

## LA SANTE EN TANT QUE MARCHÉ

**Régis BISMUTH**

Professeur à l'École de droit de Sciences Po.

En juillet 2005, la Banque mondiale publia un *working paper* de deux spécialistes de la libéralisation internationale du commerce des services, Aaditya Mattoo et Randeep Rathindran<sup>1</sup>. Le titre de cette publication (*Does Health Insurance Impede Trade in Health Care Services?*) peut sembler provocateur, mais il ne l'est absolument pas dans l'esprit des auteurs. Ceux-ci expliquent avec flegme que les mécanismes d'assurance-santé en vigueur aux Etats-Unis, lesquels ne permettent pas le remboursement des frais médicaux occasionnés à l'étranger, constituent des obstacles à la consommation de services de santé à l'étranger qui s'avèrent pourtant économiquement plus avantageux pour les patients américains. Ils soulignent également que ces frais médicaux moins onéreux pourraient être source d'économies sur le budget de la santé à l'échelon fédéral. Les préoccupations liées aux contraintes pesant sur les patients devant voyager<sup>2</sup> ou les risques de restrictions à l'accès aux soins pour la population locale découlant de ce tourisme médical<sup>3</sup> sont reléguées au second plan.

Cette vision strictement economiciste peut déconcerter. Elle a néanmoins le mérite de rappeler abruptement une réalité dérangeante, celle d'un monde où est à l'œuvre une *commodification* de plus en plus vaste des services de santé abandonnés par les Etats aux forces du marché<sup>4</sup>. La vision de Mattoo et Rathindran signale également que le débat autour de cette *commodification* qui s'internationalise ne peut plus avoir pour seul cadre l'Etat et ses politiques publiques. Les patients, professionnels et mêmes services de santé se jouent désormais des frontières. La question est de savoir si le droit international, notamment économique, organise, encadre, limite et/ou régule la globalisation des différents marchés de la santé.

En droit international économique, La santé a été dans une très large mesure abordée dans le cadre de l'évaluation de la légalité des mesures nationales adoptées pour des motifs de santé publique et constituant des restrictions

<sup>1</sup> A. MATTOO et R. RATHINDRAN, *Does Health Insurance Impede Trade in Health Care Services?*, World Bank Policy Research Working Paper, WPS3667, 2005, p. 21.

<sup>2</sup> *ibid.*, p. 21 et s.

<sup>3</sup> *ibid.*, p. 25-26.

<sup>4</sup> Sur le débat relatif à la marchandisation des services de santé, v. E. D. PELLEGRINO, « The Commodification of Medical and Health Care: The Moral Consequences of a Paradigm Shift from a Professional to a Market Ethic », *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 24, n° 3, 1999, p. 243 et s.

commerciales ou des atteintes aux droits de l'investisseur<sup>5</sup>. Le contentieux foisonne d'affaires souvent emblématiques (*Amiante, OGM, Philip Morris, etc.*) et les écrits sur ce sujet sont abondants.

Lorsqu'il s'agit d'appréhender la santé en tant qu'activité économique, la littérature n'en est encore qu'à l'état de chrysalide. Il y a bien quelques rares publications<sup>6</sup>, mais il faut constater que le sujet est largement sous-exploré. Il l'est également, c'est plus surprenant, dans les ouvrages se rapportant au champ d'étude que certains désignent *Global Health Law*<sup>7</sup> où une place prépondérante est habituellement consacrée à la santé en tant qu'objectif d'intérêt général justifiant des restrictions au commerce et à l'investissement<sup>8</sup>. L'ouvrage de Lawrence Gostin ne consacre par exemple que deux petites pages à la question des marchés de la santé<sup>9</sup>.

Cette contribution entend ainsi dresser un panorama de l'administration des activités économiques de santé par les instruments de droit international, en particulier de droit international économique. Avant d'évoquer plus en détail la manière dont le droit international appréhende la libéralisation des activités économiques se rapportant au secteur de la santé (II) et ses effets dérégulateurs (III), il convient de mentionner brièvement quelques caractéristiques de ces marchés si spéciaux et hautement régulés (I).

## I. DE QUELQUES CARACTÉRISTIQUES DES MARCHÉS DE LA SANTÉ

Il faut parler de marchés de la santé au pluriel, compte tenu de la multiplicité des activités. Il suffit pour la constater, de se pencher sur la classification des services retenue dans le cadre de l'Accord sur le commerce général des services (GATS)<sup>10</sup> se fondant sur la Classification centrale des produits (CPC) des Nations Unies (ou *Central Product Classification*)<sup>11</sup>. On distingue ainsi – et c'est loin d'être exhaustif – les différents services hospitaliers, services relatifs aux

<sup>5</sup> V. les contributions à cet ouvrage de Sabrina Robert-Cuendet et d'Arnaud de Nanteuil.

<sup>6</sup> V. par exemple, C. BLOUIN *et al.* (eds.), *International Trade in Health Services and the GATS – Current Issues and Debates*, Washington, DC, The World Bank, 2006.

<sup>7</sup> Comme le souligne le comité international *Global Health Law* de l'ILA, « *global health law can be seen holistically not only from a positivist perspective as a set of international rules and standards sharing a coherent object and purpose, but also from a normative perspective as an approach to international law aiming at placing human health interests on the same plane as other recognized international interests, including security, international monetary system, international economics and trade, and international environmental regulation* » ; ILA, *Global Health Law Committee, Conference Report* (Sydney, 2018), § 15.

