

GE_GERICHTE A/3327/2023 vom 10. Januar 2024

GE Cour de justice, 2024-01-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3327_2023

FR: GE_GERICHTE A/3327/2023 du 10 janvier 2024

IT: GE_GERICHTE A/3327/2023 del 10 gennaio 2024

Erwägungen

E. 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 loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La modification du 21 juin 2019 de la LPGA entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 est applicable au litige, dès lors que le recours n'était pas encore pendant à cette date (art. 82a LPGA a contrario).

E. 3

S'agissant de la recevabilité du recours, la chambre de céans rappelle ce qui suit.

E. 3.1

Dans la procédure juridictionnelle administrative, seuls peuvent en règle générale être examinés et jugés les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision (en principe sur opposition). Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATF 131 V 164 consid. 2.1, arrêt du Tribunal fédéral 9C_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 3.1). Lorsqu'aucune décision n'a été rendue, le recours est irrecevable (ATF 131 V 202 consid. 2.1). Toutefois, l'art. 56 al. 2 LPGA prévoit qu'un recours peut être formé lorsque l'assureur, malgré la demande de l'intéressé, ne rend pas de décision ou de décision sur opposition. Le droit de recours en vertu de cette disposition sert à mettre en œuvre l'interdiction du déni de justice formel prévue par l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale, qui prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable (Cst. – RS 101) (arrêt du Tribunal fédéral 9C_687/2008 du 12 mars 2009 consid. 3.1). Lorsqu'un déni de justice est constaté par le juge, celui-ci ne peut en règle générale pas statuer de manière formative ou condamnatoire. Il doit renvoyer la cause à l'assureur en l'invitant à trancher rapidement le droit aux prestations (Miriam LENDFERS in Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, 2020, nn. 51 et 54 ad art. 56 LPGA).

E. 3.2

En l'espèce, l'intimée n'a pas formellement rendu de décision, affirmant ne pas y être tenue en matière de désignation d'un expert. [endif]>![if> Jusqu'au 31 décembre 2021, l'art. 44 LPGa avait la teneur suivante. Si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions. En application cette disposition, le Tribunal fédéral a dans un premier temps considéré que la mise en œuvre d'une expertise par l'assureur social ne revêtait pas le caractère d'une décision (ATF 132 V 93 consid. 5). Dans un arrêt de principe de 2011, il a cependant modifié cette pratique, en ce sens qu'en l'absence d'accord entre les parties, une expertise devait être mise en œuvre par une décision incidente (ATF 137 V 210 consid. 3.4.2.6 et 3.4.2.7 dans une cause relevant de l'assurance-invalidité). Par la suite, il a précisé que dans le domaine de l'assurance-accidents également, il fallait ordonner une expertise en cas de désaccord, par le biais d'une décision incidente sujette à recours auprès du tribunal cantonal des assurances, respectivement auprès du Tribunal administratif fédéral (ATF 138 V 318 consid. 6.1). Dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022, l'art. 44 al. 4 LPGa prévoit que si malgré la demande de récusation, l'assureur maintient son choix du ou des experts pressentis, il en avise les parties par une décision incidente. C'est cette disposition qui est applicable à la présente procédure. En effet, conformément aux principes de droit intertemporel, en cas de changement de règles de droit, la législation applicable est en principe celle en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1).

E. 3.3

Compte tenu de ce qui précède, c'est à tort que l'intimée a refusé de statuer formellement sur la désignation du Dr G_____ à titre d'expert par décision incidente, de sorte que le recours pour déni de justice est recevable. Au vu des circonstances, notamment eu égard au fait que les parties se sont prononcées sur le fond du litige et ont pu exposer leurs moyens quant au choix de l'expert, il se justifie par économie de procédure de ne pas renvoyer la cause à l'intimée pour décision formelle, mais bien d'examiner le fond du litige.![endif]>![if>

E. 4

Eu égard à ce qui précède, le litige porte sur le point de savoir s'il existe des motifs de récusation à l'encontre du Dr G_____. ![endif]>![if> Les parties s'accordant sur la nécessité d'une expertise, la chambre de céans ne reviendra pas sur l'opportunité d'une telle mesure dans le présent cas.

