisse. Dans ce sens, l'on pourrait ainsi affirmer que le critère du domicile n'est pas discriminatoire au sens de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71 dans la mesure où il s'applique indifféremment aux Suisses et aux étrangers.¹⁷¹

¹⁷⁰ Cf. chiffre 2.2.

¹⁷¹ Pour un raisonnement similaire, cf. KAHIL-WOLFF, *Coordination*, p. 107. Cf. également l'ATF 134 III 608 évoqué ci-dessus. Cf. note 88.

Mais il se pose bien évidemment la question d'une discrimination indirecte. Telle que définie plus haut,¹⁷² une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition ne consacre pas formellement une distinction selon le critère de la nationalité, mais qu'elle produit des effets qui affectent plus souvent de façon négative des personnes de nationalité étrangère que les ressortissants suisses.

La règle d'allocation prévue à l'article 17 al. 3 let. b LTx peut être considérée comme une discrimination indirecte puisque les ressortissants d'un Etat membre de l'UE sont plus souvent touchés que les ressortissants suisses. En effet, parmi les frontaliers, se trouvent plus de ressortissants étrangers que de ressortissants suisses. L'allocation d'organes selon le critère du domicile désavantage donc concrètement plus souvent des étrangers que des Suisses.

Nous avons vu auparavant que les discriminations indirectes peuvent être admissibles à certaines conditions (raisons objectives d'intérêt général, principe de la proportionnalité).¹⁷³ Il faut toutefois noter que la CJCE n'a toujours accepté les motifs justificatifs qu'avec retenue.¹⁷⁴ Elle n'a pas accepté par exemple de simples raisons économiques ou des raisons relatives à la simplification des démarches administratives.¹⁷⁵

Si, en l'espèce, la présence de raisons objectives d'intérêt général pouvait être admise en raison de la pénurie importante d'organes disponibles pour la transplantation, il n'en va pas de même en ce qui concerne le principe de la proportionnalité.

Nous avons démontré auparavant que les règles actuelles d'allocation d'organes en Suisse mettent les frontaliers dans la quasi impossibilité, en pratique, de se faire attribuer un organe en Suisse.¹⁷⁶ Les règles d'allocation actuelles en Suisse empêchent donc, si ce n'est formellement du moins en pratique, l'accès aux transplantations en Suisse des frontaliers; il s'agit pourtant d'un traitement médical auquel cette catégorie de personnes a droit en vertu du Règlement (CEE) n° 1408/71. Dans ces circonstances, on peut dire que le principe de la proportionnalité n'est assurément pas rempli.

L'article 17 al. 3 let. b LTx crée donc une discrimination indirecte des personnes ayant un droit d'accès aux soins en Suisse, mais ne résidant pas en Suisse, par rapport aux personnes domiciliées en Suisse. Cette discrimination indirecte est à notre avis injustifiée en l'occurrence: même si on peut discuter l'absence de raisons objectives d'intérêt général (la pénurie d'organes pourrait éventuellement être considérée comme telle), le principe de proportionnalité n'est pas respecté.

¹⁷² Cf. chiffre 4.5.2.

¹⁷³ Cf. chiffre 4.5.2.

¹⁷⁴ IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 28.

¹⁷⁵ IMHOF, *Koordinationsrecht*, N 28.

¹⁷⁶ Cf. chiffre 2.3.2.

Il faut noter finalement que les frontaliers payent leurs primes d'assurance-maladie en Suisse. Le fait de payer des primes a lieu dans le but d'obtenir des prestations en cas de besoin. ANNE-CLAIRE SIMON constate pertinemment qu'il y a «*un lien étroit entre les prestations disponibles et leur financement*».¹⁷⁷ Autrement dit, il y a un lien étroit entre les prestations de maladie disponibles dans l'assurance obligatoire des soins et les primes d'assurance payées par les personnes qui doivent obligatoirement s'assurer en Suisse. Restreindre l'accès à une prestation à des personnes qui payent des primes pour obtenir justement cette prestation, et qui disposent en plus d'un droit d'accès à ces prestations en vertu du Règlement (CEE) n° 1408/71, paraît inadmissible.

5.3.4. Comparaison avec la réduction des primes d'assurance-maladie pour les personnes de condition économique modeste

En ce qui concerne la question de l'égalité de traitement dans l'allocation d'organes entre frontaliers et personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas d'une part, et personnes domiciliées en Suisse d'autre part, une comparaison peut être faite avec les réductions de primes accordées aux personnes assurées et domiciliées en Suisse et aux personnes assurées en Suisse et domiciliées à l'étranger.

En vertu de l'article 65 LAMal, des réductions de primes sont accordées aux assurés de condition économique modeste. Dans son message relatif aux accords sectoriels, le Conseil fédéral se prononce de la manière suivante sur la question du droit aux réductions de primes pour les personnes assurées, mais non domiciliées en Suisse: «*Les personnes de condition économique modeste auront également droit à une réduction de leur prime. Puisque certaines catégories de personnes sont sur la base de l'accord obligatoirement assujetties à la LAMal et que la LAMal prévoit pour les assurés de condition économique modeste un système de réduction de leur prime, de tels avantages doivent également être accordés en cas de résidence dans un Etat de l'UE. L'octroi de cette aide ne peut pas être refusée au motif que la personne concernée ne réside pas en Suisse*».¹⁷⁸

Les personnes non domiciliées en Suisse ayant l'obligation de s'assurer en Suisse contre les risques de maladie conformément à l'ALCP ont donc droit à une réduction de leurs primes lorsqu'elles se trouvent dans une condition économique modeste, au même titre que les personnes domiciliées en Suisse.¹⁷⁹ En ce qui concerne les réductions de primes pour les personnes de condition économique modeste, le critère du domicile est ainsi un critère inadmissible. Selon le Conseil fédéral, le droit aux réductions de primes découle de l'obligation de s'assurer en Suisse.

¹⁷⁷ SIMON, p. 148.

¹⁷⁸ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5466.

¹⁷⁹ Message relatif aux accords sectoriels, p. 5719.

5.3.5. Argument du tourisme de transplantation

Lors de notre analyse de la genèse des articles 17 et 21 LTx, nous avons pu constater que l'argument principal invoqué par les parlementaires dans le cadre des délibérations aux Chambres fédérales était le fait de vouloir éviter le tourisme de transplantation vers la Suisse.¹⁸⁰

L'argument du risque d'un tourisme de transplantation n'est pas un argument pertinent dans le contexte qui nous intéresse. Le but de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71 est notamment d'augmenter la mobilité des travailleurs (et ainsi indirectement des patients) en Europe et d'enlever les obstacles qui freinent cette mobilité. Cette volonté d'augmenter la mobilité des patients se constate d'ailleurs très clairement dans la jurisprudence de la CJCE et dans la récente Directive relative aux droits des patients adoptée par le Parlement européen (même si cette directive exclut finalement de son champ d'application l'attribution d'organes).¹⁸¹

L'argument du risque d'un tourisme de transplantation est encore moins pertinent, en ce qui concerne les frontaliers résidant dans un Etat membre de l'UE qui, à la différence de la majorité des autres travailleurs/patients tombant sous le champ d'application du Règlement (CEE) n° 1408/71, disposent d'un libre droit d'accès aux soins en Suisse. En effet, ces personnes ont acquis la qualité de frontalier en raison de l'emploi qu'elles ont pris, souvent depuis longtemps, en Suisse. Sauf exception, il n'y a donc pas de corrélation entre le statut de frontalier et celui de receveur d'organe. En d'autres termes, ce n'est pas la perspective d'obtenir un organe en Suisse qui a conduit ces personnes à devenir des frontaliers.

Certes, la mobilité des patients dans le domaine de la transplantation d'organes est un sujet délicat puisqu'il s'agit d'une ressource très rare. Mais la question de l'allocation d'organes aux personnes non domiciliées en Suisse dans le contexte général de la mobilité des patients doit être distinguée de la situation des frontaliers, qui sont, en ce qui concerne l'accès aux prestations, considérés comme des résidents et non pas comme des non-résidents!

Il faut noter finalement que, comme nous l'avons vu auparavant,¹⁸² chaque patient ne peut être inscrit que sur une seule liste d'attente. Le risque d'abus, c'est-à-dire un patient s'inscrivant sur deux listes d'attente, celle de son lieu de résidence et celle de son lieu de travail, ne paraît de ce fait pas réaliste.

5.3.6. Solidarité entre donneurs et receveurs

Nous tenons à soulever un dernier argument qui remet en question le critère du domicile dans l'allocation d'organes à l'égard des frontaliers soumis au Règlement (CEE) n° 1408/71.

¹⁸⁰ Cf. chiffres 2.1.2 et 2.2.2.

¹⁸¹ Cf. chiffre 7.2. GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 182, note que malgré ces développements, le tourisme médical (en général) ne s'est pas vraiment développé.

¹⁸² Cf. chiffre 2.1.5.

