

# GE\_GERICHTE A/331/2004 vom 17. Februar 2005

GE Cour de justice, 2005-02-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_331\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_331_2004)

FR: GE\_GERICHTE A/331/2004 du 17 février 2005

IT: GE\_GERICHTE A/331/2004 del 17 febbraio 2005

## Regeste

; LOI FÉDÉRALE SUR L'ASSURANCE-MALADIE ; IMPLANTATION CHIRURGICALE ; OPÉRATION PLASTIQUE ; TRANSSEXUALISME ; SEXUALITÉ ; SEXE ; CHANGEMENT DE SEXE ; IMPUISSANCE | En cas de transsexualisme vrai et d'opération de changement de sexe de femme en homme, les caisses-maladie doivent prendre en charge, sur la base de la LAMal, la totalité de la transformation, soit également la pause d'une prothèse pénienne. En effet, on ne peut pas comparer la pause d'une prothèse pénienne pour un homme impuissant - qui n'est pas prise en charge par la LAMal, puisque l'annexe 1 à l'ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS) ne comprend pas l'implant pénien - à une opération en transformation de sexe femme-homme ; dans ce cas, il faut reconstruire un pénis en en assurant le fonctionnement afin de parvenir à la guérison du patient (guérison de la maladie mentale, le transsexualisme vrai).

## Erwägungen

### E. 4

ème chambre du 17 février 2005 En la cause Monsieur K\_\_\_\_\_, recourant contre SANITAS KRANKENVERSICHERUNG, Lagerstrasse 107, 8021 ZÜRICH intimée EN FAIT Monsieur K\_\_\_\_\_, né Madame K\_\_\_\_\_ le 2 juillet 1974, a été suivi dès 2000 par la doctoresse B\_\_\_\_\_ pour un trouble de l'identité sexuelle. Cette praticienne a diagnostiqué un transsexualisme vrai primaire évoluant depuis l'enfance chez une personnalité névrotique. Après une première démarche psychiatrique en 1996 et deux ans de suivi psychothérapeutique régulier, un traitement de substitution hormonal androgénisant avait débuté en mars 1998 et avait été bien supporté. En 1999, la doctoresse A\_\_\_\_\_ avait procédé à une mastectomie bilatérale, puis en 2000, une correction cutanée secondaire avait été pratiquée. Le 6 mars 2001, la doctoresse B\_\_\_\_\_ a informé le docteur C\_\_\_\_\_ du souhait de l'assuré d'une opération de changement de sexe chirurgicale afin de pouvoir être reconnu véritablement sous une identité masculine. Elle a expliqué que l'assuré vivait et travaillait comme un homme depuis plus d'une année mais qu'il n'avait toujours pas pu procéder à son changement d'identité juridique et légal, dans la mesure où ce changement était tributaire de l'intervention. La doctoresse a estimé que son patient, parfaitement au courant du processus chirurgical, était prêt à l'affronter. Le 30 mars 2001, le docteur C\_\_\_\_\_ a réalisé à la clinique de MONTCHOISI à Lausanne l'opération de changement de sexe, laquelle a duré près de douze heures. SANITAS KRANKENVERSICHERUNG (ci-après la caisse), la caisse-maladie auprès de laquelle l'intéressé était assuré au titre de l'assurance obligatoire des soins ainsi que pour les assurances complémentaires, a pris en charge les coûts de l'opération. Dès le début de l'année 2003, une troisième et dernière opération a été planifiée, soit la mise en place de

