

# **GE\_GERICHTE ATAS/484/2024 vom 21. Juni 2024**

GE Cour de justice, 2024-06-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_484\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_484_2024)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/484/2024 du 21 juin 2024

IT: GE\_GERICHTE ATAS/484/2024 del 21 giugno 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 4 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la LAMal. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 1.2**

Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 60 al. 1 LPGA [applicable par le renvoi de l'art. 1 al. 1 LAMal] ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - [LPA - E 5 10]).

### **E. 2**

Le litige porte sur la question de savoir si les frais médicaux relatifs à l'extraction et à la cryoconservation de spermatozoïdes sont à la charge de l'assurance-maladie de base.

### **E. 3**

L'assurance-maladie sociale alloue des prestations en cas de maladie (art. 1a al. 2 let. a LAMal).

A/1624/2022 - 6/14 -

#### **E. 3.1**

Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail (art. 3 LPGA). La notion de maladie suppose, d'une part, une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique dans le sens d'un état physique, psychique ou mental qui s'écarte de la norme et, d'autre part, la nécessité d'un examen ou d'un traitement médical. La notion de maladie est une notion juridique qui ne se recoupe pas nécessairement avec la définition médicale de la maladie (ATF 124 V 118 consid. 3b et les références). Pour qu'une altération de la santé ou un dysfonctionnement du corps humain soient considérés comme une maladie au sens juridique, il faut qu'ils aient valeur de maladie (« Krankheitswert ») ou, en d'autres termes, atteignent une certaine ampleur ou intensité et rendent nécessaires des soins médicaux ou provoquent une incapacité de travail (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_465/2010 du 6 décembre 2010 consid. 4.1). Le transsexualisme est un phénomène pathologique ayant le caractère d'une maladie (ATF 114 V 154).

#### **E. 3.2**

Conformément à l'art. 24 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux art. 25 à 31 en tenant compte des conditions des art. 32 à 34 (al. 1). Les prestations prises en charge sont rattachées à la date ou à la période de traitement (al. 2). Selon l'art. 25 LAMal, l'assurance obligatoire de soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles (al. 1). Ces prestations comprennent notamment les examens et traitements dispensés sous forme ambulatoire, en milieu hospitalier ou dans un établissement médico-social ainsi que les soins dispensés dans un hôpital par des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat d'un médecin ou d'un chiropraticien (al. 2 let. a ch. 3). Aux termes de l'art. 32 al. 1 LAMal, les prestations mentionnées aux art. 25 à 31 doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques, fondées sur la recherche et la pratique médicale et non sur le résultat obtenu dans un cas particulier (cf. ATF 142 V 249 consid. 4.1 ; ATF 133 V 115 consid. 3 et les références citées ; ATF 125 V 95 consid. 4a). L'adéquation d'une mesure s'examine sur la base de critères médicaux. L'examen consiste à évaluer, en se fondant sur une analyse prospective de la situation, la somme des effets positifs de la mesure envisagée et de la comparer avec les effets positifs de mesures alternatives ou par rapport à la solution consistant à renoncer à toute mesure ; est appropriée la mesure qui présente, compte tenu des risques existants, le meilleur bilan diagnostique ou thérapeutique. La réponse à cette question se confond normalement avec celle de l'indication médicale ; lorsque l'indication médicale est clairement établie, il convient d'admettre que l'exigence

A/1624/2022 - 7/14 - du caractère approprié de la mesure est réalisée (ATF 139 V 135 consid. 4.4.2 et les références). Le critère de l'économicité intervient lorsqu'il existe dans le cas particulier plusieurs alternatives diagnostiques ou thérapeutiques appropriées. Il y a alors lieu de procéder à une balance entre coûts et bénéfices de chaque mesure. Si l'une d'entre elles permet d'arriver au but recherché en étant sensiblement meilleur marché que les autres, l'assuré n'a pas droit au remboursement des frais de la mesure la plus onéreuse (ATF 139 V 135 consid. 4.4.3).