Dans le contexte de la transplantation d'organes, la notion de solidarité entre donneurs et receveurs joue un rôle non négligeable.¹⁸³ Cette notion de solidarité part de l'idée que le *pool* de donneurs et le *pool* de receveurs devraient plus ou moins converger. C'est une raison valable pour désavantager les personnes non résidentes dans le cadre de l'allocation d'organes (ou déjà au stade de l'admission sur la liste d'attente).

Cette logique, cohérente en soi, n'est pas pertinente pour le cas des frontaliers. Ces personnes-là travaillent en Suisse, sont assurées en Suisse et se font généralement soigner en Suisse. Si elles venaient à décéder, il y aurait de fortes chances que cela arrive lorsqu'elles se trouvent sur le territoire suisse. C'est donc dans un service de soins intensifs d'un hôpital suisse que se poserait vraisemblablement la question d'un éventuel prélèvement d'organes. Or, ces organes bénéficieraient en primeur aux patients inscrits sur la liste d'attente suisse.

5.4. Conclusion

L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71¹⁸⁴ neutralise toute référence au domicile en tant que condition matérielle d'accès aux prestations, pour les frontaliers d'une part, et pour les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas (notamment les membres de familles des frontaliers) d'autre part. A notre avis, la Suisse ne peut pas se servir du critère du domicile à l'égard de ces personnes pour restreindre l'accès à une prestation médicale («*Leistungsberechtigung*»), même dans l'hypothèse où cette prestation est confrontée à une pénurie et que des règles d'allocation doivent être établies.

Dans le contexte de l'allocation d'organes, il nous paraît ainsi inadmissible de favoriser les personnes domiciliées en Suisse par rapport aux frontaliers ainsi qu'aux personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas. En effet, malgré la situation de pénurie, il faut noter que le critère du domicile dans le cadre de l'allocation d'organes contredit très clairement le but et l'objectif même de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71. De plus, il se trouve en contradiction avec la tendance générale de lever les clauses de résidence qui se dégage de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.

Le critère du domicile dans l'allocation d'organes prévu à l'article 17 al. 3 let. b LTx crée une discrimination indirecte des personnes ayant un droit d'accès aux soins en Suisse, mais ne résidant pas en Suisse, par rapport aux personnes domiciliées en Suisse. Cette discrimination indirecte est injustifiée en l'occurrence. Nous avons vu que même si la présence de raisons objectives d'intérêt général pouvait être admise en raison de la pénurie importante d'organes, le principe de la proportionnalité n'est certainement pas respecté.

¹⁸³ NYS, p. 430 s; HAASE-KROMWIJK/DU PRE/COHEN, p. 170.

¹⁸⁴ En lien avec l'Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4.

D'autres arguments encore permettent de remettre en question le critère du domicile dans l'allocation d'organes à l'égard des frontaliers. Une comparaison avec la réduction des primes d'assurance-maladie pour les personnes de condition économique modeste démontre que le critère du domicile est un critère inadmissible en ce qui concerne l'octroi de ces réductions aux personnes ayant l'obligation de s'assurer en Suisse. Par ailleurs, la crainte d'un tourisme de transplantation vers la Suisse paraît sans fondement par rapport à des frontaliers. Il faut noter finalement que le principe de solidarité entre donneurs et receveurs nous fait également pencher en faveur d'un traitement égal entre frontaliers et personnes domiciliées en Suisse.

6. Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009

6.1. Généralités

Le 1^{er} mai 2010, le Règlement (CE) n° 883/2004 et son Règlement d'application 987/2009 sont entrés en vigueur. Dans l'idée de simplifier la coordination des systèmes de sécurité sociale, ces deux nouveaux règlements remplacent les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 dans les vingt-sept Etats membres de l'UE.¹⁸⁵

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'ALCP, et notamment de son annexe II.

La date d'entrée en vigueur pour la Suisse de ces règlements n'est pas encore connue. Selon STEPHAN CUENI et KATI FRECHELIN, «*[l]es autorités suisses compétentes en matière de sécurité sociale ont ainsi décidé de tenir des pourparlers d'experts avec la Commission européenne. Un projet de mise à jour de l'annexe II a été élaboré. Il est actuellement en consultation et examen interne des deux côtés, l'objectif étant de pouvoir appliquer le texte le plus rapidement possible*». ¹⁸⁶

Il faut encore noter que les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 resteront en vigueur pour ce qui est de la coordination avec les systèmes de sécurité sociale dans le contexte de l'EEE (Norvège, Islande, Liechtenstein) et de l'ALCP (Suisse) (cf. article 90 du Règlement (CE) n° 883/2004).¹⁸⁷

6.2. Principales nouveautés

Nous aborderons ici brièvement les principales nouveautés apportées par ces deux règlements. Nous traiterons ensuite de la question de savoir si ces nouveautés auront des implications au niveau du raisonnement présenté pour l'allocation d'organes.¹⁸⁸

6.2.1. Extension du champ d'application personnel des règles de coordination

En vertu de son article 2, le Règlement (CE) n° 883/2004 «*s'applique aux ressortissants de l'un des États membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants*». Les règles de coordination sont ainsi applicables à toutes les personnes assurées (c'est-à-dire soumises à la sécurité sociale d'un Etat

¹⁸⁵ Pour plus de détails sur la révision, cf. KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 43 ss.

¹⁸⁶ CUENI/FRECHELIN, p. 61.

¹⁸⁷ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 46.

¹⁸⁸ Pour plus de détails, cf. CUENI/FRECHELIN, p. 58 ss.

membre), y compris les assurés sans activité lucrative.¹⁸⁹ Les nouveaux règlements laissent ainsi tomber le critère du travailleur salarié ou non salarié. Est dorénavant couverte toute personne, qu'elle exerce ou non une activité lucrative.¹⁹⁰ Par contre, le Règlement (CE) n° 883/2004 n'englobe pas les ressortissants d'Etat tiers.¹⁹¹ Le critère de la nationalité est ainsi maintenu, en ce sens que seuls les ressortissants d'un Etat membre de l'UE sont concernés.

6.2.2. Extension du principe de l'égalité de traitement

En vertu de l'article 4 du Règlement (CE) n° 883/2004, l'égalité de traitement concerne toute personne assurée. L'application de ce principe ne se limite ainsi plus aux personnes assurées et résidant sur le territoire de l'un des Etats membres.

6.2.3. Assouplissement des règles sur l'accès aux soins¹⁹²

Le Règlement (CE) n° 883/2004 apporte un changement par rapport à l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71. Le droit de choisir, en ce qui concerne les traitements médicaux, entre l'Etat de résidence et l'Etat d'affiliation (c'est-à-dire l'Etat dans lequel a lieu l'activité professionnelle), était jusqu'à présent réservé aux frontaliers. Le Règlement (CE) n° 883/2004 étend ce droit. Dorénavant, les membres de la famille d'un travailleur frontalier ont également le choix, comme le frontalier lui-même, de se faire soigner dans l'Etat de résidence (normalement appelé à fournir les prestations en nature; article 17 du Règlement (CE) n° 883/2004) ou dans l'Etat d'affiliation (article 18 du Règlement (CE) n° 883/2004; sous réserve de l'article 18 al. 2 du Règlement (CE) n° 883/2004 et de son annexe III, qui autorisent les Etats membres à limiter la possibilité de choisir aux cas de nécessité médicale).¹⁹³

Les frontaliers retraités (article 28) et les bénéficiaires de rentes domiciliaires hors de l'Etat d'affiliation (article 27) bénéficient également de ce droit d'option.¹⁹⁴

6.3. Implications pour la Suisse en cas de reprise

L'intégration du Règlement (CE) n° 883/2004 à l'annexe II de l'ALCP aura des implications pour la Suisse en ce qui concerne l'extension du cercle de personnes qui ont le choix de se faire soigner en Suisse.

¹⁸⁹ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 47.

¹⁹⁰ La législation de l'Etat de résidence est applicable aux personnes sans activité lucrative.

¹⁹¹ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 48.

¹⁹² Les Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009 n'instaurent pas une véritable libre circulation en matière de soins de santé. La libre circulation des patients fait par contre l'objet d'une *Directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers* de l'UE. Nous analyserons cette directive au chiffre 7.2.

¹⁹³ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 53.

¹⁹⁴ GROLIMUND, *Mobilité*, p. 73.

En vertu du Règlement (CE) n° 883/2004, le droit de choisir de se faire soigner dans l'Etat d'affiliation, au lieu de l'Etat de résidence, n'est plus réservé aux seuls frontaliers et aux résidents de certains Etats qui ont conclu un accord avec la Suisse. Bénéficiaire de cette possibilité de choix également les membres de la famille du frontalier, les frontaliers retraités et les bénéficiaires de rentes domiciliés hors de l'Etat compétent.

Toutes ces catégories de personnes doivent ainsi, lorsqu'elles décident de se faire soigner dans l'Etat d'affiliation, être traitées comme les résidents de l'Etat d'affiliation. Dans ce sens, **l'application du principe de l'égalité de traitement** entre personnes domiciliées dans l'Etat d'affiliation et les personnes non domiciliées dans cet Etat, mais assurées obligatoirement dans cet Etat, s'est **étendue**.