prothèses pénienne et testiculaires, afin de parvenir au changement de sexe souhaité. Cette opération devait avoir lieu le 8 juillet 2003. L'assuré a alors fait parvenir à sa caisse deux devis, des 27 et 28 février 2003, desquels il ressortait un coût global de l'opération de 29'962 fr. (notamment honoraires chirurgicaux et anesthésiste, séjour de sept jours en chambre privée, implants AMS 700 CXM et prothèse testiculaire). Le 16 mai 2003, la caisse a répondu qu'il convenait de déterminer la partie à payer par l'assurance et celle que le patient devait financer dès lors que, selon un arrêt du Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA), l'assureur devait prendre en charge la reconstitution des propriétés sexuelles primaires et secondaires, mais que l'annexe 1 de l'ordonnance sur les prestations dans l'assurance des soins faisait une exception et niait la prise en charge des mesures chirurgicales en cas de troubles de l'érection. La caisse a proposé la prise en charge de 50 % du séjour hospitalier, d'un tiers des honoraires médicaux du chirurgien et une prise en charge totale de l'anesthésie et de l'assistance opératoire. L'implant AMS 700 CXM demeurait entièrement à charge de l'assuré. Au final, les coûts étaient répartis à hauteur d'un tiers pour la caisse (prise en charge de 10'212 fr.) et de deux tiers pour l'assuré (19'750 fr.). Le 10 juin 2003, l'assuré a contesté ce point de vue en soulignant que, pour devenir un homme, il fallait trois opérations, et que l'opération planifiée pour juillet 2003 avait pour but la mise en place de la mécanique pour obtenir un fonctionnement sexuel satisfaisant. Dans cette mesure, l'implant pénien devait être pris en charge par l'assurance. Le 8 juillet 2003, l'opération prévue a eu lieu à la Clinique de Montchoisi. Le Professeur C \_\_\_\_\_ a procédé à la pose de l'implant pénien et testiculaire de l'assuré ainsi que cela avait été planifié. Le 17 juillet 2003, sur requête de l'assuré, le docteur D \_\_\_\_\_, médecin chef de la polyclinique psychiatrique de Zürich, lui a écrit qu'il avait posé la question de la prise en charge de l'opération litigieuse à son confrère, le docteur E \_\_\_\_\_. De l'avis de ce dernier, la prise en charge des coûts issus de l'opération ne devait poser aucun problème, fût-ce par le biais de l'assurance privée. Par décision du 19 août 2003, dans un courrier identique à celui du 16 mai 2003, la caisse a refusé la prise en charge de la totalité de l'opération. Le 27 septembre 2003, l'assuré a formé opposition à cette décision en expliquant qu'un transsexuel était un malade souffrant du syndrome de Benjamin et que, dans cette mesure, les opérations devaient être prises en charge par la caisse maladie. L'intervention n'avait été que la suite de la deuxième opération ayant consisté en la transformation de femme en homme. Il ne s'était jamais agi de l'implantation d'un « gadget », mais bien d'un implant nécessaire à une vie sexuelle normale. L'assuré a également relevé que son séjour en clinique n'avait finalement duré que quatre jours et trois nuits, ce qui avait permis une économie importante. En octobre 2003, l'assuré a produit copie d'un courrier émanant de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après l'OFAS) à qui il avait demandé conseil. Il ressort de ce document que les interventions chirurgicales jugées nécessaires pour le traitement d'un transsexualisme vrai doivent être prises en charge par les assureurs maladie dans le cadre de l'assurance de base conformément à la jurisprudence. L'OFAS a relevé que les assureurs maladies sont également tenus de prendre en charge les interventions de chirurgie plastique et de reconstruction dans le cadre desquelles la personne assurée reçoit les organes d'une personne de sexe opposé. Par ailleurs, si les conditions requises pour une intervention chirurgicale sont remplies, des traitements supplémentaires visant à modifier les caractéristiques sexuelles secondaires sont également considérés comme des prestations obligatoires, pour autant qu'il existe une ordonnance médicale en la matière et que le traitement satisfasse au principe de l'économicité. Par décision sur opposition du 5 février 2004, la caisse a refusé la prise en