<sup>8</sup> V. par ex. la section « *Health and International Economic Law* » de l'ouvrage collectif publié par Gian Luca BURCI (ed.), *Global Health Law*, Edward Edgar, 2016, vol. 2. V. néanmoins quelques contributions intéressantes de l'ouvrage de G. I. COHEN (ed.), *The Globalization of Health Care – Legal and Ethical Issues*, New York, Oxford University Press, 2013.

<sup>9</sup> L. O. GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2014, p. 287-289.

<sup>10</sup> Sur ces aspects, v. J. NIELSON, « Ten Steps to Consider Before Making Commitments in Health Services Under the GATS », in C. BLOUIN *et al.* (eds.), *International Trade in Health Services and the GATS – Current Issues and Debates*, Washington, DC, The World Bank, 2006, p. 133 et s.

<sup>11</sup> ONU, *Central Product Classification (CPC)*, Version 2.1, ST/ESA/STAT/SER.M/77/Ver.2.1, 2015, <<https://unstats.un.org/unsd/classifications/unsdclassifications/cpcv21.pdf>>.

actes des professionnels médicaux et para-médicaux (en tenant compte des multiples spécialités), services d'ambulance, services de laboratoires médicaux et d'imagerie médicale, services résidentiels pour les personnes âgées ou handicapées, services relatifs à la formation des professionnels de santé, services financiers qui s'adosent aux activités de santé en supportant tout ou partie de leur coût (assurance-maladie, etc.). Au-delà du GATS, on peut également ajouter les marchés des produits de santé, bien évidemment celui du médicament, mais aussi celui des infrastructures et équipements médicaux.

Ces multiples marchés de la santé ont pour principale caractéristique d'être hyper-réglementés à l'échelon national<sup>12</sup>. Les raisons de cette hyper-réglementation sont multiples et se rapportent aussi bien à des aspects macro (des considérations de santé publique, d'équité ou de redistribution) ou micro (en particulier la protection du patient). On peut brièvement mentionner certaines motivations expliquant l'intervention publique : correction des défaillances de marché telles que l'asymétrie d'informations (en matière de connaissance scientifique, connaissance de la compétence du professionnel ou de l'adéquation des traitements) ; maintien de la viabilité économique des activités et de leur accessibilité en termes de coût ; exigence de respect de confidentialité des informations ; etc. Il n'est donc pas surprenant que les marchés de la santé présentent en général de multiples barrières à l'entrée et des mécanismes de régulation spécifiques (exigence de qualification des professionnels de santé, *numerus clausus*, etc.). Le marché du médicament est en ce sens emblématique puisqu'il existe des barrières spécifiques pour l'accès au marché (autorisation administrative de mise sur le marché), pour la prescription (par les médecins), pour la distribution (par les pharmaciens) et pour la vente (contrôle des prix et mécanismes de remboursement). Les aspects économiques sont d'ailleurs appréhendés de manière différentes selon les Etats avec des modalités d'intervention publique variées tant du point de vue des modes de couverture (universels ou non) et de financement (*cf.* distinction entre les modèles bismarkien, beveridgien et libéral), impliquant des acteurs différents (caisses de sécurité sociale, mutuelles, assureurs, etc.).

En cela, la segmentation importante des activités n'est pas le résultat d'une organisation spontanée du marché mais découle directement de la réglementation applicable à ces activités. Cela, ainsi que les spécificités nationales, expliquent la retenue dont font preuve les Etats lorsqu'il s'agit de prendre des engagements de libéralisation à l'échelle internationale, en particulier dans le domaine des services.

Autre conséquence de l'hyper-réglementation, les marchés de la santé s'inscrivent dans une logique duelle en ce que s'opère une distinction entre, d'une part, les marchés officiels et régulés et, d'autres part, les marchés inofficiels et non-régulés voire prohibés. Cette dualité n'est pas spécifique aux marchés de la santé et elle se retrouve dans de nombreux produits ou activités

<sup>12</sup> V. par ex., D. HENRIET *et al.*, « Régulation et intervention publique dans les systèmes de santé », in M. MOUGEOT Michel (dir.), *Régulation du système de santé*, Paris, 1999, p. 115 et s.

spécifiquement réglementés tels que les jeux de hasard, l'alcool et le tabac<sup>13</sup>. Elle est présente également dans le domaine des marchés financiers dans le cadre desquels peuvent être distingués les acteurs ainsi que les produits réglementés et les autres activités qui, sans nécessairement être prohibées, se développent en marge des marchés officiels (marchés *over the counter*, *shadow banking*, etc.). Ces activités sont d'ailleurs susceptibles de produire des externalités négatives sur les marchés officiels – un constat qu'il est possible de faire, comme nous le verrons, dans le domaine de la santé.