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 d'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.

Les changements découlant d'une reprise du Règlement (CE) n° 883/2004 par la Suisse en ce qui concerne l'accès aux soins doivent toutefois être relativisés. Déjà aujourd'hui, les *«personnes qui résident en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas mais qui sont assurées en Suisse pour les soins en cas de maladie bénéficient en cas de séjour en Suisse de l'application par analogie de l'art. 20, première et deuxième phrase du règlement»* (Règlement (CEE) n° 1408/71, Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4).

Il s'ensuit que déjà actuellement, sous le Règlement (CEE) n° 1408/71, de nombreuses personnes n'étant pas des frontaliers bénéficient du droit de choisir accordé aux frontaliers. Dans ce sens, l'ouverture du cercle de personnes disposant d'un droit d'option en ce qui concerne le lieu du traitement médical prévue par le Règlement (CE) n° 883/2004 n'impliquera pas des changements *«bouleversants»* en pratique.¹⁹⁵ BETTINA KAHIL-WOLFF retient toutefois que *«quant aux membres de la famille des travailleurs frontaliers, la Suisse pourra, le cas échéant, demander de figurer à l'annexe III du Règlement 883/04 (dans ce cas, les membres de la famille pourront bénéficier, en Suisse, ses soins qui s'avèrent nécessaires du point de vue médical)»*.¹⁹⁶

En ce qui concerne les ressortissants d'Etat tiers, la reprise par la Suisse du Règlement (CE) n° 883/2004 n'aura aucune implication puisque ces personnes n'entrent pas dans le champ d'application de ce règlement.

¹⁹⁵ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 55.

¹⁹⁶ KAHIL-WOLFF, *Règlement*, p. 56.

Les ressortissants d'Etat tiers pourraient en revanche devenir concernés dans le contexte de l'ALCP si, lors d'une future adaptation de l'accord, le Règlement (CE) n° 859/2003 devait être repris dans l'Annexe II de l'ALCP.

7. Développements récents en droit communautaire

Nous tenons encore à mentionner brièvement quelques développements récents en droit communautaire qui touchent aux questions soulevées dans le cadre du présent avis de droit. Il s'agit, notamment, de la *Directive relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation* et de la *Directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*. Ces deux directives, même si elles ne font pas partie de l'acquis communautaire repris par la Suisse, nous donnent néanmoins certains indices sur les développements futurs qui pourront avoir lieu dans les relations entre la Suisse et l'Union européenne.

7.1. Directive relative aux organes

La *Directive 2010/45/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation* est entrée en vigueur le 26 août 2010 (cité: Directive relative aux organes).¹⁹⁷

La Directive relative aux organes s'applique à toutes les étapes du processus de transplantation, c'est-à-dire le don, l'obtention, le contrôle, la caractérisation, la conservation, le transport et la transplantation (article 2 ch. 1). Par contre, l'aspect de l'attribution d'organes n'est pas explicitement traité par la directive. Les considérants de la Directive relative aux organes rappellent toutefois l'importance de «*l'attribution des organes sur la base de critères transparents, non discriminatoires et scientifiques*» (c. 20).

La grande majorité des dispositions de cette directive constituent des normes sanitaires. Ceci s'explique principalement par la compétence restreinte de l'UE en matière de transplantation d'organes qui, aux termes de l'article 168 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (cité: TFUE), se limite à la qualité et la sécurité des organes.¹⁹⁸ À l'exception de l'article 13 de la Directive relative aux organes, qui établit certains principes régissant le don d'organes dans le but de protéger le donneur et le receveur (par exemple l'interdiction du profit), les questions telles que l'allocation d'organes ou la gestion de la liste d'attente relèvent de la compétence des Etats membres et elles ne trouvent pas leur place dans la directive.¹⁹⁹

¹⁹⁷ JO L 207 du 6 août 2010, p. 14–29. Pour plus de détails sur les développements en droit communautaire ayant mené à l'adoption de la Directive 2010/45/UE, cf. MADER, p. 150 ss.

¹⁹⁸ En vertu de l'article 168 TFUE, l'UE a la compétence d'adopter des mesures sanitaires harmonisées, «*fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang*» (article 168 ch. 4 let. a TFUE, ex-article 152 du Traité instituant la Communauté européenne). Cf. également l'article 168 ch. 7 TFUE.

¹⁹⁹ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive*, p. 6 ch. 24; NYS, p. 428 s.

7.2. Directive relative aux droits des patients

7.2.1. Généralités

En réaction, principalement, à la jurisprudence de la CJCE sur la pertinence du principe de la libre circulation des services dans le domaine des soins de santé, la Commission européenne a soumis au Conseil et au Parlement européen, en juin 2008, une proposition de «*Directive relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*» (cité: Directive relative aux droits des patients).²⁰⁰

Après de nombreuses controverses, la Directive relative aux droits des patients a finalement été adoptée par le Parlement européen le 19 janvier 2011.²⁰¹ Le Conseil de l'UE (représentant les Etats membres) doit encore donner son accord formel. Une fois le texte promulgué, les Etats membres de l'UE ont 30 mois pour adapter leur législation nationale.

7.2.2. Eléments principaux

Le but de la directive est d'établir un cadre légal clair relatif aux droits des patients à un traitement médical à l'étranger (c'est-à-dire dans un autre Etat membre) sans autorisation préalable.²⁰² Il s'agit de codifier «*les droits des patients dans le domaine ambulatoire et le domaine hospitalier, ainsi que les exigences relatives aux systèmes d'autorisation nationaux*». ²⁰³ La directive précise ainsi les droits des patients qui souhaitent se faire soigner dans un pays de l'UE différent de leur pays de résidence. La directive ne touche cependant pas aux règlements portant sur la coordination des régimes de sécurité sociale, qui restent en place (article 2). Au contraire, la directive offre un mécanisme complémentaire sur la base des principes liés à la libre circulation et les jugements rendus par la CJCE dans ce contexte.²⁰⁴ La Commission européenne affirme dans ce sens que «*[l]es dispositions relatives aux droits des patients contenues dans cette proposition et dans le règlement (CEE) n° 1408/71 instaurent deux mécanismes parallèles pour la prise en charge du coût des soins de santé transfrontaliers*». ²⁰⁵ Le considérant 30 de la directive précise: «*[l]es deux systèmes devraient dès lors être cohérents pour les patients; soit la présente directive s'applique, soit les règlements de l'Union sur la coordination des systèmes de sécurité sociale s'appliquent*».

²⁰⁰ COMMISSION EUROPEENNE, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM (2008) 414 (cité: COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive en matière de soins*). Toutes les étapes de la procédure législative de cette directive peuvent être suivies sur le site <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=fr&procnum=COD/2008/0142> (consulté le 14/02/2011). Sur le projet de Directive, voir notamment GROLIMUND, *Entterritorialisierung*, p. 48 ss.

²⁰¹ Cf. <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=fr&procnum=COD/2008/0142> (consulté le 14/02/2011).

²⁰² Directive relative aux droits des patients, c. 27.

²⁰³ GROLIMUND, *Mobilité*, p. 74.

²⁰⁴ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive en matière de soins*, p. 5. Directive relative aux droits des patients, c. 8.

²⁰⁵ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive en matière de soins*, p. 5.

L'article 3, qui définit les termes utilisés par Directive relative aux droits des patients, établit également son champ d'application personnel. Constituent des «*personnes assurées*» au sens de la directive: (a) les personnes, y compris les membres de leur famille et leurs survivants, qui sont couvertes par l'article 2 du Règlement (CE) n° 883/2004 et qui sont des personnes assurées au sens de l'article 1, point c), dudit règlement; et b) les ressortissants de pays tiers qui sont couverts par le Règlement (CE) n° 859/2003 ou qui satisfont aux conditions d'ouverture des droits à des prestations prévues par la législation de l'État membre d'affiliation.

La directive établit ensuite en détail les responsabilités de l'Etat membre de traitement (article 4) et de l'Etat membre d'affiliation (article 5). L'article 4 ch. 3 précise notamment que «*[l]e principe de non-discrimination en ce qui concerne la nationalité s'applique aux patients d'autres États membres*». La directive clarifie également les règles de remboursement (article 7). Les soins transfrontaliers sont ainsi remboursés par l'Etat membre d'affiliation si le type de traitement et les coûts auraient normalement été couverts dans ce pays. La directive prévoit finalement à quelles conditions des soins transfrontaliers sont susceptibles d'être soumis à autorisation préalable (article 8). L'Etat membre d'affiliation peut ainsi exiger que les patients demandent une autorisation préalable pour les traitements nécessitant un séjour de nuit à l'hôpital ou des soins de santé spécialisés. Une liste exhaustive précise les conditions de refus d'une autorisation préalable, incluant notamment les risques de sécurité.