charge de l'implant pénien et de l'opération qu'il avait nécessité. Elle a expliqué que le litige ne portait pas sur la prise en charge des coûts de mesures visant à modifier les caractéristiques sexuelles secondaires (ablation de la pomme d'Adam, épilation) mais sur celle des coûts d'une mesure permettant l'érection. Or, la prise en charge d'opérations en cas de troubles de l'érection (implant pénien et chirurgie de revascularisation) était clairement rejetée dans l'annexe 1 de l'ordonnance du département fédéral de l'intérieur (DFI) sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins. Par ailleurs, l'implant pénien ne figurait pas sur la liste des moyens et appareils que les assureurs maladies sont tenus de prendre en charge dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins. Il y était uniquement mentionné que les aides pour l'érection (système d'érection par aspiration, y compris l'anneau de pression et le lubrifiant) étaient remboursées. La prise en charge des prestations n'était effectuée qu'en cas d'insuffisance de l'irrigation artérielle du pénis, de troubles du système veineux/caverneux et d'atteintes du système nerveux ayant pour conséquence un trouble de réglage. Or, les coûts de ces aides pour l'érection avaient été pris en compte dans l'établissement de l'aperçu des coûts. La caisse a précisé que le fait que l'assurance-accidents prenne en charge les frais concernés n'impliquait nullement un droit aux prestations dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins. De même, le courrier de l'OFAS du 16 octobre 2003 ne permettait pas de déduire un droit aux prestations en ce qui concernait l'implant pénien AMS 700 CXM. Le 19 février 2004, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en soulignant que, dans son cas, il ne s'agissait nullement d'une opération en raison de troubles de l'érection, mais bien d'une opération pour la finalisation de la transformation d'une personne transsexuelle de femme en homme. Sans l'implant AMS 700 CXM, des relations sexuelles satisfaisantes n'étaient pas possibles. La jurisprudence prévoyait d'ailleurs que les interventions complémentaires destinées à modifier les caractères sexuels secondaires faisaient également partie des prestations obligatoires à charge des caisses-maladies s'il existait une indication médicale clairement posée et que le principe de l'économie du traitement était respecté. L'assuré a également produit un avis positif émanant du docteur D\_\_\_\_\_. Il a encore précisé qu'il était aussi assuré auprès de la caisse en assurance privée et que, si l'assurance de base ne couvrait pas tout, l'assurance complémentaire privée devait prendre en charge les frais. Par réponse du 11 mars 2004, la caisse a proposé le rejet du recours et le maintien de la décision attaquée tout en renvoyant aux motifs déjà exposés dans cette dernière. La caisse a fait valoir que si le droit aux prestations était clairement nié pour un implant d'aide pour l'érection en cas de troubles pathologiques de l'érection, il devait en être forcément de même après un changement de sexe, ce d'autant plus qu'une telle mesure n'était pas prévue par la loi ou ses ordonnances. Elle a expliqué qu'elle ne comprenait d'ailleurs pas pourquoi le docteur D\_\_\_\_\_ était parvenu à la conclusion qu'une prise en charge des coûts d'une opération telle que celle subie par le recourant ne poserait pas de problème. Par réplique du 9 avril 2004, le recourant a maintenu son opposition tout en soulignant que le but d'une opération de transformation d'un transsexuel était de lui donner les organes dont la nature ne l'avait pas doté. La jurisprudence prévoyait clairement que, dans le cas d'un transsexualisme vrai, tant les frais médicaux relatifs à l'ablation des organes génitaux existants que les actes de chirurgie plastique et reconstructive tendant à pourvoir l'assuré d'organes génitaux du sexe opposé devaient être pris en charge. La « fabrication » d'un sexe sans l'implant pénien ne servait à rien puisque ce dernier assurait sa fonction lors de relations sexuelles. Ainsi, le pénis fabriqué avec des « éléments » du patient nécessitait un implant pour son fonctionnement. En substance, l'assuré a estimé que ne prendre en charge

que les coûts d'une opération reconstructive pure sans l'implant était aberrant. Il a encore relevé que, de l'avis du docteur C\_\_\_\_\_, un implant performant évitait aux malades d'avoir par la suite besoin de consulter un psychologue-sexologue, ce qui permettait de diminuer les frais à charge de l'assureur maladie. Par courrier du 3 mai 2004, l'assuré a produit un courrier du docteur C\_\_\_\_\_ du 26 avril 2004 dans lequel ce dernier expliquait que les implants gonflables du type AMS 700 CXM étaient proposés afin d'éviter les pressions tissulaires et les risques de nécrose. Les implants rigides allaient en effet bien pour un pénis disposant de corps caverneux, ce qui n'était pas le cas dans un pénis de reconstruction. Ce praticien précisait par ailleurs que la mise en place d'implants faisait partie de la chirurgie de réassignation de genre femme-homme, comme les éventuels implants mammaires dans le genre homme-femme. Il s'agissait de reconstituer une intégrité corporelle la plus proche possible du genre transsexuel reconnu. Par duplicque du 7 mai 2004, la caisse a persisté dans ses conclusions en se référant à ses précédentes écritures. Elle a insisté sur le fait que le principe de l'égalité de traitement des assurés s'opposait à ce que l'opération réclamée par l'assuré soit prise en charge dès lors que le traitement chirurgical des troubles de l'érection (prothèses pénien, chirurgie de revascularisation) ne l'était pas. Dans ses déterminations du 24 mai 2004, l'assuré a également persisté dans les termes de son recours en reprenant ses précédents arguments, à savoir que la jurisprudence était claire et que son cas n'avait pas de rapport avec celui des personnes présentant des troubles de l'érection dans la mesure où il n'en avait pas. En outre, la troisième opération n'avait été que la suite logique de la seconde opération, laquelle avait été prise en charge par la caisse. Le 9 juillet 2004, sur requête du Tribunal de céans, l'assuré a fourni la totalité des factures comportant les frais totaux effectifs pour la troisième intervention. Il a derechef souligné qu'il avait passé trois nuits au lieu de six en clinique afin de réduire les frais d'assurance. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 18 août 2004, l'assuré a confirmé au Tribunal de céans que le litige l'opposant à la caisse ne concernait que la prise en charge de la dernière intervention chirurgicale du 8 juillet 2003 dès lors que le traitement de substitution hormonale, la mastectomie bilatérale ainsi que l'intervention de 2001 avaient été pris en charge par l'assurance-maladie. Il a relevé que, lors de l'opération de changement de sexe de 2001, l'intervention pour la pose de l'implant était déjà prévue mais qu'elle n'avait pu avoir lieu immédiatement dans la mesure où il avait fallu attendre neuf mois, jusqu'à cicatrisation. L'assuré a précisé que la pose de l'implant érectile faisait partie de la reconstruction, le membre n'étant pas fonctionnel en son absence, et que l'on procédait en même temps à la pose de prothèses testiculaires. L'implant pénien faisait d'ailleurs partie de la même prothèse testiculaire implantée. La caisse a expliqué ne pas avoir pris en charge l'implant pénien en se fondant sur le principe de l'égalité de traitement puisque un homme souffrant de troubles de l'érection ne pouvait se voir rembourser un implant de ce type. Elle avait proposé de rembourser le tiers de la facture dans la mesure où la prise en charge des implants testiculaires était acceptée, mais que cette intervention pouvait avoir lieu en ambulatoire. La caisse a encore relevé qu'elle avait eu d'autres cas de transsexuels et que tous avaient été traités de la même manière, à savoir que seules les deux prothèses testiculaires avaient été remboursées et non l'implant pénien. Le 26 août 2004, la caisse a proposé de s'adresser au docteur E\_\_\_\_\_ afin que ce dernier émette un avis d'expert dans le cas d'espèce tout en précisant qu'à son avis, la détermination de la prise en charge ou non de l'opération était une question juridique et non médicale. Le 8 septembre 2004, l'assuré s'est déclaré d'accord pour faire appel à l'expert proposé par la caisse et a informé le Tribunal de céans avoir déjà été en contact indirectement avec ce dernier par