Les marchés de la santé ne peuvent plus s'appréhender selon cette logique exclusivement duelle si l'on s'inscrit dans un contexte transnational. Un médicament peut être autorisé dans un Etat et prohibé dans un autre, en vente libre dans l'un et exclusivement sur ordonnance dans l'autre. Une pratique – songeons à la gestation pour autrui (GPA) – peut relever exclusivement de l'autonomie de la volonté dans une juridiction et être contraire à l'ordre public dans une autre. Ajoutons à cela que le prix des traitements et actes médicaux peuvent varier considérablement d'un Etat à l'autre, de même que les rémunérations des professionnels de santé. On comprend dès lors aisément l'intérêt qu'ont les différents acteurs à profiter de la porosité des frontières car cette globalisation des marchés de la santé est davantage subie par les Etats qu'organisée par eux. Il en résulte une curieuse asymétrie entre les échelons nationaux où l'emprise des Etats est forte et international où se déploient des échanges qu'ils n'administrent pas et qui échappent dans une large mesure à leur contrôle.

## II. UNE LIBÉRALISATION DES MARCHÉS DE LA SANTÉ ADMINISTRÉE *PRIMA FACIE* PAR LES INSTRUMENTS DE DROIT INTERNATIONAL ÉCONOMIQUE

Compte tenu de leurs caractéristiques, en particulier de leur hyper-régulation à l'échelon national, il n'est pas surprenant que la libéralisation des marchés de la santé soit semée d'obstacles et que l'on constate une certaine frilosité des Etats en la matière. Il convient d'aborder brièvement la question du commerce des médicaments (A) pour se concentrer ensuite sur celui des services de santé ou ceux qui leur sont adossés dans le cadre du GATS (B) qui soulèvent des difficultés plus spécifiques (C).

### A. Les obstacles à la libéralisation du commerce des médicaments

Pour ce qui concerne le commerce international de médicaments, deux points méritent d'être brièvement évoqués en matière d'accès au marché. On laissera de côté les aspects de propriété intellectuelle qui ont naturellement leur importance mais qui sont abordés par ailleurs<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sur ces questions, v. E. U. SAVONA *et al.* (eds.), *Dual Markets – Comparative Approaches to Regulation*, Cham, Springer, 2017.

<sup>14</sup> V. la contribution de Nicolas Binctin à cet ouvrage.

L'accès des médicaments aux marchés est soumis à une procédure d'autorisation administrative nationale, que les médicaments soient d'ailleurs produits localement ou à l'étranger. Ces procédures peuvent être particulièrement lourdes, contraignantes et aléatoires, ce qui est perçu par certains pays exportateurs, notamment les Etats-Unis, comme des barrières au commerce international qu'il convient d'assouplir<sup>15</sup>. Plusieurs initiatives d'harmonisation internationale visent à développer une coopération réglementaire<sup>16</sup>, par exemple au sein du Schéma de Coopération dans le domaine de l'Inspection Pharmaceutique<sup>17</sup> ou du Conseil international d'harmonisation des exigences techniques pour l'enregistrement des médicaments à usage humain<sup>18</sup>. Il existe également des instruments permettant de faciliter les processus de reconnaissance mutuelle dans le cadre des procédures d'autorisation des médicaments, à l'instar de celui existant entre l'Union européenne et les Etats-Unis<sup>19</sup>. En dépit de ces initiatives, nous sommes encore loin d'une authentique standardisation internationale en la matière.

La question des droits de douane sur les médicaments pose quant à elle moins de difficultés. Une vingtaine d'Etats représentant 90% de la production mondiale de médicaments avaient conclu dans le cadre du cycle de l'Uruguay un accord – désigné *zero-for-zero initiative* – par lequel ils acceptaient la suppression totale des droits de douane sur les médicaments et composants chimiques en permettant la fabrication<sup>20</sup>. Pour ce qui est de la pratique des autres Etats membres de l'OMC, les droits de douane sont faibles et n'ont qu'un impact très marginal sur le prix final des médicaments, lesquels sont en général régulés et soumis à d'autres taxes<sup>21</sup>. Il reste néanmoins quelques cas singuliers d'Etats membres qui ont des niveaux de tarifs douaniers importants pour ces produits et supérieurs à 10% (Népal, Pakistan, République Démocratique du Congo, Russie), situation qui désarçonne certains économistes puisque cela affecte en premier lieu les patients et qu'il ne peut s'agir pour ces Etats de protéger une production nationale quasi inexistante<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION, *2016 Top Markets Report Pharmaceuticals – A Market Assessment Tool for U.S. Exporters*, mai 2016, <[https://www.trade.gov/topmarkets/pdf/Pharmaceuticals\\_Top\\_Markets\\_Reports.pdf](https://www.trade.gov/topmarkets/pdf/Pharmaceuticals_Top_Markets_Reports.pdf)>.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>17</sup> Désigné en anglais *Pharmaceutical Inspection Co-operation Scheme (PIC/S)*, <[www.picscheme.org](http://www.picscheme.org)>.

<sup>18</sup> Désigné en anglais *International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use (ICH)*, <[www.ich.org](http://www.ich.org)>.

<sup>19</sup> V. *Decision No 1/2017 of the Joint Committee established under Article 14 of the Agreement on Mutual Recognition between the European Community and the United States of America, of 1 March 2017 amending the Sectoral Annex for Pharmaceutical Good Manufacturing Practices (GMPs)*, <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/february/tradoc\\_155398.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/february/tradoc_155398.pdf)>.