### **E. 3.3**

Selon l'art. 33 al. 1 LAMal, le Conseil fédéral peut désigner les prestations fournies par un médecin ou un chiropraticien, dont les coûts ne sont pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins ou le sont à certaines conditions. Cette disposition se fonde sur la présomption que médecins et chiropraticiens appliquent des traitements et mesures qui répondent aux conditions posées par l'art. 32 al. 1 LAMal. D'après l'art. 33 al. 3 LAMal, le Conseil fédéral détermine également dans quelle mesure l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'une prestation nouvelle ou controversée, dont l'efficacité, l'adéquation ou le caractère économique sont en cours d'évaluation. Le DFI, auquel le Conseil fédéral a délégué à son tour les compétences susmentionnées (art. 33 al. 5 LAMal en relation avec l'art. 33 let. a et c OAMal), a promulgué l'ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS; RS 832.112.31). Conformément à l'art. 1 OPAS, l'annexe 1 de cette ordonnance énumère les prestations visées par l'art. 33 let. a et c OAMal - dispositions reprenant textuellement les règles posées aux al. 1 et 3 de l'art. 33 LAMal - dont l'efficacité, l'adéquation ou le caractère économique ont été examinés par la Commission fédérale des prestations générales et des principes de l'assurance-maladie (CFPP) et dont l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts, avec ou sans condition, ou ne les prend pas en charge. Cette annexe ne

contient pas une énumération exhaustive des prestations (remarques préliminaires à l'annexe 1 de l'OPAS; ATF 142 V 249 consid. 4.2 p. 251). En présence de prestations fournies par un médecin (ou par un chiropraticien), qui n'ont pas été soumises à l'avis de la commission (art. 33 al. 3 LAMal et 33 let. c OAMal), il convient donc d'appliquer la présomption légale que le traitement répond aux exigences de la loi quant à son efficacité, son caractère approprié et économique. En effet, nombre de traitements remplissent ces conditions sans pour autant figurer dans l'annexe 1 de l'OPAS (arrêt K 9/05 du 12 mai 2005 consid. 4.1).

### **E. 3.4**

Aux termes du chiffre 3 « Gynécologie et obstétrique, médecine de la procréation » de l'annexe 1 de l'OPAS, dans sa version en vigueur au moment de la survenance des faits juridiquement déterminants (ATF 136 I 121 consid. 4.1), sont obligatoirement prises en charge par l'assurance-maladie les « mesures visant

A/1624/2022 - 8/14 - à conserver la fertilité chez les personnes qui reçoivent des traitements qui nuisent à la fertilité », aux conditions suivantes : - pour les adolescents post-pubères et les adultes jusqu'à l'âge de 40 ans présentant, en raison d'un traitement contre le cancer, un risque moyen ou élevé (> 20%) d'aménorrhée permanente (femmes) ou d'azoospermie (hommes) par suite d'un traitement, ou recevant une transplantation de cellules souches en raison d'une maladie non-oncologique, ou traités par cyclophosphamide et présentant un risque moyen ou élevé (> 20%) d'aménorrhée permanente (femmes) ou d'azoospermie (hommes) par suite d'un traitement. Parmi les mesures chez les hommes, figure la cryoconservation de spermatozoïdes. La cryoconservation est de cinq ans au plus. Une prolongation de cinq ans supplémentaires est possible uniquement en cas d'azoospermie.

### **E. 3.5**

Selon la jurisprudence, il ne saurait être question d'intervenir en cas de silence qualifié du DFI, soit lorsqu'il apparaissait que celui-ci, avec l'aide de la CFPP, s'était penché sur une indication particulière qu'il avait implicitement exclue (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_739/2012 du 7 février 2023 consid. 4). Dans un arrêt 9C\_328/2016, le Tribunal fédéral a retenu qu'on ne pouvait parler de silence qualifié en ce qui concernait l'indication du traitement de stimulation cérébrale profonde bilatérale à haute fréquence pour un syndrome de Gilles de Tourette. Aucune demande d'étendre les indications en vue d'une prise en charge obligatoire de l'électrostimulation des structures cérébrales profondes par implantation d'un système de neurostimulation n'avait été soumise pour avis à la CFPP pour ledit syndrome. La commission s'était exclusivement prononcée à la requête des fournisseurs de prestations sur un certain nombre d'autres indications médicales. La juridiction cantonale ne pouvait ainsi être suivie lorsqu'elle affirmait que l'énumération des conditions pour qu'une électrostimulation des structures cérébrales profondes soit prise en charge était exhaustive. En présence d'une prestation prescrite par un médecin pour une indication qui n'avait pas été soumise à l'avis de la commission ou qui n'avait pas été écartée implicitement par celle-ci, la présomption légale que le traitement répondait aux exigences de la loi quant à son efficacité, son caractère approprié et économique s'appliquait pleinement. D'innombrables prestations médicales ne figuraient pas dans l'annexe 1 OPAS parce que la CFPP ne les avait pas (ou pas encore) évaluées, faute de temps ou de moyens, respectivement de demande du fournisseur. Le Tribunal fédéral a ainsi renvoyé la cause à la juridiction cantonale afin qu'elle examine si la mesure en cause était

couverte par la présomption légale posée par l'art. 32 al. 1 LAMal (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_328/2016 du 10 octobre 2016 consid. 6.1). Dans une affaire plus récente portant sur la prise en charge, par l'assurance-obligatoire, d'une mastectomie prophylactique bilatérale chez une assurée porteuse d'une mutation génétique PALB2, soit d'une mutation ne figurant pas dans la liste de l'art. 12b OPAS, le Tribunal fédéral a retenu que, compte tenu de la documentation médicale récente, son absence de cette disposition constituait un silence qualifié du législateur. Cela était du reste confirmé après la consultation d'un document intitulé « schéma de référence »