l'intermédiaire du docteur D \_\_\_\_\_, lequel avait à l'époque sollicité son avis. Il a également produit copie d'un article, paru en février 2004, à propos du docteur C \_\_\_\_\_. Lors de l'audience d'enquêtes du 29 septembre 2004, la doctoresse B \_\_\_\_\_ a expliqué au Tribunal de céans qu'elle avait posé le diagnostic de transsexualisme vrai primaire en 2000 en ce qui concernait l'assuré. Ce trouble psychiatrique consistait dans le fait que la personne était profondément convaincue d'appartenir à l'autre sexe d'un point de vue psychologique. Dans le cas de l'assuré, cette conviction avait été présente dès l'adolescence et il avait eu le profond désir de devenir un homme à part entière, ce qui impliquait pour lui une capacité sexuelle érectile. Cette praticienne a expliqué que, dans le manuel suisse des médecins-conseils, un article sur le transsexualisme indiquait que la prothèse pénienne devait être prise en charge par l'assurance-maladie. Le terme de prothèse faisait allusion aux éléments extérieurs et non à la première intervention où le sexe masculin était constitué à partir d'une autogreffe. La seconde intervention consistait à poser les implants pénien et testiculaires, le premier étant destiné à permettre une érection. Les implants pénien étaient effectivement aussi utilisés pour traiter les hommes impuissants et, dans ce cas, les assureurs-maladie ne les prenaient pas en charge. De l'avis de ce médecin, face à un transsexualisme vrai, on n'était cependant pas dans le même cas de figure que lorsqu'un homme biologique perdait sa capacité érectile, car dans le cas de son assuré, pour qu'une réassignation sexuelle soit complète, il fallait non seulement constituer les organes masculins, mais encore assurer leur fonctionnalité. Sur le plan psychiatrique, pour que le transsexuel vrai puisse être bien dans son identité, il devait aller jusqu'au bout de la réassignation. Elle ne voyait aucune inégalité de traitement, dans la mesure où la problématique était complètement différente. En psychiatrie, le transsexualisme vrai était considéré comme une maladie mentale et, d'après les recherches récentes, il découlerait d'un dysfonctionnement cérébral. Une réassignation sexuelle réussie constituait une guérison sur le plan psychiatrique. Lors de la même audience, le docteur C \_\_\_\_\_ a expliqué au Tribunal qu'il était spécialisé dans la chirurgie du transsexualisme et que, depuis 1985, il avait procédé à 293 réassignations femmes-hommes, dont 150 avaient été effectuées en Suisse. La première intervention pratiquée sur l'assuré en 2000 avait consisté en l'ablation des organes génitaux féminins et en la reconstruction de l'appareil génital externe masculin. Ce praticien a relevé que, dans d'autres pays, une technique opératoire consistait à poser les implants pénien et testiculaires lors de la même intervention mais que lui-même n'avait pratiqué cette technique qu'une seule fois et qu'elle avait abouti à un échec. La pose des implants était ainsi effectuée lors d'une seconde intervention, un délai de 8 à 12 mois devant s'écouler entre la première et la deuxième afin de permettre une bonne sensibilité du membre grâce à la repousse des nerfs greffés lors de la première intervention. Il a expliqué avoir procédé, lors de la deuxième opération, à la mise en place d'un implant pénien composé de deux corps caverneux, d'un réservoir et d'une pompe. Il s'agissait de reconstituer l'anatomie masculine au plus près de la nature. Les implants testiculaires étaient posés en même temps. Il a confirmé que ce qu'il y avait de mieux actuellement était la prothèse AMS 700 CXM, utilisée également pour les hommes impuissants. Il préconisait cet implant dans les cas de réassignation femme-homme. Ce spécialiste a par ailleurs souligné que, dans le cas de bon nombre de patients suisses, les caisses-maladie avaient pris en charge l'implant pénien au titre de l'intervention globale de changement de sexe et de reconstruction. A sa connaissance, sur le nombre de patients opérés en Suisse par ses soins, seul l'assuré s'était vu refuser la prise en charge de l'implant pénien. Il a également relevé qu'à son avis, les cas des transsexuels et