<sup>20</sup> P. C. MAVROIDIS, *The Regulation of International Trade – Volume 1 : GATT*, Cambridge, MIT Press, 2015, p. 162.

<sup>21</sup> M. OLCAY et R. LAING, *Pharmaceutical Tariffs: What is their Effect on Prices, Protection of Local Industry and Revenue Generation?*, WHO, Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health, mai 2005, <[www.who.int/intellectualproperty/studies/TariffsOnEssentialMedicines.pdf](http://www.who.int/intellectualproperty/studies/TariffsOnEssentialMedicines.pdf)>.

<sup>22</sup> N. BANIK et P. STEVENS, *Pharmaceutical Tariffs, Trade Flows and Emerging Economies*, The Geneva Network, septembre 2015, <<https://geneva-network.com/wp-content/uploads/2015/09/GN-Tariffs-on-medicines.pdf>>.

## B. La nomenclature de la libéralisation des services de santé

La libéralisation du commerce international des services s'opère par le biais d'engagements de libéralisation pris par les Etats dans le cadre du GATS ou d'accords préférentiels de libre-échange. Le GATS retient à ce titre une nomenclature de libéralisation – aussi source d'inspiration pour les autres accords – qu'il convient de préciser afin de comprendre la portée des engagements mais aussi dans quelle mesure cette nomenclature a été dépassée par les nouvelles réalités du commerce international des services de santé.

Quatre modes de libéralisation sont prévus par le GATS et tous présentent un intérêt particulier pour le secteur de la santé<sup>23</sup>. Le Mode 1 (commerce transfrontière) concerne les prestations « en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre »<sup>24</sup>. Prestataire et consommateur restent donc dans leur Etat respectif et c'est le service qui traverse la frontière. Dans le domaine de la santé, le Mode 1 inclut les activités de télémédecine qui se développent de manière significative compte tenu de nouvelles technologies, mais aussi l'éducation en ligne des professionnels de santé ainsi que les e-services liés au secteur (par exemple les données de santé). Le Mode 2 (consommation à l'étranger) désigne la fourniture d'un service « sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre »<sup>25</sup>. Il concerne particulièrement le tourisme médical qui connaît un essor important mais aussi les touristes et travailleurs migrants qui se trouvent à l'étranger. Par le biais du Mode 3 (présence commerciale), le prestataire fournit des services à partir d'une filiale ou d'une succursale sur le territoire d'un autre Etat<sup>26</sup>. Il s'agit par exemple de l'acquisition à l'étranger d'hôpitaux, cliniques, pharmacies ou laboratoires d'analyse médicale. Cela peut aussi concerner les services financiers adossés aux services de santé (assurance-santé, mutuelle, etc.). Le Mode 4 (présence des personnes physiques)<sup>27</sup> se rapporte à la mobilité internationale des professionnels de santé et notamment les conditions dans lesquelles ils peuvent exercer à l'étranger.

Les Etats réalisent des concessions en précisant pour chaque type de service, l'ouverture consentie, selon le mode déterminé et en spécifiant les restrictions d'accès au marché et au traitement national. Il n'est évidemment pas possible de dresser une liste de tous les engagements pris par les Etats en matière de libéralisation des services de santé mais on peut mentionner quelques tendances qui signalent une certaine frilosité en la matière et qui n'est que le reflet des restrictions existantes dans la réglementation nationale<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> C. BLOUIN *et al.*, « Trade in Health Services under the Four Modes of Supply: Review of Current Trends and Policy Issues », in C. BLOUIN *et al.* (eds.), *International Trade in Health Services and the GATS – Current Issues and Debates*, Washington, DC, The World Bank, 2006p. 203 et s.

<sup>24</sup> GATS, article I(2)(a).

<sup>25</sup> GATS, article I(2)(b).

<sup>26</sup> GATS, articles I(2)(c) et XXVIII(d).

<sup>27</sup> GATS, articles I(2)(d).

<sup>28</sup> V. de manière générale, R. ADLUNG *et al.*, « Update on GATS Commitments and Negotiations », in C. BLOUIN *et al.* (eds.), *International Trade in Health Services and the GATS – Current Issues and Debates*, Washington, DC, The World Bank, 2006, p. 83 et s.

Dans le cadre du Mode 1, on retrouve fréquemment la mention *Unbound* (ou « non consolidé ») dans les engagements formulés par les Etats membres, signifiant qu'ils ne prennent pas d'engagements de libéralisation afin de demeurer libre d'introduire et/ou de maintenir dans le secteur de la santé des mesures incompatibles avec l'accès aux marchés ou au traitement national. C'est le cas de la liste de l'Union européenne par exemple<sup>29</sup>. Cela n'empêche évidemment nullement de prévoir une possibilité de libéralisation dans les droits nationaux en permettant par exemple des activités de télémédecine.

Le Mode 2 ne fait en général pas l'objet de restrictions spécifiques (est-il d'ailleurs possible de contrôler les actes médicaux pratiqués par des nationaux lorsqu'ils sont à l'étranger ?). Certains Etats prennent néanmoins le soin de préciser que les dispositifs de prise en charge des frais médicaux sont limités aux services dispensés dans leur propre système de santé. C'est le cas des Etats-Unis dont la liste indique que « *federal or state government reimbursement of medical expenses is limited to licensed, certified facilities in the United States or in a specific US state* »<sup>30</sup>.