A/1624/2022 - 9/14 - mentionné à l'art. 12d al. 1 let. d OPAS, dans lequel les connaissances médicales les plus récentes avaient été intégrées. La non-inscription de cette mesure était conforme au système restrictif prévu par le législateur avec les listes positives (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_12/2022 du 26 octobre 2022).

### **E. 3.6**

Dans le cas particulier, il est constant que la mesure visant à conserver la fertilité chez les personnes recevant des traitements qui nuisent à la fertilité a été admise par le DFI pour certaines indications (traitement contre le cancer, transplantation de cellules souches, traitement par cyclophosphamide) n'incluant pas le traitement hormonal dans le cadre d'une dysphorie de genre. La question se pose donc de savoir si c'est à tort qu'une telle indication n'a pas été intégrée dans l'annexe 1 de l'OPAS. Interrogé sur ce point, l'OFSP a répondu que si la CFPP avait examiné la question de savoir s'il convenait d'étendre les indications en cas de traitement lié à la dysphorie de genre, l'annexe 1 de l'OPAS aurait mentionné cette prestation, avec une indication de prise en charge positive, conditionnelle ou négative. Il convient donc d'en conclure qu'en l'absence d'indication, la commission ne s'est pas prononcée sur ce point. Ainsi, en présence d'une prestation prescrite par un médecin pour une indication qui n'a pas été soumise à l'avis de la commission, la présomption légale que le traitement répond aux exigences de la loi quant à son efficacité, son caractère approprié et économique s'applique pleinement. En l'occurrence, il n'est pas contesté que la recourante souffre d'une dysphorie de genre, qui a valeur de maladie. La question se pose donc de savoir si l'extraction et la cryoconservation de spermatozoïdes constituent des prestations servant à traiter une maladie et ses séquelles au sens de l'art. 25 al. 1 LAMal.

### **E. 4**

consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1], en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003) renferme une liste positive des mesures médicales de prévention prises en charge par l'assurance obligatoire des soins. La cryoconservation des spermatozoïdes n'y figure pas. Les mesures de prévention (art. 26 LAMal) ne doivent pas être confondues avec les mesures diagnostiques et thérapeutiques qui sont des prestations générales en cas de maladie (art. 25 al. 1 LAMal) : alors que pour être prises en charge les premières doivent être prescrites ou effectuées en l'absence de tout symptôme concret de maladie, de tout indice ou suspicion de maladie ou de menace fondée d'atteinte à la santé, afin de détecter à temps ou d'éviter une maladie dont la survenance apparaît comme une simple possibilité théorique, comme une possibilité lointaine, les secondes sont dispensées dans le cadre de l'examen ou du traitement d'une atteinte manifeste à la santé (le risque assuré, c'est-à-dire l'atteinte à la santé, s'est réalisé), en cas de suspicion concrète d'une maladie (la menace d'une atteinte à la santé est établie avec un degré de vraisemblance prépondérante) ou encore à un stade précoce du processus pathologique (« Krankheitsbehandlung im Frühstadium »). Le degré

de vraisemblance de survenance de l'atteinte à la santé constitue le critère pour déterminer s'il s'agit d'une mesure de prophylaxie (art. 26 LAMal) ou d'une mesure diagnostique ou thérapeutique (art. 25 LAMal ; Stéphanie PERRENOUD, L'assurance-maladie, in Ghislaine FRÉSARD-FELLAY/Bettina KAHIL-WOLFF/Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, n. 160).

#### **E. 4.1**

Comme indiqué supra, l'art. 25 al 1 LAMal prévoit que l'assurance obligatoire de soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles.

#### **E. 4.2**

Les mesures médicales visant à anticiper les éventuels effets secondaires indésirables d'une maladie et à remédier à ceux-ci, ne constituent pas des mesures diagnostiques ou thérapeutiques au sens de l'art. 25 LAMal ; il s'agit de mesures de prévention qu'il incombe à l'assurance-maladie obligatoire de prendre en charge, dans la mesure où celles-ci s'inscrivent dans la liste positive énoncée aux art. 12a-e OPAS. L'extraction et la conservation des spermatozoïdes ne figurent pas dans cette liste.