des hommes impuissants étaient différents, car l'homme impuissant était né avec ses organes génitaux fonctionnels et ce n'était qu'ensuite qu'il devenait impuissant en raison de problèmes organiques ou psychologiques, ce qui n'était pas le cas d'un transsexuel. Le docteur C \_\_\_\_\_ a encore expliqué que lui-même et son équipe avaient mis au point le standard international en matière de chirurgie reconstructive des organes génitaux externes femme-homme et qu'ils étaient pratiquement les seuls au monde à pratiquer cette technique en un seul temps opératoire. Certains de ses patients étaient venus d'Allemagne et avaient également eu des difficultés à se faire rembourser par leurs caisses-maladie jusqu'à ce que les assureurs procèdent à des statistiques et constatent que le coût des interventions en milieu hospitalier universitaire était deux fois supérieur à celui pratiqué par son équipe. L'établissement hospitalier de Lausanne possédait le meilleur label de qualité dans le domaine du transsexualisme et, à présent, les caisses-maladie allemandes prenaient systématiquement en charge les cas d'intervention chirurgicale des transsexuels. Il a également relevé que, pour sa part, il ne prenait pas le risque de poser des implants testiculaires en ambulatoire en raison des risques que le patient pouvait courir après l'intervention. Il préférait ainsi traiter le patient sous narcose et non sous anesthésie locale, ce afin d'éviter au maximum le risque d'infection. L'hospitalisation nécessitait entre 24 et 48 heures. Pour les transsexuels, il posait l'implant pénien et les prothèses testiculaires en même temps et le patient restait hospitalisé une semaine. L'assuré n'était resté que trois jours, mais il n'habitait pas loin, avait une infirmière bénévole à domicile et était sous contrôle. Par courrier du 4 octobre 2004, la doctoresse B \_\_\_\_\_ a produit un extrait du manuel des médecins-conseils suisses ainsi que le standard des soins pour le traitement des troubles de l'identité sexuelle ou de genre 2001, 6<sup>ème</sup> version. Il ressortait du premier document que, dans le traitement chirurgical du transsexualisme femme-homme, la prothèse pénienne était une prestation obligatoire, mais qu'une chirurgie visant à permettre une érection n'était pas prise en charge. Appelée à se déterminer sur ces documents sur requête du Tribunal de céans, la caisse a répondu le 3 novembre 2004 que le standard des soins se rapportait uniquement aux possibilités de traitements médicaux et aux nécessités du constat de la maladie jusqu'au soutien post-chirurgical après le changement de sexe mais qu'il n'était pas possible de tenir compte des problématiques d'assurance au travers de ce document. La situation était différente en ce qui concernait le manuel des médecins-conseils suisses, ouvrage qui contenait des directives suisses par rapport aux traitements médicaux et tenait compte des bases légales, respectivement de la jurisprudence actuelle. Ce manuel indiquait que l'intervention visant à l'obtention d'une capacité érectile n'était pas une prestation obligatoire. Même si le manuel n'avait pas été révisé depuis six ans, il fallait relever qu'entre-temps cette question n'avait fait l'objet d'aucune nouvelle jurisprudence. Dans cette mesure, la caisse a persisté dans ses conclusions. Par courrier du 4 novembre 2004, l'assuré a fait de même en se référant à nouveau à la jurisprudence. Il a également précisé que, le syndrome étant une maladie reconnue, il était évident que l'opération de l'implant devait être prise en charge dès lors que les deux interventions n'étaient qu'une seule et même chose, soit la transformation de femme en homme et que la loi prévoyait la prise en charge des coûts des prestations servant à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » ci-après. EN DROIT La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1<sup>er</sup> let. r et 56 T LOJ). Suite à