Il faut noter en outre que la nouvelle directive concerne seulement les personnes qui choisissent de se faire soigner à l'étranger, et non pas les situations d'urgence qui peuvent survenir à l'étranger nécessitant un traitement médical immédiat.²⁰⁶

7.2.3. Exclusion de la transplantation d'organes

L'article 1 ch. 3 let. b exclut du champ d'application de la directive «*l'attribution des organes aux fins des transplantations d'organes et [...] l'accès à ceux-ci*». Le considérant 15 de la directive explique cette exclusion de la façon suivante: «*[c]ompte tenu de leur spécificité, l'accès aux organes et leur attribution aux fins des transplantations d'organes ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive*».

Il est intéressant de noter que l'exclusion de l'attribution des organes à des fins de transplantation et l'accès à ceux-ci du champ d'application de la directive n'était pas prévue dans la proposition de directive de la Commission européenne.²⁰⁷ C'est le Parlement européen qui a tenu à cette restriction du champ d'application de la directive.²⁰⁸ La justification invoquée par le Parlement européen est la suivante: «*Le processus de la transplantation*

²⁰⁶ Directive relative aux droits des patients, c. 28.

²⁰⁷ COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive en matière de soins*, p. 32.

²⁰⁸ NYS, p. 427 ss.

*d'organes est entièrement tributaire de la disponibilité des organes dans chaque Etat membre. Son inclusion dans le champ d'application de la directive à l'examen entraînerait d'importants déplacements de patients des pays qui enregistrent un faible taux de donneurs vers ceux dans lesquels le taux de donneurs est élevé, ainsi que d'éventuels conflits entre des patients atteints de maladies engageant leur pronostic vital qui attendent une transplantation».*²⁰⁹

7.2.4. Analyse par rapport à la situation des frontaliers

En ce qui concerne la situation des frontaliers, il faut noter tout d'abord que la Directive relative aux droits des patients ne concerne pas le cas particulier des frontaliers, puisque ceux-ci peuvent se faire soigner dans l'Etat du lieu de travail sans aucune restriction. Comme nous l'avons vu,²¹⁰ quant à l'accès aux prestations, ils ont le choix entre l'Etat de résidence et l'Etat du lieu de travail. S'ils choisissent le lieu de travail, les frontaliers sont considérés résider dans cet Etat. Dans ce sens, les frontaliers ne tombent pas dans la même catégorie de personnes que les patients souhaitant se faire soigner dans un Etat autre que l'Etat de résidence ou d'affiliation.

La définition des «soins transfrontaliers» adoptée par la Directive relative aux droits des patients est d'ailleurs très révélatrice dans ce contexte. Il s'agit en effet de «soins de santé dispensés ou prescrits dans un Etat membre autre que l'Etat membre d'affiliation». Les frontaliers ne tombent pas dans ce cas de figure. Leur situation reste donc entièrement soumise au régime des règlements sur la coordination des régimes de sécurité sociale (Règlement (CEE) n° 1408/71 et 574/72 respectivement 883/2004 et 987/2009).

Si la Directive relative aux droits des patients peut ainsi nous donner une idée générale sur la question de la mobilité des patients en Europe (en dehors du domaine de la transplantation d'organes), elle ne nous permet pas d'en tirer des conclusions sur la situation des frontaliers.

²⁰⁹ PARLEMENT EUROPEEN, *Recommandation*, p. 34.

²¹⁰ Cf. chiffre 4.7.2.

8. Pratique relative à l'allocation d'organes dans certains Etats membres de l'UE

8.1. Tableau

L'OFSP a mis à disposition des trois auteurs du présent avis de droit un certain nombre de documents faisant état de la pratique d'allocation d'organes dans certains Etats membres de l'UE. Nous tenons à présenter très brièvement cette pratique ci-après.

<u>Etat membre de l'UE</u>	<u>Pertinence du critère du domicile</u>	<u>Autres remarques</u>
Royaume-Uni	<p>NON.</p> <p>Les personnes qui ont un droit d'accès aux prestations de maladie au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71 ou 883/2004 sont traitées sur un pied d'égalité avec les personnes résidant au Royaume-Uni (par exemple les patients autorisés au sens de l'article 22 du Règlement (CEE) n° 1408/71).</p> <p>Il en va de même des personnes qui font valoir la libre circulation des services (arrêt <i>Kohll</i>).</p> <p>Il en va de même des personnes qui ont un droit d'accès aux prestations en vertu d'une convention bilatérale sur la santé.</p>	<p>NHS Blood and Transplant (...) (England) Directions 2005:</p> <p>- par. 4 (2): <i>No person in Group 2 shall receive an organ for which there is a clinically suitable person in Group 1.</i></p> <p>- par. 4 (3): <i>Group 1 shall comprise:</i></p> <p><i>(a) persons ordinarily resident in the United Kingdom;</i></p> <p><i>(c) persons who are entitled under Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 to medical treatment in the United Kingdom.</i></p> <p>-> All the people in Group 1 are to be given equal priority.</p> <p>-> People covered under par. 4 (3) (c) are entitled to treatment under the UK system on the same terms as UK residents and should be treated with the same degree of clinical priority as UK residents.</p> <p>-> «<i>entitled to medical treatment</i>»: cette notion correspond au droit d'accès aux prestations («<i>Leistungsanspruch</i>» ou «<i>Leistungsberechtigung</i>»).</p> <p>«<i>[A]n EU national does not have a "right to a transplant". The most that such a patient could establish is a right to be treated by the NHS on an equal basis to NHS patients resident in the UK</i>» (document «<i>Allocation of organs to non UK EU residents</i>», c. 2.25, p. 17).</p>

Hongrie	NON. L'accès à la liste d'attente dépend de l'existence d'une assurance-maladie, et non pas de la résidence de la personne. Ont accès à la liste d'attente: - les personnes assurées ou ayant accès aux prestations de maladie en Hongrie; - les patients autorisés au sens de l'article 22 du Règlement (CEE) n° 1408/71.	
Roumanie	OUI. L'attribution d'un organe à un patient suppose que ce dernier vit en Roumanie (être un résident) et dispose d'une assurance-maladie en Roumanie.	
Pologne	? Personnes résidant en Pologne qui sont assurées à l'étranger et qui tombent sous le champ d'application du Règlement (CEE) n° 1408/71 ou 883/2004 sont traitées comme les ressortissants polonais vivant et étant assurés en Pologne.	
Italie	NON. Personnes ne résidant pas en Italie mais ayant un droit d'accès aux prestations de maladie en vertu du Règlement (CE) n° 883/2004 bénéficient du même traitement que les personnes résidant en Italie.	
Autriche	NON. Ne répond pas à la question des personnes assurées en Autriche, mais résidant à l'étranger. Les patients autorisés au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71 ou 883/2004 («patients E 112») sont traités comme les personnes résidant en Autriche.	
Espagne	OUI. La résidence en Espagne et le droit à l'assistance médicale sont indispensables. Les personnes qui ne résident pas en Espagne ne peuvent pas être incluses dans la liste d'attente des receveurs. Les ressortissants espagnols résidant en Europe doivent s'adresser au système de santé de leur pays de résidence ou bien revenir en Espagne.	

8.2. «Eurotransplant policy on registration of non-resident patients»

Eurotransplant est un organisme international, créé en 1967 et situé à Leiden aux Pays-Bas, qui gère l'allocation d'organes pour les centres de transplantation de l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Croatie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Slovaquie.²¹¹

Eurotransplant dispose d'une politique d'inscription sur la liste d'attente de personnes «non résidentes».²¹² Constituent des patients résidents au sens de cette politique:

- les ressortissants des Etats faisant partie d'*Eurotransplant*,
- les personnes résidant ou travaillant dans un Etat faisant partie d'*Eurotransplant* pour une période de plus de six mois;
- les personnes considérées comme résidentes au sens de la législation nationale de l'Etat où le patient est inscrit sur la liste d'attente.

Tous les autres patients sont des personnes non résidentes. La politique d'*Eurotransplant* impose une vérification du statut de chaque patient concerné au moyen de documents officiels tels que le passeport ou un visa de travail.

La politique d'*Eurotransplant* prévoit que le nombre de patients non résidents inscrits par centre de transplantation sur la liste d'attente doit rester en dessous de cinq pourcent par an sur le nombre total de patients transplantés d'organes provenant de donneurs décédés dans l'année précédente («5% non-resident rule»)²¹³. Cette règle de cinq pourcent concerne le foie, le cœur et les poumons. Lorsqu'un centre dépasse la limite de cinq pourcent, cette transgression est communiquée au centre concerné ainsi qu'au comité directeur d'*Eurotransplant*. En ce qui concerne le rein et le pancréas, la politique d'*Eurotransplant* semble être encore plus stricte: «*The 5% rule is not applicable for kidney and pancreas patients with understanding that these patients are not allowed to be registered on the ET waiting list*».