E. 5

L'art. 44 LPGa a été modifié dans le cadre de la nouvelle de la loi sur l'assurance-invalidité, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Selon son alinéa deuxième, si l'assureur doit recourir aux services d'un ou de plusieurs experts indépendants pour élucider les faits dans le cadre d'une expertise, il communique leur nom aux parties. Les parties peuvent récuser les experts pour les motifs indiqués à l'art. 36 al. 1 et présenter des contre-propositions dans un délai de dix jours. Lorsqu'il communique le nom des experts, l'assureur soumet aussi aux parties les questions qu'il entend poser aux experts et leur signale qu'elles ont la possibilité de remettre par écrit des questions supplémentaires dans le même délai. L'assureur décide en dernier ressort des questions qui sont posées aux experts (al. 3). Si, malgré la demande de récusation, l'assureur maintient son choix du ou des experts pressentis, il en avise les

parties par une décision incidente (al. 4). **E. 5.1** Dans son Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (Développement continu de l'AI), le Conseil fédéral a relevé au sujet de l'alinéa deuxième de l'art. 44 LPGA que la notion de raisons pertinentes pour la récusation des experts était abandonnée. Désormais, cette disposition renvoie aux motifs de récusation de l'art. 36 al. 1 LPGA, qui reprend ceux de l'art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA – RS RS 172.021) (FF 2017 2507).

E. 5.1

L'art. 36 al. 1 LPGA dispose que les personnes appelées à rendre ou à préparer des décisions sur des droits ou des obligations doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire ou si, pour d'autres raisons, elles semblent prévenues. On précisera que l'art. 10 al. 1 PA prévoit la récusation des personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire (let. a) ; si elles sont le conjoint ou le partenaire enregistré d'une partie ou mènent de fait une vie de couple avec elle (let. b); si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale (let. c) ; si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie (let. d) ; si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire (let. e). Les principes relatifs à la récusation en vertu de l'art. 10 al. 1 PA sont également applicables en matière de récusation au sens de l'art. 36 LPGA (Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 4 ème éd. 2020, n. 6 ad art. 36 LPGA). Les motifs visés à l'art. 36 al. 1 LPGA sont de nature formelle parce qu'ils sont propres à éveiller la méfiance à l'égard de l'impartialité de l'expert (arrêt du Tribunal fédéral 9C_180/2013 du 31 décembre 2013 consid. 2.3).

E. 5.2

Un expert passe pour prévenu lorsqu'il existe des circonstances propres à faire naître un doute sur son impartialité. Dans ce domaine, il s'agit toutefois d'un état intérieur dont la preuve est difficile à apporter, c'est pourquoi il n'est pas nécessaire de prouver que la prévention est effective pour récuser un expert. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert. L'appréciation des circonstances ne peut pas reposer sur les seules impressions de l'expertisé, la méfiance à l'égard de l'expert devant au contraire apparaître comme fondée sur des éléments objectifs (ATF 148 V 225 consid. 3.4). Compte tenu de l'importance considérable des expertises médicales dans le droit des assurances sociales, l'impartialité de l'expert doit être soumise à des critères stricts (arrêt du Tribunal fédéral 8C_474/2009 du 7 janvier 2010 consid. 7.2).

E. 5.3

Selon la jurisprudence, un expert ne peut pas être révoqué parce qu'il a déjà eu l'occasion par le passé de réaliser une expertise au sujet de la personne concernée, pour autant cependant que le résultat de la procédure apparaisse ouvert en ce qui concerne les faits concrets et les questions juridiques à résoudre, et qu'il n'y ait objectivement pas d'apparence de prévention. L'expert est en principe considéré comme indépendant lorsqu'il doit répondre à d'autres questions ou uniquement expliquer ou compléter sa première expertise (arrêt du Tribunal fédéral 8C_578/2013 du 13 août 2014 consid. 5.1). Il n'y a pas non plus de prévention inadmissible lorsque l'expert aboutit à des conclusions défavorables à une partie