l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs. Conformément à l'art. 56V al. 1 let a LOJ, le TCAS 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) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal). La compétence du Tribunal de céans *ratione materiae* pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures introduites après le 1er janvier 2003 devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA (art. 82 LPGA ; ATF 127 V 427 consid. 1). Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable conformément à l'art. 1 LAMal et 36 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LALAMal) ainsi qu'aux art. 56, 59 et 60 LPGA. Sur le fond, le Tribunal de céans relève que, la décision litigieuse ayant été rendue en date du 5 février 2004 et statuant sur un état de fait juridiquement déterminant remontant à 2003, le présent litige sera examiné à la lumière des dispositions de la LAMal et de ses ordonnances en vigueur depuis le 1er janvier 2003. Le litige porte premièrement sur la question de savoir si l'opération subie par le recourant doit être prise en charge par l'assurance obligatoire des soins. a) L'art. 24 LAMal prévoit que 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. Il s'agit notamment de celles qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles (art. 25 al. 1 LAMal). Est réputée maladie selon l'art. 3 al. 1 LPGA toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement ou provoque une incapacité de travail. Les prestations de l'art. 25 al. 1 LAMal comprennent notamment les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social par des médecins (art. 25 al. 2 let. a LAMal). Aux termes de 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 (ATF 125 V 28 consid. 5b). Il incombe ainsi au Conseil fédéral de dresser une liste «négative» des prestations qui ne répondraient pas à ces critères ou qui n'y répondraient que partiellement ou sous condition. A l'art. 33 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal) et comme l'y autorise l'art. 33 al. 5 LAMal, le Conseil fédéral a délégué à son tour cette compétence au Département fédéral de l'intérieur (DFI) qui en a fait usage

en promulguant, le 29 septembre 1995, l'ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS). Cette ordonnance détermine notamment les prestations visées par l'art. 33 let. a OAMal - disposition qui reprend textuellement les règles posées aux al. 1 et 3 de l'art. 33 LAMal - dont l'assurance-maladie obligatoire des soins prend en charge les coûts, avec ou sans condition, ou ne les prend pas en charge. L'annexe I à l'OPAS contient une liste (non exhaustive) des prestations dont les coûts sont pris en charge sans réserve par l'assurance-maladie obligatoire des soins, ou seulement à certaines conditions, ou même pas du tout. L'OPAS ne contient aucune prescription sur la prise en charge des coûts d'une opération de changement de sexe. Il y a donc lieu de se référer aux principes posés par la jurisprudence, développés sous l'ancien droit, lesquels valent également sous l'empire de la LAMal (RAMA 2000 n° KV 138 p. 360 consid. 3b; voir également Eugster, *Krankenversicherung*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit [SBVR]*, n° 87, notamment les exemples à la note 182). Au sujet des traitements chirurgicaux en général, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a rappelé qu'une opération servait non seulement à la guérison proprement dite de la maladie ou des suites immédiates d'un accident, mais aussi à l'élimination d'autres atteintes, secondaires, dues à la maladie ou à un accident, notamment en permettant de corriger les altérations externes de certaines parties du corps - en particulier le visage - visibles et spécialement sensibles sur le plan esthétique; et qu'aussi longtemps que subsistait une imperfection de ce genre, due à la maladie ou à un accident, ayant une certaine ampleur et à laquelle une opération de chirurgie esthétique pouvait remédier, l'assurance devait prendre en charge cette intervention, à condition qu'elle eût à répondre également des suites immédiates de l'accident ou de la maladie et pour autant que fussent respectés les limites usuelles, ainsi que le caractère économique du traitement. En revanche, un défaut uniquement esthétique, sans rapport avec un processus morbide, n'était pas un risque assuré (ATF 111 V 232 consid. 1c et la référence). En ce qui concerne plus particulièrement l'opération de changement de sexe, le TFA a relevé qu'elle doit être considérée, en principe, comme une prestation obligatoire des caisses-maladie reconnues dans le cas du transsexualisme vrai si, au terme de tous les examens exigés par la science médicale, le diagnostic est certain et dans la mesure où, faute d'autre thérapie efficace dans le cas particulier, l'intervention représente la seule méthode de traitement propre à améliorer notablement l'état de santé psychique de l'assuré (ATF 120 V 471 consid. 5 ; RAMA 2/2000 p. 63). Dans un arrêt de principe du 7 juin 1994, notre Haute Cour a jugé qu'une fois établi qu'une opération chirurgicale était nécessaire au traitement d'un transsexuel vrai, l'ensemble des frais médicaux relatifs à l'ablation des organes génitaux existants et à la reconstruction d'organes génitaux du sexe opposé sur la personne de l'assuré (e) devaient être pris en charge par les caisses-maladie à titre de prestations obligatoires au sens de l'art. 12 LAMA (ATF 120 V 463 ). Le TFA a relevé que, d'après plusieurs avis médicaux, les actes de chirurgie plastique et reconstructive tendant à pourvoir l'assuré(e) d'organes génitaux (masculins ou féminins) ont un caractère thérapeutique s'agissant d'un transsexualisme vrai et que le transsexuel éprouve le besoin pathologique de changer d'apparence en acquérant les caractéristiques sexuelles du sexe opposé. Il a souligné qu'il s'agit d'une question de bon sens plus que d'un problème médical nécessitant l'avis de spécialistes dans la mesure où celui (ou celle) qui veut à tout prix « changer de sexe » parce qu'il (elle) est convaincu(e) que son apparence physique n'est pas en accord avec son sexe véritable, ne peut manifestement obtenir satisfaction par la simple ablation des organes génitaux dont la nature l'a doté(e). Dans un troisième moyen, le TFA a encore