Outre les services financiers adossés aux services de santé, le Mode 3 concerne particulièrement les infrastructures de santé (hôpitaux et cliniques) et les structures d'exercice des professionnels et présentent donc un intérêt spécifique en ce que les engagements en la matière permettent de libéraliser l'investissement étranger dans le domaine médical. Si certains Etats membres ont consenti à ouvrir ces marchés, on trouve fréquemment dans les listes d'engagements plusieurs restrictions en matière d'accès ou de traitement national qui reflètent les contraintes existantes à l'échelon national. Pour ce qui concerne les infrastructures, il est souvent indiqué que la présence commerciale doit s'opérer par le biais d'une filiale immatriculée dans l'Etat d'accueil<sup>31</sup>, parfois avec une exigence de participation majoritaire d'investisseurs nationaux<sup>32</sup>. L'absence d'engagements pris sur les infrastructures ne signifie pas que les Etats sont réfractaires à toute ouverture internationale. Les Etats restent en effet libres de le faire par le biais de leur droit national afin de pouvoir mieux contrôler le processus de libéralisation. C'est le cas de l'Indonésie qui n'a pris aucun engagement en la matière<sup>33</sup> mais qui a développé une politique d'investissement étranger accueillante<sup>34</sup>. Pour ce qui est des structures d'exercice (cabinets médicaux par exemple), on retrouve dans certaines listes l'exigence d'un exercice exclusivement par des personnes physiques<sup>35</sup> de même que des

<sup>29</sup> WTO, GATS, Trade in Services, United States, Schedule of Specific Commitments, 15 April 1994, GATS/SC/90, p. 79.

<sup>30</sup> WTO, GATS, Trade in Services, European Communities and their Member States, Schedule of Specific Commitments, 15 April 1994, GATS/SC/90, p. 23.

<sup>31</sup> V. par ex. GATS/SC/90, *op. cit.* note 29, p. 69-70.

<sup>32</sup> WTO, GATS, Trade in Services, Kazakhstan, Schedule of Specific Commitments, 15 février 2016, GATS/SC/154, p. 8.

<sup>33</sup> WTO, GATS, Trade in Services, Indonesia, Schedule of Specific Commitments, 15 April 1994, GATS/SC/43.

<sup>34</sup> J. NIELSON, « Ten Steps to Consider Before Making Commitments in Health Services Under the GATS », *op. cit.*, p. 117.

<sup>35</sup> GATS/SC/90, *op. cit.* note 30, p. 23-24.

restrictions fondées sur des critères de besoin économique (*economic needs tests*) qui permettent de maintenir des systèmes de *numerus clausus*<sup>36</sup>.

Il en est de même dans le cadre du Mode 4 qui concerne les professionnels de santé et pour lequel on retrouve des restrictions fondées sur des quotas, des qualifications, des conditions de nationalité (plus rarement) ou de résidence, sur la connaissance de la ou des langues de l'Etat d'accueil, tout en ménageant des possibilités pour les détachements ponctuels<sup>37</sup>. Là encore, la libéralisation dépend dans une large mesure de ce que prévoient les droits nationaux.

### C. Un cadre de libéralisation dépassé par la pratique des acteurs

La question se pose de savoir si cette nomenclature du GATS appliquée aux services de santé et les engagements qui ont été pris sur cette base ne sont pas dans une certaine mesure dépassés par la pratique des acteurs. Il est en effet illusoire de se limiter à ce cadre pour saisir les dynamiques de l'internationalisation des marchés de la santé et les enjeux qu'ils soulèvent.

La majorité des engagements ont été pris au milieu des années 1990 à une époque où les Etats n'avaient que très peu d'expérience de la libéralisation internationale du commerce des services et alors que les technologies exploitables dans le domaine médical n'étaient pas aussi développées. Si les Etats membres restent maîtres des prestataires qui opèrent sur leur territoire (Modes 3 et 4), ils n'ont qu'une faible, sinon inexistante, emprise sur tout un ensemble de prestations non officielles si bien qu'il existe une porosité entre ce qui pourrait relever des modes 1, 2, 3 et 4. Ce qui est envisagé comme du tourisme médical (mode 2) peut trouver un relais très utile dans ce qui relève des activités du mode 3 (consultations dans le pays d'origine) et du mode 1 (fourniture transfrontière du dossier médical par internet, etc.). Toute une offre de prestations de services de santé à l'étranger s'est d'ailleurs développée sur internet selon des techniques qui relèvent davantage de la promotion touristique que du médical<sup>38</sup>. A titre d'exemple, tel que souligné par le Secrétariat de l'OMC lorsqu'il s'est penché sur le potentiel du tourisme médical, certaines entreprises japonaises choisissent d'envoyer leurs employés en Thaïlande ou à Singapour pour réaliser des examens médicaux avec transfert par internet au Japon des dossiers médicaux car cela est économiquement plus avantageux<sup>39</sup>. De nouveaux « *hubs of health tourism* »<sup>40</sup> voient dorénavant le jour (Inde, Costa Rica,

Jordanie, Hongrie, Malaisie, Maroc, etc.), lesquels spécialisent leur offre selon une logique régionale et pour certaines catégories d'actes (par exemple, le cœur pour l'Inde, les prothèses pour la Thaïlande et le Maroc).