#### **E. 4.3**

Selon l'art. 26 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts de certains examens destinés à détecter à temps les maladies ainsi que des mesures préventives en faveur d'assurés particulièrement menacés. Ces examens ou mesures préventives sont effectués ou prescrits par un médecin. Selon l'art. 33 al. 2 LAMal, il appartient au Conseil fédéral de désigner en détail, notamment, les

A/1624/2022 - 10/14 - prestations prévues à l'art. 26 LAMal. À l'art. 33 let. d OAMal, le Conseil fédéral, comme le permet l'art. 33 al. 5 LAMal, a délégué à son tour cette compétence au DFI. Faisant usage de cette sous-délégation, le DFI a édicté l'OPAS. L'art. 12 de cette ordonnance (dans sa version déterminante en l'espèce [cf. ATF 129 V

#### **E. 4.4.1**

Dans un arrêt du 17 février 2005, le Tribunal fédéral des assurances a examiné la question du remboursement, par l'assurance-maladie obligatoire, des frais liés à la cryoconservation du sperme dans le cas d'une personne atteinte de la maladie de Hodgkin. Il a retenu que la cryoconservation des spermatozoïdes ne pouvait pas être qualifiée de mesure destinée à traiter une conséquence secondaire de la maladie. S'il était certes vrai que l'élimination d'atteintes secondaires dues à la maladie avait un caractère thérapeutique et constituait en principe également un traitement de la maladie au sens de l'art. 25 al. 1 LAMal, une prise en charge à ce titre présupposait toutefois que la stérilité était déjà présente, ce qui n'était pas encore le cas chez le recourant. La conservation du sperme avait en effet été réalisée avant la chimiothérapie, dont la mesure visait à atténuer les effets défavorables sur la fertilité. Elle anticipait ainsi l'atténuation d'une éventuelle conséquence future (secondaire) de la maladie, de sorte qu'elle devait être qualifiée de mesure de prévention médicale au sens de l'art. 26 LAMal. Or, dans la mesure où la cryoconservation des spermatozoïdes ne figurait pas dans la liste

A/1624/2022 - 11/14 - de l'art. 12 OPAS, l'assurance n'avait pas l'obligation de prendre en charge les frais liés à cette mesure. Le fait que cette disposition ne contenait qu'un catalogue restreint de telles mesures était inhérent au système prévu par le législateur (arrêt du

Tribunal fédéral des assurances K23/04 du 17 février 2005). L'absence de prise en charge, par l'assurance-maladie obligatoire, des mesures de conservation de la fertilité en cas de risque de devenir infertile en raison d'un traitement hormonal a été critiqué en doctrine. PERRENOUD était notamment d'avis que ce type de mesures devait être introduit au sein des prestations générales en cas de maladie remboursées (art. 25 al. 2 let. a LAMal), au même titre que la reconstruction mammaire, qui était prise en charge lorsqu'elle servait au rétablissement de l'intégrité physique et psychique de la patiente après une amputation médicalement indiquée (Stéphanie PERRENOUD, La stérilité est-elle une maladie ? Quelques considérations à la lumière de l'ATF 142 V 249, in RSAS 2017 p. 97, p. 109). À noter que, comme indiqué supra (consid. 3.4), depuis 2019, les mesures destinées à préserver la fertilité chez les personnes atteintes d'un cancer, ayant fait l'objet d'une transplantation de cellules souches ou d'un traitement au cyclophosphamide ont été intégrées à l'annexe 1 de l'OPAS. La question demeure toutefois entière s'agissant de la préservation de la fertilité pour les personnes souffrant de dysphorie de genre. Dans ce cas, le remboursement par l'assurance-maladie de la préservation de la fertilité pour raison médicale constitue l'un des enjeux centraux identifiés par les professionnels (Solène GOUILHERS/Raphaël ALBOSPEYRE-THIBEAU/Delphine GARDEY, Vers l'inclusion des personnes trans dans les protocoles de préservation de la fertilité en Suisse romande, in Revue médicale suisse, 28 juin 2023).