souligné que, de plus, la limitation de la prise en charge des frais de l'opération de changement de sexe ne peut que créer l'occasion de nouveaux litiges puisque, en pratique, les deux interventions (ablativité et reconstructive) ont lieu conjointement et qu'il est par conséquent presque impossible, ou en tout cas très difficile, de chiffrer avec précision ce qui relève de l'ablation et ce qui a trait à la reconstruction de nouveaux organes (ATF 120 V 463 consid. 5). b) En l'espèce, il y a lieu de déterminer si l'opération subie par le recourant a servi à la guérison proprement dite de la maladie (ou à l'élimination d'une autre atteinte, secondaire, due à la maladie). Le Tribunal de céans relève tout d'abord que c'est en vain que l'intimée tente d'établir un parallèle avec les hommes souffrant de troubles de l'érection et le fait que, dans un tel cas, les opérations visant le traitement au moyen d'implants pénien ne sont pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins, conformément à la liste « négative » figurant à l'annexe 1 OPAS (chiffre 1.4 « urologie et proctologie). En effet, il sied de relever que dans un arrêt (ATFA non publié du 13 septembre 2004 en la cause K 63/04) où la question se posait de déterminer la raison de la non-prise en charge de l'opération chirurgicale en cause, le TFA a procédé à une réflexion concernant les diverses modifications intervenues dans l'ordonnance et leur fondement, en se référant notamment au préavis du 25 août 1988 de la commission des spécialistes selon lequel le caractère scientifique et l'efficacité du traitement, ainsi que son caractère approprié et économique, étaient contestés, pour parvenir à la conclusion qu'il n'avait pas été mis en évidence qu'une telle intervention remplissait les conditions pour constituer une prestation obligatoire. Or, une telle analyse ne peut être effectuée dans le cas d'espèce, l'opération de changement de sexe avec pose de l'implant pénien n'étant prévue ni négativement ni positivement dans l'annexe 1 de l'OPAS ainsi que cela a déjà été relevé supra. On se référera ainsi aux principes posés par la jurisprudence, développés sous l'ancien droit, lesquels valent également sous l'empire de la LAMal. Le Tribunal de céans relève en outre que, si l'on devait tirer quelque parallèle avec le contenu de l'annexe 1 de l'OPAS, on pourrait tout aussi bien s'inspirer des cas prévus au chiffre 1.1 « reconstruction mammaire », prestation prise en charge obligatoirement par les caisses-maladie lorsqu'elle « sert à rétablir l'intégrité physique et psychique de la patiente après une amputation médicalement indiquée ». En se fondant sur cet exemple, on constate bien que la problématique est toute différente dans un cas comme dans l'autre et que l'argumentation de l'intimée tirée de la comparaison entre un homme impuissant et un transsexuel n'a pas lieu d'être. On relèvera d'ailleurs que l'impuissance masculine peut être traitée par d'autres moyens, lesquels sont pris en charge par l'assurance obligatoire des soins et que la pose d'un implant pénien n'a pas été reconnue comme étant une mesure adéquate pour guérir un homme impuissant. Force est de constater que, conformément à la jurisprudence susmentionnée, l'opération du recourant doit être prise en charge par l'intimée, dans la mesure où le raisonnement développé par le TFA dans l'arrêt de principe du 7 juin 1994 s'applique mutatis mutandis au cas d'espèce. En effet, le Tribunal de céans relève en premier lieu que les spécialistes appelés à se déterminer sur le cas du recourant ont tous souligné l'aspect thérapeutique de la pose de l'implant pénien dans le cas de la pathologie dont souffre le recourant, en expliquant que cette dernière étape conduisait à la guérison de la maladie. Ainsi, lors de l'audience d'enquêtes du 29 septembre 2004, la doctoresse B\_\_\_\_\_ a expliqué que le trouble psychiatrique, présent in casu dès l'adolescence, consistait dans le fait que la personne était profondément convaincue d'appartenir à l'autre sexe d'un point de vue psychologique et que l'assuré avait le profond désir de devenir un homme à part entière, ce qui impliquait pour lui une capacité sexuelle