La globalisation de cette offre commerciale permet également de solliciter à l'étranger, avec ou sans déplacement du patient, des services de santé qui seraient prohibés ou strictement régulés dans l'Etat d'origine (test ADN en ligne, gestation pour autrui, changement de sexe, etc.). Ce n'est d'ailleurs pas sans poser de problème de reconnaissance des situations dans l'Etat d'origine comme en témoignent les problèmes auxquels ont été confrontés en France les parents intentionnels d'enfants nés par GPA à l'étranger<sup>41</sup>.

## III. LES EFFETS DÉRÉGULATEURS DE LA GLOBALISATION DES MARCHÉS DE LA SANTÉ

La globalisation des marchés de la santé est davantage subie par les Etats qu'organisée par eux et fait intervenir de nouveaux acteurs, tels que des fonds privés et autres multinationales de la santé qui investissent massivement dans des infrastructures<sup>42</sup> sans pour autant tenir compte des impératifs propres à chaque système national. Les effets dérégulateurs de cette globalisation sont multiples et l'on peut s'attarder sur deux préoccupations essentielles : les menaces pesant sur les systèmes de protection sociale (A) et les effets du tourisme médical et de la mobilité internationale des professionnels de santé (B).

### A. Les menaces pesant sur les systèmes de protection santé

La libéralisation internationale des marchés de la santé est-elle susceptible de faire peser un risque sur les systèmes nationaux de sécurité sociale ? La question mérite d'être posée lorsque l'on songe à l'expérience du droit de l'UE où il a pu être constaté que la logique de libéralisation et de concurrence (certes dans le cadre du marché intérieur) emportait aussi un détricotage de certaines spécificités des systèmes nationaux de protection santé<sup>43</sup>. La question a désormais une résonance particulière dans le cadre des nouveaux accords de libre-échange et des débats y afférant, comme en témoignent les rapports de plusieurs ONG pointant les effets dérégulateurs du CETA sur les systèmes de santé<sup>44</sup>.

Un aspect particulier retient l'attention dans le cadre de l'OMC, l'article I(3) du GATS. Celui-ci précise que les services couverts par cet accord

<sup>36</sup> R. ADLUNG *et al.*, « Update on GATS Commitments and Negotiations », *op. cit.*, p. 93 et s. ; R. ADLUNG, « Trade in Healthcare and Health Insurance Services : WTO/GATS as a Supporting Actor(?) », *Intereconomics* vol. 45, n° 4, 2010, p. 232.

<sup>37</sup> D. P. FIDLER *et al.*, « Making Commitments in Health Services under the GATS: Legal Dimensions », in C. BLOUIN *et al.* (eds.), *International Trade in Health Services and the GATS – Current Issues and Debates*, Washington, DC, The World Bank, 2006, p. 161 ; C. BLOUIN *et al.*, « Trade in Health Services under the Four Modes of Supply: Review of Current Trends and Policy Issues », *op. cit.*, p. 221-223.

<sup>38</sup> Voir par exemple le site internet de « Medigo – Votre santé à l'étranger » ([www.medigo.com/fr](http://www.medigo.com/fr)).

<sup>39</sup> WTO, Council for Trade in Services, Tourism Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W/298, 8 juin 2009, p. 10, § 22.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 11, § 34.

<sup>41</sup> G. KESSLER, « Recognition of International Surrogacy in France : The Bypass Strategy », *Yearbook of Private International Law*, vol. 19, 2017-2018, p. 487 et s.

<sup>42</sup> V. par ex., S. K. HOODA, *Foreign Investment in Hospital Sector in India : Trends, Pattern and Issues*, Institute for Studies in Industrial Development, Working Paper 181, avril 2015.

<sup>43</sup> S. THOMSON et E. MOSSIALOS, « Private Health Insurance and the Internal Market », in E. MOSSIALOS *et al.* (eds.), *Health Systems Governance in Europe – The Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 419-460.

<sup>44</sup> V. par ex. T. FRITZ, *CETA and TTIP – Potential Impacts on Health and Social Services*, European Public Service Union, avril 2016, spec. p. 16 et s. ; M. MCBANE, *CETA Threats to Public Health Care in Canada*, Canadian Health Coalition, 28 janvier 2014.

« comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », et il ajoute qu'un « "service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental" s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services ». Des dispositions similaires ont été intégrées dans le CETA<sup>45</sup>. La portée de cet article ambigu est débattue. Si l'on peut considérer qu'il couvre les systèmes publics de sécurité sociale obligatoire<sup>46</sup>, la question reste de savoir si cela permet d'immuniser de toute contestation la structure et la philosophie sous-jacente les systèmes nationaux de protection santé<sup>47</sup>, en particulier ceux qui s'appuient sur des opérateurs privés (assurances et mutuelles) dans un contexte hautement régulé. On comprend bien qu'il existe un *continuum* plus qu'une dichotomie parfaite entre un service relevant de « l'exercice du pouvoir gouvernemental » et celui fourni sur une base commerciale et concurrentielle.