BERNADETTE HAASE-KROMWIJK *et al.* (travaillant pour *Eurotransplant*) justifient cette politique d'inscription sur la liste d'attente pour des personnes non résidentes. Selon ces auteurs, «*a non-resident policy is objectively necessary for the purpose of guaranteeing sufficient and continued availability of donor organs within the donor procurement systems of the Member States forming the Eurotransplant region*».²¹⁴ *Eurotransplant* n'a toutefois aucun moyen d'imposer cette politique auprès des Etats («*The policy is a normative, not a legal rule for which reason it cannot be legally enforced*»)²¹⁵.

Il est intéressant d'ailleurs de noter que la Commission européenne n'a pas adopté la même définition de la notion «non résident». Dans sa

²¹¹ <http://www.eurotransplant.org/?id=welcome> (consulté le 14/02/2011).

²¹² http://www.eurotransplant.org/?id=non_resident (consulté le 14/02/2011).

²¹³ «*The number of non-resident listings per center for liver, heart and lung patients should stay below 5% per year of the total number of patients transplanted with a deceased donor in the previous calendar year*». Cf. http://www.eurotransplant.org/?id=non_resident (consulté le 14/02/2011).

²¹⁴ HAASE-KROMWIJK/DU PRE/COHEN, p. 171.

²¹⁵ TUFFS, *published online*.

communication «*Don et transplantation d'organes: actions politiques au niveau de l'Union européenne*» du 30 mai 2007, la Commission européenne affirme que «*[d]u fait de la mobilité croissante des personnes au sein de l'UE, il y a lieu d'identifier les principaux problèmes liés à la mobilité des patients. De même, il sera important de parvenir à un accord communautaire sur toutes les questions concernant la médecine transplantatoire pour les patients non communautaires ("non-résidents")*». ²¹⁶

²¹⁶COMMISSION EUROPEENNE, *Actions politiques*, p. 10.

9. Accord conclu avec le Liechtenstein

9.1. Généralités

Dans le cadre du présent avis de droit, il nous paraît finalement intéressant de mentionner l'Accord conclu entre la Suisse et le Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une transplantation (cité: Accord).²¹⁷ L'Accord, conclu le 1^{er} mars 2010, est appliqué de façon provisoire depuis le 1^{er} avril 2010. Il entrera en vigueur après l'approbation de l'arrêté fédéral correspondant par les Chambres fédérales. Le 14 décembre 2010, le Conseil national a pris une décision conforme au projet du Conseil fédéral.²¹⁸

Dans son message du 18 août 2010, le Conseil fédéral explique que le but de l'Accord est de rétablir la situation telle qu'elle était avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transplantation.²¹⁹ Avant le 1^{er} juillet 2007, les personnes domiciliées au Liechtenstein étaient traitées comme des personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne l'inscription sur la liste d'attente et l'attribution d'organes.²²⁰ La loi sur la transplantation consacrant le principe du domicile et favorisant ainsi les personnes domiciliées en Suisse, les patients domiciliés au Liechtenstein se trouvaient dans une situation difficile depuis le 1^{er} juillet 2007.

En bref, l'Accord prévoit que les personnes domiciliées au Liechtenstein se trouvent sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse lors de l'inscription sur la liste d'attente (article 1) et lors de l'attribution d'organes (article 2). Le Liechtenstein s'engage en même temps à appliquer, dans ses hôpitaux, les mesures en vigueur en Suisse en vue d'identifier et de déclarer les donneurs potentiels (article 4) et à participer proportionnellement aux coûts que la Confédération doit assumer pour l'attribution d'organes (article 6).²²¹ Le principe de solidarité est ainsi respecté, puisque l'Accord élargit tant le *pool* de donneurs que le *pool* de receveurs pour y inclure les personnes domiciliées au Liechtenstein.

9.2. Articles 1 et 2 de l'Accord

Les articles 1 et 2 de l'Accord sont particulièrement intéressants dans le contexte du présent avis de droit. En vertu de l'article 1, «*[I]es personnes domiciliées au Liechtenstein sont inscrites sur la liste d'attente suisse ou en sont radiées aux mêmes conditions que les personnes domiciliées en Suisse*». L'article 2 prévoit que «*[I]es personnes domiciliées au Liechtenstein*

²¹⁷ Pour plus de détails, cf. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20100065 (consulté le 14/02/2011).

²¹⁸ BO 2010 CN 2009 s.

²¹⁹ Message concernant l'attribution d'organes, p. 5021. Cf. également BO 2010 CN 2009.

²²⁰ En pratique, les chiffres sont très peu élevés. Entre 2002 et 2006, cinq organes prélevés sur des personnes décédées en Suisse ont été attribués à des patients liechtensteinois. Durant cette même période, des patients suisses ont reçu les organes prélevés sur un citoyen décédé du Liechtenstein. Cf. Message concernant l'attribution d'organes, p. 5021.

²²¹ Message concernant l'attribution d'organes, p. 5022.

inscrites sur la liste d'attente suisse pour l'attribution d'organes sont traitées de la même façon que les personnes domiciliées en Suisse».

Les dispositions prévoient ainsi que les personnes domiciliées au Liechtenstein doivent être traitées «*aux mêmes conditions*» ou «*de la même façon*» que les personnes domiciliées en Suisse.²²² Ces deux formulations ont une forte ressemblance avec l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71, selon lequel le frontalier peut obtenir des prestations de maladie dans son pays d'emploi comme «*si l'intéressé résidait dans celui-ci*». L'Accord conclu entre la Suisse et le Liechtenstein tend ainsi à neutraliser la clause de domicile prévue par la loi sur la transplantation en tant que condition matérielle d'accès à la liste d'attente et à l'attribution d'organes.

Il est vrai que l'Accord neutralise le critère du domicile non seulement pour les frontaliers provenant du Liechtenstein, mais pour toutes les personnes domiciliées au Liechtenstein. Le mécanisme ou la logique est toutefois la même que celle relative au droit d'accès aux prestations de maladie des frontaliers dans leur pays d'emploi!

²²² Message concernant l'attribution d'organes, p. 5022 s.

10. Synthèse et conclusions

Au terme de cet avis de droit, il nous est possible de formuler un certain nombre de conclusions:

- (1) En vertu de la loi sur la transplantation, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007, le **processus d'attribution d'organes** (chapitre 2, section 4) se déroule en deux étapes: premièrement, l'inscription sur la liste d'attente (article 21 LTx), et, deuxièmement, l'allocation d'organes aux personnes inscrites sur la liste d'attente (article 17 LTx).
- (2) **L'inscription sur la liste d'attente** est régie par le principe du domicile («*Wohnsitzprinzip*»). Autrement dit, les personnes domiciliées en Suisse sont favorisées par rapport aux personnes résidant à l'étranger en ce qui concerne l'accès à la liste d'attente. Le Conseil fédéral dispose de la possibilité de prévoir des exceptions au principe du domicile (article 21 al. 1 LTx). En vertu de l'article 4 de l'ordonnance sur l'attribution d'organes, les personnes non domiciliées en Suisse sont notamment inscrites sur la liste d'attente si elles sont tenues de s'assurer en Suisse en vertu de l'article 1 OAMal. Puisque les frontaliers qui résident dans un Etat membre de l'UE et qui sont soumis à l'assurance suisse en vertu de l'Accord sur la libre circulation des personnes et de son annexe II ont l'obligation de s'assurer en Suisse (article 1 al. 2 let. d OAMal), ils peuvent se faire inscrire sur la liste d'attente au même titre que les personnes domiciliées en Suisse.
- (3) **L'allocation d'organes** est également régie par le principe du domicile. Lors de l'attribution d'un organe, les personnes non domiciliées en Suisse ne sont pas mises sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse. A la différence de l'inscription sur la liste d'attente, aucune possibilité n'est prévue par l'article 17 LTx ou par l'ordonnance sur l'attribution d'organes de traiter les frontaliers de façon égale aux personnes domiciliées en Suisse.
- (4) Les **frontaliers** - qu'ils soient étrangers ou suisses - peuvent donc être inscrits sur la liste d'attente, comme les personnes domiciliées en Suisse. Mais ensuite, dans le cadre de l'attribution d'organes, ils sont **désavantagés par rapport aux personnes domiciliées en Suisse**. Cette situation manque de cohérence: il est contradictoire d'admettre les frontaliers sur la liste d'attente, comme les personnes domiciliées en Suisse, pour les désavantager ensuite au moment de l'attribution d'un organe. Vu la situation de pénurie d'organes, ce désavantage au détriment des frontaliers revient - en pratique - à les exclure quasiment de toute possibilité d'obtenir un organe.
- (5) Cet état de fait se distingue fondamentalement de la situation qui existait **avant l'entrée en vigueur de la loi sur la transplantation** le 1^{er} juillet 2007. A l'époque, les frontaliers travaillant en Suisse et ayant contracté une assurance-maladie en Suisse bénéficiaient du même

statut que les personnes domiciliées en Suisse, tant pour l'inscription sur la liste d'attente que pour l'attribution d'organes.