entière. Elle a relevé que, face à un transsexualisme vrai, on n'était pas dans le même cas de figure que lorsqu'un homme biologique perdait sa capacité érectile car, dans le cas de l'assuré, pour qu'une réassignation sexuelle soit complète, il fallait non seulement constituer les organes masculins, mais encore assurer leur fonctionnalité. Elle a souligné que, sur le plan psychiatrique, pour que le transsexuel vrai puisse être bien dans son identité, il devait aller jusqu'au bout de sa réassignation et qu'une réassignation sexuelle réussie constituait une guérison sur le plan psychiatrique. Quant au docteur C\_\_\_\_\_, il a expliqué avoir procédé, lors de la deuxième intervention, à la mise en place de l'implant pénien composé de deux corps caverneux, d'un réservoir et d'une pompe et qu'il s'agissait de reconstituer l'anatomie masculine au plus près de la nature. Il a souligné qu'il préconisait cet implant dans les cas de réassignation femme-homme et a également relevé qu'à son avis, les cas des transsexuels et des hommes impuissants étaient différents car l'homme impuissant était né avec ses organes génitaux fonctionnels et qu'il devenait ensuite impuissant en raison de problèmes organiques ou psychologiques, ce qui n'était pas le cas d'un transsexuel. Au vu de ces explications, il apparaît en l'espèce que la deuxième opération visant à poser l'implant pénien constituait effectivement la dernière étape jusqu'à guérison complète du recourant. Ensuite, il convient de relever qu'il s'agit également d'une question de simple bon sens, tout comme le TFA l'a précédemment souligné dans son arrêt de principe. A cet égard, l'argumentation du recourant est pertinente en tant qu'il explique que le but d'une opération de transformation est de lui donner les organes dont la nature ne l'a pas pourvu et que la fabrication d'un sexe sans l'implant pénien ne servirait à rien puisque ce dernier assure sa fonction lors de relations sexuelles. Reconstruire un pénis sans en assurer le fonctionnement reviendrait à condamner un transsexuel à se retrouver dans la situation d'un homme certes, mais physiquement malade puisque souffrant d'impuissance. Or, tel n'est manifestement pas le but de l'art. 25 LAMal s'il est possible de parvenir à la guérison du patient. Pour conclure, le Tribunal de céans relève que dans le cas d'espèce également la limitation de la prise en charge des frais de l'opération en cause ne pourrait que créer d'autres litiges dès lors qu'il faudrait à chaque fois déterminer en pratique les prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins, soit l'implantation des prothèses testiculaires, et celles qui ne le seraient pas. Cela serait d'autant moins aisé que, contrairement aux assertions de l'intimée, la pose de prothèses testiculaires ne se fait que rarement en ambulatoire, le docteur C\_\_\_\_\_ ayant relevé que lui-même préférerait opérer sous narcose afin d'éviter les risques d'infection. Ce praticien a d'ailleurs souligné que l'hospitalisation nécessitait entre 24 et 48 heures. Il est évidemment très difficile, voire impossible, de déterminer dans chaque cas les prestations obligatoires de celles qui ne le sont pas s'agissant d'une seule et même opération. Au vu de ces éléments, et dès lors qu'il revient à l'assurance obligatoire des soins de prendre en charge le cas du recourant, il est inutile d'examiner la question de la prise en charge des coûts de l'opération par le biais des assurances complémentaires. Par ces motifs, le recours sera admis et la décision sur opposition du 5 février 2004 annulée.