Il convient d'aborder cette question sous un angle pragmatique en tenant compte du contexte contentieux. Jusqu'à présent, les Etats membres de l'OMC n'ont pas souhaité avoir recours au mécanisme de règlement des différends afin de contester les systèmes de protection de santé des autres membres et, au risque d'ouvrir la boîte de Pandore il n'est pas nécessairement dans leur intérêt de tester les limites de l'article I(3) du GATS. Cette sorte de dissuasion mutuelle, de surcroît pour un secteur aussi sensible, n'existe pas lorsque ce sont les opérateurs économiques privés eux-mêmes qui peuvent initier les contentieux.

Les mécanismes de règlement des différends Etat/investisseur présentent dans ce contexte un intérêt majeur. Le GATS et autres accords de libre-échange garantissent selon les modalités prévues par les engagements un accès aux marchés de services financiers adossés aux services de santé. Le mode 3 permet ainsi à l'opérateur économique étranger d'établir son investissement sur le territoire de l'Etat d'accueil<sup>48</sup>. Une fois l'investissement réalisé, l'opérateur peut tout à fait exploiter les garanties prévues par un accord international sur l'investissement afin de contester devant un tribunal arbitral des mesures nationales relatives à l'organisation du système de protection santé qu'il estime contraires à ses droits en vertu de cet accord.

Le contentieux qui a opposé la société Achmea BV à la Slovaquie est en ce sens emblématique. Si l'affaire est désormais célèbre pour avoir donné lieu à un arrêt de la CJUE concernant la compatibilité de l'arbitrage Etat/investisseur intra-

UE avec le droit de l'Union<sup>49</sup>, cette décision ne doit pas éclipser le fait que l'affaire trouve son origine dans le choix de la Slovaquie de modifier son système d'assurance santé. Dans le cadre des réformes entreprises par la Slovaquie en 2004 pour la libéralisation de son système de santé, la société néerlandaise Achmea BV a établi en Slovaquie une filiale destinée à offrir des prestations d'assurance maladie. Une nouvelle majorité politique a décidé en 2006 de revenir partiellement sur cette libéralisation par le biais de plusieurs mesures et en particulier d'interdire la distribution des bénéfices produits par les activités d'assurance maladie privée, s'orientant ainsi vers un système de mutualisation. S'estimant lésée dans ses droits au titre du traité bilatéral d'investissement (TBI) néerlandais-slovaque de 1991, Achmea BV saisit un tribunal arbitral qui reconnut, entre autres, une violation de l'obligation de traitement juste et équitable due à l'investisseur étranger. Le tribunal a pris soin de préciser que « *nothing in these findings of the Tribunal should be taken to suggest that the Treaty is hostile towards particular policies on the provision of healthcare facilities* »<sup>50</sup> et que les Etats parties « *are free to adopt the policies that they choose* »<sup>51</sup>.

Il n'en reste pas moins que cette affaire signale clairement que les engagements pris par les Etats verrouillent certains choix réalisés en matière d'organisation des systèmes de santé. Le tribunal l'a d'ailleurs reconnu en soulignant que ce TBI « *focuses on the manner in which policies may be changed and implemented, not on the policies themselves* »<sup>52</sup> et que pour disposer d'une marge de manœuvre en la matière, les Etats « *could go further, and exclude health care altogether from the coverage of the BIT if they so wish* »<sup>53</sup>.

## B. Les effets du tourisme médical et de la mobilité internationale des professionnels de santé

Lorsqu'il s'est penché sur la question du tourisme médical, le Secrétariat de l'OMC a indiqué de manière très lapidaire que les « *ethical issues could become increasingly significant (...)* »<sup>54</sup>. Ce sont en effet surtout les avantages de ce tourisme médical qui ont été mis en avant par certains envisageant la santé selon une logique économiste et dont la libéralisation est à la fois source de croissance et de développement. Il est vrai que ce tourisme peut avoir une utilité lorsqu'il s'agit de surmonter le coût élevé de certains services de santé dans plusieurs Etats, les rendant même inaccessibles aux classes moyennes. Il permet également d'accéder pour certaines populations à des soins de meilleure qualité par rapport à ceux disponibles dans l'Etat d'origine, de même qu'il est utile pour contourner les problèmes de saturation des systèmes nationaux<sup>55</sup>. Il permettrait également, c'est la position déjà évoquée de Mattoo et Rathindran, de soulager

<sup>45</sup> CETA, articles 9(1) et 9(2).

<sup>46</sup> WTO Trade in Services Division, *A Handbook on the GATS Agreement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 7.

<sup>47</sup> V. par ex., R. ADLUNG *et al.*, « Trade in Health Services and the GATS: Introduction and Summary », in C. BLOUIN *et al.* (eds.), *International Trade in Health Services and the GATS – Current Issues and Debates*, Washington, DC, The World Bank, 2006, p. 6. ; FIDLER D.P. *et al.*, « Making Commitments in Health Services under the GATS: Legal Dimensions », *op. cit.*, p. 147 et s.

<sup>48</sup> Ces questions ont été abordées dans une précédente étude, R. BISMUTH, « La contribution du droit international du commerce au droit international des investissements », in S. ROBERT-CUENDET (dir.), *Droit des investissements internationaux – Perspectives croisées*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 87 et s.

<sup>49</sup> CJUE, 6 mars 2018, C-284/16, *Slovakische Republik c. Achmea BV*.