- (6) Les **travaux parlementaires** ayant abouti à la loi sur la transplantation démontrent que la question du statut des frontaliers dans l'allocation d'organes a été prise en compte et qu'une majorité des parlementaires a voulu favoriser les personnes domiciliées en Suisse. Le traitement inégal des frontaliers n'est donc pas un «accident législatif», mais résulte d'une volonté délibérée du législateur fédéral de favoriser les personnes domiciliées en Suisse. La volonté exprimée lors des travaux parlementaires à propos de l'allocation d'organes aux personnes non domiciliées en Suisse était clairement d'empêcher le tourisme de transplantation.
- (7) Les **règles sur l'allocation d'organes** adoptées par la Suisse doivent néanmoins être compatibles avec l'Accord conclu entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes ainsi qu'avec les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72.
- (8) L'**Accord entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes** (ALCP) est applicable aux ressortissants suisses et aux ressortissants communautaires, sur le territoire des Etats membres de l'UE et en Suisse. L'ALCP consacre le principe de non-discrimination: toute différence de traitement fondée sur le critère de la nationalité est en principe interdite. L'ALCP établit en outre une coordination dans le domaine de la sécurité sociale, concrétisée par son Annexe II qui rend les **Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72** applicables dans les relations entre la Suisse et l'UE. Ces deux règlements établissent des règles de coordination en matière de sécurité sociale, afin de simplifier la libre circulation des personnes.
- (9) La **définition du frontalier** au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71 comprend trois éléments: (a) être un travailleur salarié ou non salarié; (b) exercer son activité professionnelle sur le territoire d'un Etat membre et résider sur le territoire d'un autre Etat membre; (c) retourner dans l'Etat de résidence en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine. Selon cette définition, la notion de frontalier ne se limite pas aux personnes domiciliées dans les pays limitrophes et exerçant une activité professionnelle en Suisse. Un frontalier peut en principe résider sur le territoire de n'importe quel Etat membre de l'UE. En pratique toutefois, la plupart des travailleurs frontaliers en Suisse vivent en France, en Italie, en Allemagne et en Autriche.
- (10) Le Règlement (CEE) n° 1408/71 sur la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale vise les **ressortissants des Parties contractantes** et les personnes dont le statut de **réfugié** ou d'**apatride** a été reconnu qui ont exercé ou exercent une activité professionnelle en Suisse ou dans un Etat membre de l'UE. Les membres de la **famille** et les survivants de ces personnes (ressortissants suisses et communautaires, apatrides et réfugiés) sont également couverts en ce

qui concerne des droits dérivés, quelle que soit leur nationalité, c'est-à-dire même s'ils sont citoyens d'un Etat tiers.

- (11) Le **Règlement (CEE) n° 859/2003**, qui étend le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71 aux ressortissants d'Etats tiers, n'est **pas applicable** dans les relations entre la Suisse et l'UE. Les ressortissants d'Etats tiers (en dehors de leur qualité de réfugié ou de membre de la famille d'un travailleur communautaire, d'un apatride ou d'un réfugié) n'entrent dès lors pas dans le champ d'application personnel du Règlement (CEE) n° 1408/71, tel qu'appliqué entre la Suisse et les Etats membres de l'UE.
- (12) Le Règlement (CEE) n° 1408/71 s'applique notamment aux prestations en cas de maladie. Parmi les **prestations de maladie**, il faut distinguer les prestations en nature et les prestations en espèces. Les prestations en nature comprennent les traitements médicaux et dentaires, ambulatoires et hospitaliers, ainsi que les médicaments. Font partie des prestations en espèces les indemnités journalières. Les transplantations d'organes, couvertes par l'assurance obligatoire des soins en vertu de l'annexe 1 de l'OPAS, constituent des prestations de maladie au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71. Elles tombent donc dans le champ d'application matériel de ce règlement.
- (13) Au-delà de l'interdiction de discrimination prévue à l'article 2 ALCP, le **principe de l'égalité de traitement**, principe fondamental du droit communautaire, se trouve concrétisé, dans le domaine de la sécurité sociale, à l'article 3 du Règlement (CEE) n° 1408/71. Les personnes qui résident sur le territoire d'un Etat membre de l'UE ou de la Suisse sont soumises, au regard de la législation de cet Etat, aux mêmes droits et obligations que les ressortissants de cet Etat. La Suisse doit par conséquent traiter les ressortissants des Etats membres de l'UE de la même manière que ses propres ressortissants.
- (14) A côté de l'interdiction de la **discrimination directe**, à raison de la nationalité, jurisprudence et doctrine reconnaissent aussi l'interdiction de la **discrimination indirecte**. Une discrimination indirecte existe lorsqu'un critère *a priori* neutre produit un impact ou déploie un effet différent sur les ressortissants d'autres Etats. La CJCE admet l'existence d'une discrimination indirecte quand une mesure touche surtout les ressortissants des autres Etats membres, est susceptible de les désavantager dans les faits ou favorise les ressortissants nationaux. Le critère du domicile constitue en principe une discrimination indirecte.
- (15) Dans le contexte de l'ALCP, constitue donc une discrimination indirecte la mesure qui se fonde sur un **critère apparemment neutre mais qui a un impact différent sur les ressortissants communautaires et les ressortissants suisses**, c'est-à-dire affecte plus souvent des ressortissants communautaires que des ressortissants suisses. Dans plusieurs décisions, le Tribunal fédéral a admis qu'une exigence de

domiciliation en Suisse constituait une discrimination indirecte. L'ATF 133 V 367 est particulièrement intéressant dans la mesure où il admet la primauté de l'interdiction de la discrimination résultant de l'ALCP et du droit communautaire sur une disposition légale, utilisant le critère du domicile, adoptée ultérieurement et de manière délibérée par le législateur suisse.

- (16) Une discrimination directe ne peut être justifiée que pour des raisons d'ordre public. Une discrimination indirecte est en revanche admissible en présence de **raisons objectives d'intérêt général** et lorsque le **principe de la proportionnalité** est respecté.
- (17) Les personnes couvertes par le Règlement (CEE) n° 1408/71 (personnes actives, au chômage ou bénéficiaires d'une rente) sont soumises à la législation d'un seul Etat membre, en principe celle du **pays d'emploi**, même si elles résident sur le territoire d'un autre Etat membre. En ce qui concerne l'assurance-maladie, les membres non actifs de la famille d'une personne couverte par le Règlement (CEE) n° 1408/71 sont, en règle générale, soumis au même système d'assurance-maladie que la personne active, même s'ils résident dans un autre pays. Pour les travailleurs frontaliers, résidant dans un Etat membre de l'UE et travaillant en Suisse, ainsi que pour leurs proches, il existe donc en principe une **obligation de s'assurer en Suisse contre les risques de maladie**. Il en va de même des bénéficiaires de rentes de droit suisse (AVS/AI/AA/LPP) et des membres de leur famille sans activité lucrative, ainsi que des bénéficiaires d'une prestation de l'assurance-chômage suisse et des membres de leur famille sans activité lucrative.
- (18) Le **droit aux prestations** («*Leistungsberechtigung*») **de maladie** au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71 est régi par le «*principe du pays de résidence*». Les personnes assurées en Suisse, mais qui résident de façon permanente dans un autre Etat, reçoivent les prestations en nature dans leur Etat de résidence, aux mêmes conditions que les assurés dans cet Etat. Ces personnes-là ne peuvent normalement pas venir se faire soigner en Suisse, Etat où se trouve leur assureur.
- (19) Certaines personnes assurées en Suisse mais résidant à l'étranger peuvent **choisir de se faire soigner en Suisse** («*Behandlungswahlrecht*»). L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 prévoit une règle particulière pour l'accès des **frontaliers** aux prestations de maladie en Suisse: ils ont droit aux mêmes prestations de l'assurance de base, fournies aux mêmes conditions, que les personnes résidant en Suisse (mêmes prestations aux mêmes conditions). En revanche, les membres de la famille du frontalier sans activité lucrative assurés en Suisse auprès d'un assureur LAMal n'ont pas, en principe, accès aux soins en Suisse. Ils doivent se faire soigner dans l'Etat où ils résident.