#### **E. 4.4.2**

Le Tribunal fédéral des assurances a également considéré que la stérilisation d'une assurée, mère d'un enfant gravement handicapé, effectuée afin d'éviter une charge psychique provoquée par une éventuelle nouvelle grossesse était une mesure de prévention (art. 26 LAMal). Cette mesure ne figurant pas dans la liste énoncée aux art. 12a-e OPAS, elle ne devait dès lors pas être prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire (arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 26 juin 1998, in RMA 1998 n° K 992, pp. 390-393). De la même manière, une intervention chirurgicale de réduction de l'hypertrophie mammaire effectuée dans le dessein d'écartier la possibilité de futurs troubles psychiques dus à l'hypertrophie mammaire (ATF 121 V 211 consid. 6b).

#### **E. 5**

En l'occurrence, il n'est pas contesté que la mesure d'extraction et de cryoconservation des spermatozoïdes a été réalisée alors que la recourante ne présentait aucun symptôme concret de stérilité. Dans cette mesure, l'assurée se trouve dans la même situation que celle du recourant atteint de la maladie de Hodgkin qui s'est vu refuser le remboursement de la mesure de conservation de son sperme au motif que la mesure de cryoconservation avait été réalisée avant la chimiothérapie et alors qu'il ne présentait encore aucun symptôme de stérilité. La

A/1624/2022 - 12/14 - situation de la recourante se distingue toutefois de l'affaire précitée en ceci que l'azoospermie ne constitue pas un éventuel effet secondaire indésirable. En effet, interrogé à ce sujet, le Dr C\_\_\_\_\_ a indiqué que le taux d'azoospermie était, dans le cas de patientes transgenres traitées par œstrogènes – ce qui est le cas de la recourante –, de 100%. Le risque d'azoospermie est ainsi certain, ce qui différencie la situation de l'assurée des cas – mentionnés par le médecin – dans lesquels un traitement gonadotoxique (par exemple une chimiothérapie pour maladie oncologique) est administré et où le risque d'aménorrhée ou azoospermie est supérieur à 30%. Dans ces conditions, il y a lieu

d'admettre que la menace d'une atteinte à la santé est établie avec un degré de vraisemblance prépondérante, l'azoospermie étant une conséquence directe et certaine du traitement entrepris. On se trouve ainsi dans un cas de suspicion concrète d'une maladie, situation qui tombe sous le coup de l'art. 25 al. 1 LAMal, et non d'une mesure de prévention au sens de l'art. 26 LAMal. L'azoospermie doit ainsi être considérée comme une atteinte secondaire à la maladie initiale, si bien que l'assurance-maladie doit en principe prendre en charge les mesures visant à la traiter au sens de l'art. 25 al. 1 LAMal. Reste à examiner si les mesures d'extraction et de cryoconservation des spermatozoïdes sont efficaces, appropriées et économiques, auquel cas elles devraient être mises à la charge de l'assurance (cf. supra consid. 3.2).

En l'occurrence, le Dr C\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il s'agissait d'une technique efficace pour obtenir des embryons et des grossesses par des procédures de procréation médicalement assistée connues depuis plusieurs années. Il appert ainsi que l'indication médicale est clairement établie. Dans le cas de la recourante, le Dr C\_\_\_\_\_ a relevé que l'extraction du sperme avait été réalisée avec 46 paillettes récupérées. La mesure envisagée permet ainsi d'obtenir le résultat recherché, à savoir préserver la fertilité. Il n'est pas non plus remis en cause qu'il n'existe aucune alternative thérapeutique efficace et appropriée à cette mesure. Les caractères efficace et approprié de la mesure doivent donc être admis. Dans ces conditions, et en l'absence d'une mesure alternative, il n'est pas nécessaire d'examiner si la mesure répond au critère de l'économicité (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C\_331/2020 du 29 septembre 2020 consid. 6.3.2.3), étant rappelé que le coût total des mesures d'extraction (CHF 150.-) et de cryoconservation pour une année (CHF 150.-) s'élève en l'occurrence à CHF 300.-. Il résulte de ce qui précède que la mesure proposée, consistant dans l'extraction et la cryoconservation des spermatozoïdes, doit être prise en charge par l'intimée. Compte tenu de cette issue, il n'est pas nécessaire d'examiner le grief de la recourante tirée de la violation de l'égalité de traitement.

## **E. 6**

Le recours sera donc admis et la décision entreprise annulée. La recourante obtenant gain de cause, une indemnité lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA en corrélation avec l'art.

A/1624/2022 - 13/14 - 89H al. 3 de la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative). L'autorité cantonale chargée de fixer l'indemnité de dépens jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 111 V 49 consid. 4a). Ainsi, l'indemnité allouée sera fixée à CHF 2'500.-. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis a contrario LPGA).

A/1624/2022 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.