<sup>50</sup> *Achmea BV v. The Slovak Republic*, PCA Case No. 2008-13, Final Award, 7 décembre 2012, § 294.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> S/C/W/298, *op. cit.* note 39, p. 11, § 35.

<sup>55</sup> C. BLOUIN *et al.*, « Trade in Health Services under the Four Modes of Supply: Review of Current Trends and Policy Issues », *op. cit.*, p. 212 et s.

les systèmes de sécurité sociale et de financement de la santé à l'échelon national en jouant sur le différentiel de coût<sup>56</sup>.

Mais les avantages de ce tourisme médical sont le plus souvent le cache-misère de leurs effets dérégulateurs, et ce, à plusieurs points de vue : pour le patient, pour le système de santé de l'Etat d'origine, pour les patients de l'Etat des soins et aussi pour ceux des Etats tiers.

Le patient peut certes bénéficier d'un encadrement de meilleure qualité, mais cela ne doit pas éclipser le développement d'un tourisme médical *low cost* où se posent également pour le patient, une fois revenu dans le pays d'origine, des problèmes pratiques de suivi post-intervention mais aussi de mise en œuvre de la responsabilité médicale en cas de faute ou négligence du professionnel de santé.

Le système de santé de l'Etat d'origine est également affecté par le tourisme médical qui constitue d'une certaine manière une incitation à ne pas assurer le développement de l'offre nationale et qui opère un transfert de ressources financières vers l'étranger.

Les patients résidant dans un Etat d'accueil de tourisme médical sont également susceptibles de souffrir de la dérégulation du système national car les patients étrangers peuvent être, pour des raisons financières, privilégiés par rapport aux résidents (par exemple pour certaines des greffes d'organes). On constate également des mouvements de professionnels de santé du secteur public vers le secteur privé, qui accueille et nourrit ce tourisme médical, affaiblissant ainsi davantage la qualité des soins offerts aux résidents. Les patients d'Etats tiers sont aussi affectés car les nouveaux *hubs* régionaux et mondiaux des marchés de la santé favorisent un mouvement des professionnels de santé les plus qualifiés d'autres Etats.

Les effets du tourisme médical ne s'inscrivent donc pas dans une logique bilatérale où seraient seuls en jeu les systèmes de santé de l'Etat d'origine du patient et de l'Etat où les soins sont réalisés. Les externalités négatives sont bien plus larges et cela est également le cas lorsque l'on examine les problèmes posés par les mouvements internationaux des professionnels de santé (dont certains sont visés par le mode 4 du GATS). Certains chiffres en la matière donnent le vertige. Le cas du Nigéria est souvent mis en avant tant ce pays souffre de fuite des cerveaux (*brain drain*) en matière médicale vers les pays les plus riches et les nouveaux hubs de tourisme médical<sup>57</sup>. Il n'y a que 35.000 praticiens médicaux au Nigéria et autant à l'étranger (notamment au Royaume-Uni et aux Etats-Unis), ce qui donne un ratio de 3 pour 10.000 habitants, alors qu'il en faudrait 237.000 pour atteindre le taux d'encadrement médical recommandé par l'OMS.

<sup>56</sup> A. MATTOO et R. RATHINDRAN, *Does Health Insurance Impede Trade in Health Care Services?*, *op. cit.*

<sup>57</sup> V. notamment, « Diagnosing Africa's Medical Brain Drain », *Africa Renewal*, décembre 2016-mars 2017, <[www.un.org/africarenewal/magazine/december-2016-march-2017/diagnosing-africa%E2%80%99s-medical-brain-drain](http://www.un.org/africarenewal/magazine/december-2016-march-2017/diagnosing-africa%E2%80%99s-medical-brain-drain)> ; NIGERIA HEALTHWATCH, *Emigration of Nigerian Medical Doctors – Survey Report*, 2017, <[www.nor-polls.com/documents/Emigration\\_of\\_Medical\\_Doctors\\_Survey\\_Report.pdf](http://www.nor-polls.com/documents/Emigration_of_Medical_Doctors_Survey_Report.pdf)>.

L'OMS a certes adopté un Code de pratique mondial pour le recrutement international des personnels de santé en 2010 invitant entre autres les Etats membres à « décourager le recrutement actif de personnels de santé originaires de pays en développement confrontés à des pénuries aiguës de personnels de santé »<sup>58</sup>, mais cet instrument et cette recommandation n'ont manifestement que peu d'influence sur les politiques nationales des Etats les plus attractifs, notamment en termes de rémunération et conditions de travail.

Encore un exemple, s'il en fallait un, des risques d'abandonner le secteur de la santé aux seules forces du marché dont les effets dérégulateurs ne sont pas suffisamment pris en compte. L'exploration de ces différents espaces de libéralisation, subie par les Etats ou organisée par eux, des activités de santé montre que leur *commodification* participe d'un affaiblissement des systèmes de santé nationaux qui n'a pas été pleinement anticipé. Suivre une logique strictement economiciste de la libéralisation de ces activités sans envisager concurremment leur encadrement international mène à une impasse.

<sup>58</sup> *Code de pratique mondial de l'OMS pour le recrutement international des personnels de santé*, 63<sup>ème</sup> Assemblée mondiale de la santé, WHA63.16, 21 mai 2010, article 5(1).