- (20) En plus des frontaliers, d'autres catégories de personnes bénéficient d'un choix en ce qui concerne l'accès aux prestations de maladie en Suisse. Les **personnes résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas mais assurées en Suisse** peuvent choisir de se faire soigner en Suisse. Puisque l'Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4 renvoie à l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71, ces personnes bénéficient de prestations de maladie en Suisse comme si elles y résidaient. Ce régime a des implications notamment pour les membres de la famille de frontaliers résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas qui, grâce aux accords spéciaux avec ces pays, bénéficient du choix de se faire traiter en Suisse ou, autrement dit, d'un droit d'accès aux soins dans l'Etat d'emploi du frontalier, c'est-à-dire la Suisse.
- (21) A l'exception des frontaliers et des personnes résidant dans un Etat membre de l'UE leur laissant le choix de recourir à un traitement médical en Suisse, les **personnes obligatoirement assurées en Suisse qui résident dans un Etat membre de l'UE** n'ont en principe droit qu'aux prestations dans leur Etat de résidence et selon la législation de cet Etat (à l'exception des cas d'urgence ou d'autorisation). Il en va de même des **personnes résidant et travaillant dans un Etat membre de l'UE** (hors cas d'urgence ou d'autorisation) et des **ressortissants d'Etats tiers** qui, de prime abord, ne tombent pas sous le champ d'application de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71. Ces personnes-là ne peuvent pas librement choisir de se faire soigner en Suisse sur la base de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71
- (22) Les personnes résidant dans un Etat membre de l'UE et disposant d'un choix de se faire soigner en Suisse (**frontaliers et personnes assurées en Suisse et résidant dans certains Etats**) doivent être traitées comme si elles résidaient en Suisse. Dans ce contexte spécifique, le Règlement (CEE) n° 1408/71 impose en effet une **égalité de traitement** non seulement entre ressortissants suisses et étrangers (article 3), mais aussi entre frontaliers et personnes résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas (mais assurées en Suisse) d'une part, et personnes domiciliées en Suisse d'autre part (article 20, en lien avec Annexe VI, partie Suisse, chiffre 4). Autrement dit, en ce qui concerne les frontaliers et les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas, est **interdite toute discrimination sur la base du critère de la nationalité mais aussi sur la base du critère du domicile**.
- (23) Le Règlement (CEE) n° 1408/71 ne permet donc pas en principe de tenir compte d'un **critère de domicile en ce qui concerne l'accès aux prestations de maladie** de ces catégories de personnes. Toute inégalité de traitement dans l'accès aux soins en raison du domicile paraît de ce fait exclue entre ces catégories de personnes et les personnes domiciliées en Suisse.

- (24) A notre avis, ce raisonnement s'applique à la transplantation et à l'allocation d'organes aux patients inscrits sur la liste d'attente. L'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71 neutralise toute référence au domicile en tant que condition matérielle d'accès aux prestations, pour les frontaliers d'une part, et pour les personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas (notamment les membres de la famille de frontaliers) d'autre part. Toutes ces personnes, même si elles ne sont pas domiciliées en Suisse, peuvent ainsi **prétendre à un traitement égal par rapport aux personnes domiciliées en Suisse en ce qui concerne la transplantation d'organes**, sur la base de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.
- (25) Même dans une **situation de pénurie** où des règles d'allocation doivent être établies pour répartir une ressource médicale rare, la Suisse ne peut pas se servir du critère du domicile à l'égard des frontaliers ainsi que des personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France et aux Pays-Bas pour restreindre l'accès à une prestation médicale. La neutralisation du critère de domicile en tant que critère d'accès à une prestation doit logiquement empêcher également la réintroduction du critère de domicile au niveau de la répartition des ressources disponibles à l'intérieur des frontières, au niveau national.
- (26) Dans le contexte de l'**allocation d'organes**, il nous paraît donc inadmissible de favoriser les personnes domiciliées en Suisse par rapport aux frontaliers ainsi qu'aux personnes assurées en Suisse et résidant en Allemagne, Hongrie, Autriche, Belgique, France ou aux Pays-Bas. En effet, malgré la situation de pénurie, le critère du domicile contredit clairement **le but et l'objectif même de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71**. De plus, il se trouve en contradiction avec la **tendance générale de lever les clauses de résidence** qui se dégage de l'ALCP et du Règlement (CEE) n° 1408/71.
- (27) La loi sur la transplantation ne crée pas de **discrimination directe** puisque le critère pertinent pour l'allocation d'organes n'est pas la nationalité des patients concernés, mais leur domicile. Dans l'allocation d'organes, la Suisse traite ainsi de la même manière les personnes de nationalité suisse et les ressortissants d'un Etat membre de l'UE, à condition qu'ils soient domiciliés en Suisse. Le critère du domicile dans l'allocation d'organes crée par contre une **discrimination indirecte** puisque les ressortissants d'un Etat membre de l'UE sont plus souvent touchés que les ressortissants suisses. En effet, on trouve plus de ressortissants étrangers que de ressortissants suisses parmi les frontaliers. L'allocation d'organes selon le critère du domicile désavantage concrètement plus souvent des étrangers que des Suisses. L'article 17 al. 3 let. b LTx crée donc une discrimination indirecte des personnes ayant un droit d'accès aux soins en Suisse, mais ne résidant pas en Suisse, par rapport aux personnes domiciliées

- en Suisse. Cette **discrimination indirecte est injustifiée**. Même si l'on admet la présence de raisons objectives d'intérêt général en raison de la pénurie importante d'organes, le principe de la proportionnalité n'est pas respecté.
- (28) D'autres arguments remettent aussi en question le critère du domicile dans l'allocation d'organes à l'égard des frontaliers. Une comparaison avec la **réduction des primes d'assurance-maladie pour les personnes de condition économique modeste** démontre que le critère du domicile est inadmissible en ce qui concerne l'octroi de ces réductions aux personnes ayant l'obligation de s'assurer en Suisse. Par ailleurs, la **crainte d'un tourisme de transplantation vers la Suisse** paraît sans fondement concernant les frontaliers. La question délicate de l'allocation d'organes aux personnes non domiciliées en Suisse dans le contexte général de la mobilité des patients doit être distinguée de la situation des frontaliers qui sont, pour l'accès aux prestations, considérés comme des résidents et non pas comme des non-résidents. Il faut noter en outre que le respect du principe de **solidarité entre donneurs et receveurs** implique aussi un traitement égal entre frontaliers et personnes domiciliées en Suisse.
- (29) Une éventuelle intégration des **Règlements (CE) n° 883/2004 et 987/2009**, qui remplacent les Règlements (CEE) n° 1408/71 et 574/72 dans les 27 Etats membres de l'UE, à l'annexe II de l'ALCP aura des implications pour la Suisse. En vertu du Règlement (CE) n° 883/2004, le droit de choisir de se faire soigner dans l'Etat d'affiliation, au lieu de l'Etat de résidence, n'est plus réservé aux seuls frontaliers et aux résidents de certains Etats qui ont conclu un accord avec la Suisse. Bénéficient de cette possibilité de choix également les membres de la famille du frontalier, les frontaliers retraités et les bénéficiaires de rentes domiciliés hors de l'Etat compétent. L'**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'application du principe de l'égalité de traitement à leur égard, impliquent 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. Pour les **ressortissants d'Etats tiers**, la reprise par la Suisse du Règlement (CE) n° 883/2004 n'aura aucune implication puisque ces personnes n'entrent pas dans le champ d'application de ce règlement.
- (30) La nouvelle **Directive européenne relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers** exclut de son champ d'application l'attribution d'organes à des fins de transplantation et l'accès à ceux-ci. Cette directive ne concerne pas non plus les frontaliers, puisqu'ils peuvent se faire soigner dans l'Etat du lieu de travail sans aucune restriction. Les frontaliers n'entrent pas dans la catégorie des patients - visés par la directive - souhaitant se faire soigner dans un Etat autre que l'Etat de résidence ou d'affiliation.

- (31) Les documents mis à disposition par l'OFSP sur la **pratique d'allocation d'organes dans certains Etats membres de l'UE** montrent une image hétérogène. Des sept pays ayant communiqué leurs règles d'allocation d'organes, quatre estiment le critère du domicile sans pertinence et deux comme pertinent (la réponse de la Pologne étant équivoque). Le Royaume-Uni, qui semble fonder sa pratique sur des recherches et des consultations approfondies, traite les personnes qui ont un droit d'accès aux prestations de maladie au sens du Règlement (CEE) n° 1408/71 ou 883/2004 sur un pied d'égalité avec les personnes résidant au Royaume-Uni.
- (32) **L'Accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une transplantation**, conclu le 1^{er} mars 2010 et appliqué de façon provisoire depuis le 1^{er} avril 2010, prévoit que les personnes domiciliées au Liechtenstein se trouvent sur un pied d'égalité avec les personnes domiciliées en Suisse lors de l'inscription sur la liste d'attente (article 1) et lors de l'attribution d'organes (article 2). Ces deux dispositions prévoient que les personnes domiciliées au Liechtenstein doivent être traitées «*aux mêmes conditions*» ou «*de la même façon*» que les personnes domiciliées en Suisse. Les deux formulations présentent une forte ressemblance avec l'article 20 du Règlement (CEE) n° 1408/71. L'Accord conclu entre la Suisse et le Liechtenstein vise à neutraliser la clause de domicile prévue par la loi sur la transplantation en tant que condition matérielle d'accès à la liste d'attente et à l'attribution d'organes. L'Accord neutralise le critère du domicile pour toutes les personnes domiciliées au Liechtenstein. Il suit la même logique que celle fondant le droit d'accès aux prestations de maladie des frontaliers dans leur pays d'emploi.

Bibliographie

BOILLET VERONIQUE, *L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes*, Bâle 2010.

BUCHER SILVIA, *Das Freizügigkeitsabkommen im letztinstanzlichen Sozialversicherungsprozess*, in: GÄCHTER, THOMAS (Ed.), *Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 1-31 (cité: BUCHER, *Freizügigkeitsabkommen*).

BUCHER SILVIA, *Droit aux soins en cas de séjour temporaire dans un pays européens*, in: *Droit aux soins: 13ème Journée de droit de la santé*, Berne 2007, p. 83-131 (cité: BUCHER, *Soins*).

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, COM(2008) 414 final, 2 juillet 2008 (cité: COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive en matière de soins*).

COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes de qualité et de sécurité des organes humains destinés à la transplantation*, COM(2008) 818, 8 décembre 2008 (cité: COMMISSION EUROPEENNE, *Proposition de Directive*).

COMMISSION EUROPEENNE, *Don et transplantation d'organes: actions politiques au niveau de l'Union européenne, Communication au Parlement européen et au Conseil*, COM(2007) 275 final, 30 mai 2007 (cité: COMMISSION EUROPEENNE, *Actions politiques*).

CONSEIL FEDERAL, Message du 12 septembre 2001 concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, FF 2002, p. 19-246 (cité: Message concernant la loi sur la transplantation).

CONSEIL FEDERAL, Message du 18 août 2010 portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant l'attribution d'organes destinés à une transplantation, FF 2010, p. 5019-5026 (cité: Message concernant l'attribution d'organes).

CONSEIL FEDERAL, Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999, p. 5440-5749 (cité: Message relatif aux accords sectoriels).

CUENI STEPHAN, *Le défi de l'introduction des nouvelles règles d'assujettissement*, Sécurité sociale CHSS, 2003(5), p. 260-263.

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.

DE COCK JOHAN, *Les soins de santé dans la sécurité sociale - Aspects nationaux*, in: NIHOUL, PAUL/SIMON, ANNE-CLAIRE (Eds.), *L'Europe et les soins de santé: marché intérieur, sécurité sociale, concurrence*, Bruxelles 2005, p. 109-143.

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, *Rapport relatif aux résultats de l'audition concernant les ordonnances d'exécution de la loi sur la transplantation*, juin 2006, http://www.bag.admin.ch/transplantation/00694/01810/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1ae2lZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCFfIN2e2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--,.

DOLESCHAL JOSEPH, *Réglementation en matière de sécurité sociale dans l'accord avec l'Union européenne sur la libre circulation des personnes*, Sécurité sociale CHSS, 1999(3), p. 120-124 (cité: DOLESCHAL, *Circulation*).

DOLESCHAL JOSEPH, *L'Accord et la sécurité sociale*, Sécurité sociale CHSS, 2002(2), p. 70-72 (cité: DOLESCHAL, *Accord*).

FILLON JEAN-CLAUDE, *Assurance-maladie des frontaliers: l'application de l'accord en France*, Sécurité sociale CHSS, 2002(2), p. 93-94.

FRECHELIN KATI, *Conséquences de l'accord sur la libre circulation des personnes en matière d'assurance-maladie, d'assurance-accidents et d'allocations familiales*, Sécurité sociale CHSS, 1999(3), p. 132-134.

GMÜR ROBERT, *Behandlung von Patienten aus EU- und EFTA Staaten: Abrechnung und Tarife*, Bulletin des médecins suisses, 2003, Vol. 84(1/2), p. 15-17.

GROLIMUND NINA, *Entterritorialisierung der Gesundheitsdienstleistungen in der EU und in der Schweiz*, Zurich 2010 (cité: GROLIMUND, *Entterritorialisierung*).

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

HAASE-KROMWIJK BERNADETTE/DU PRÉ FRANS/COHEN BERNARD, *Organ transplantation and European Community law: the case of non-residents*, Journal of Health Services Research & Policy, 1997, Vol. 2(3), p. 168-173.

HOHN URSULA, *Rechtsprobleme bei der Umsetzung des Koordinationsrechts in der Krankenversicherung*, in: GÄCHTER, THOMAS (Ed.), *Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven*, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 61-86.

IMHOF EDGAR, *FZA/EFTA-Übereinkommen und soziale Sicherheit - Ein Überblick unter Berücksichtigung der bis Juni 2006 ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum materiellen Koordinationsrecht*, Jusletter du 23 octobre 2006 (cité: IMHOF, *Koordinationsrecht*).

IMHOF EDGAR, *Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die Soziale Sicherheit*, SZS, 2000, p. 22-55 (cité: IMHOF, *Personenverkehr*).

IMHOF EDGAR, *Ausländer/innen von ausserhalb der EU/EFTA und Sozialversicherungen ein Überblick*, SZS, 2006, p. 433-455 (cité: IMHOF, *Sozialversicherungen*).

IMHOF EDGAR, *Über den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Sinne des persönlichen Anwendungsbereichs der Verordnung Nr. 1408/71*, SZS, 2008, p. 22-53 (cité: IMHOF, *Arbeitnehmerbegriff*).

IMHOF EDGAR, *Über die Kollisionsnormen der Verordnung Nr. 1408/71 (anwendbares Sozialrecht, zugleich Versicherungsunterstellung)*, SZS, 2008, p. 313-347 (cité: IMHOF, *Kollisionsnormen*).

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, *Le don d'organes entre gratuité et modèles de récompense: quels instruments étatiques face à la pénurie d'organes?*, Bâle 2010.

MÜLLER ROLAND A., *II. Freizügigkeit - Soziale Sicherheit einschliesslich Anpassungen des schweizerischen Rechts - IX. Auswirkungen auf die Kranken- und Unfallversicherung (KV und UV)*, in: THÜRER, DANIEL (Ed.), *Bilaterale Verträge I & II Schweiz - EU: ein Handbuch*, Zurich 2007, p. 232-238.

NYS HERMAN, *Organ Transplantation and the Proposed Directive on Cross Border Care*, *European Journal of Health Law*, 2010(17), p. 427-431.

OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Ordonnance sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation (Ordonnance sur l'attribution d'organes): rapport explicatif*, document non daté (cité: OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Attribution*).

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Frontaliers étrangers selon le pays de résidence, le sexe et les cantons (1999-2010)*, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/03/02/blank/data/05.html> (cité: OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Frontaliers*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Informationen über die Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Krankenversicherung / Vereinbarung mit Frankreich*, 14 novembre 2003,

http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00316/03846/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCFfYJ4gWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Vereinbarung*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Informationsschreiben über die zwischenstaatliche Leistungsaushilfe in der Krankversicherung aufgrund des Freizügigkeitsabkommens und des EFTA-Abkommens*, Novembre 2002, http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00316/03846/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCGd3t8f2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- (cité: OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Leistungsaushilfe*).

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES/DIRECTION DE LA SECURITE SOCIALE, *Note conjointe relative à l'exercice du droit d'option en matière d'assurance maladie dans le cadre de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne*, http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00316/03846/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6l0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCGfHx_g2ym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--.

PARLEMENT EUROPEEN, *Recommandation pour la deuxième lecture relative à la position du Conseil en première lecture en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (11038/2010 – C7-0266/2010 – 2008/0142(COD))*, 4 novembre 2010 (cité: PARLEMENT EUROPEEN, *Recommandation*).

PAUSE JEAN-CLAUDE, *Application de l'Accord dans le domaine de l'assurance-maladie dans le canton de Genève*, Sécurité sociale CHSS, 2003(5), p. 272-274.

RIBAUT PIERRE, *Coordination internationale en matière d'assurance-maladie*, Sécurité sociale CHSS, 2003(5), p. 264-267.

RIONDEL BESSON GUYLAINE, *La sécurité sociale des travailleurs frontaliers dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes signé entre la Suisse et la communauté européenne: l'exemple de l'assurance maladie-maternité*, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 2003(30), p. 19-34 (cité: RIONDEL BESSON, *Frontaliers*).

RIONDEL BESSON GUYLAINE, *Le droit d'option en matière d'assurance maladie dans le cadre de l'accord sur la libre circulation des personnes: difficultés de mise en oeuvre et conséquences pour les assurés*, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, 2009(42), p. 33-42 (cité: RIONDEL BESSON, *Droit d'option*).

SIMON ANNE-CLAIRE, *La mobilité des patients en droit européen*, in: NIHOUL, PAUL/SIMON, ANNE-CLAIRE (Eds.), *L'Europe et les soins de santé: marché intérieur, sécurité sociale, concurrence*, Bruxelles 2005, p. 145-188.

TUFFS ANNETTE, *German media describe allocation of organs to Saudi patients as unfair*, *British Medical Journal*, 2007(335) (published online 27 September 2007).

VAN RAEPENBUSCH SEAN, *Les soins de santé dans la sécurité sociale - Le régime de coordination mis en place par le règlement (CEE) n° 1408/71*, in: NIHOUL, PAUL/SIMON, ANNE-CLAIRE (Eds.), *L'Europe et les soins de santé: marché intérieur, sécurité sociale, concurrence*, Bruxelles 2005, p. 69-108.

WIDMER DIETER, *Die Sozialversicherung in der Schweiz*, 7^e édition, Zurich 2010.