(arrêt du Tribunal fédéral 8C_276/2016 du 23 juin 2016 consid. 5.1). Le critère déterminant est que le résultat de l'instruction paraisse encore ouvert et non préjugé (arrêts du Tribunal fédéral 9C_731/2017 du 30 novembre 2017 consid. 3.1 et 9C_893/2009 du 22 décembre 2009 consid. 1.2.1). Tel n'est pas le cas lorsque l'expert est chargé de vérifier ou contrôler objectivement la cohérence de son appréciation antérieure (arrêts du Tribunal fédéral 8C_775/2018 du 24 avril 2019 consid. 5.1 et 8C_89/2007 du 20 août 2008 consid. 6.2). Examinant si des motifs de récusation existaient à l'encontre d'experts qui avaient une première fois examiné un assuré et étaient désignés une seconde fois pour réaliser une expertise de suivi, le Tribunal fédéral a confirmé que ceux-ci étaient en mesure de se prononcer de manière impartiale et sans préjuger des résultats. Ils ne pouvaient certes pas répondre aux questions posées sans tenir compte de l'évaluation à laquelle ils avaient procédé dans leur première expertise, mais cela n'équivalait pas à un examen ou à un contrôle objectif de leur propre évaluation, lequel permettrait de conclure à l'absence d'impartialité (arrêt du Tribunal fédéral 8C_353/2023 du 4 août 2023 consid. 5.1). Dans une cause où l'autorité avait eu des contacts avec les experts désignés par la suite, lors desquels elle avait discuté avec eux d'un futur mandat d'expertise, le Tribunal fédéral a considéré que de tels contacts précontractuels pouvaient impliquer une relation de confiance croissante entre ces parties, si bien que les soupçons de l'assurée quant à la partialité des experts semblaient objectivement fondés (arrêt du Tribunal fédéral 8C_276/2016 du 23 juin 2016 consid. 5.2). ![/endif]>![if>

E. 5.4

L'assuré ne dispose pas d'un droit de veto quant au choix de l'expert (arrêt du Tribunal fédéral 8C_541/2014 du 17 février 2015 consid. 3). Il n'existe pas de droit de l'assuré à la désignation d'un expert de son choix. Des connaissances insuffisantes dans un domaine ne sont pas de nature à susciter des doutes quant à l'impartialité d'un expert, mais doivent être prises en compte dans l'appréciation de l'expertise (ATF 132 V 93 consid. 6.5). Les motifs de nature matérielle, qui peuvent également être dirigés contre la personne de l'expert, ne mettent pas en cause son impartialité. De tels motifs doivent en principe être examinés avec la décision sur le fond dans le cadre de l'appréciation des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 9C_449/2013 du 23 août 2013 consid. 1.2). ![/endif]>![if>

E. 6

Les traitements médicaux pris en charge par l'assurance obligatoire des soins sont généralement soumis au principe de la territorialité consacré à l'art. 34 LAMal (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_177/2017 du 20 juin 2017 consid. 6.2). Une exception à ce principe n'est admissible que dans deux éventualités : ou bien il n'existe aucune possibilité de traitement de la maladie en Suisse ; ou bien il est établi, dans un cas particulier, qu'une mesure thérapeutique en Suisse, par rapport à une alternative de traitement à l'étranger, comporte pour le patient des risques importants et notablement plus élevés. Il s'agit, en règle ordinaire, de traitements qui requièrent une technique hautement spécialisée ou de traitements complexes de maladies rares pour lesquelles, en raison précisément de cette rareté, on ne dispose pas en Suisse d'une expérience diagnostique ou thérapeutique suffisante. En revanche, quand des traitements appropriés sont couramment pratiqués en Suisse et qu'ils correspondent à des protocoles largement reconnus, l'assuré n'a pas droit à la prise en charge d'un traitement à l'étranger en vertu de l'art. 34 al. 2 LAMal. C'est pourquoi les avantages minimes, difficiles à estimer ou encore contestés d'une prestation fournie à l'étranger, ne constituent pas des raisons médicales au sens de cette disposition. Il en va de

même du fait qu'une clinique à l'étranger dispose d'une plus grande expérience dans le domaine considéré (arrêt du Tribunal fédéral 9C_136/2021 du 10 décembre 2021 consid. 2.2).!

E. 7

En l'espèce, force est de constater que les questions devant faire l'objet de l'expertise que l'intimée entend confier au Dr G_____ se recoupent pour l'essentiel avec celles qui lui ont déjà été soumises le 5 janvier 2023, et auxquelles il a répondu de manière circonstanciée. L'ajout de quelques questions supplémentaires, notamment sur l'anamnèse et le diagnostic – lesquels sont connus et ne prêtent selon toute vraisemblance guère à controverse dans le présent cas – et sur la longueur possible du vagin en cas d'intervention par interposition du côlon, qui n'est pas un critère déterminant pour l'issue du litige, permettent certes à cet expert de se déterminer sur le cas concret de la recourante plutôt que de manière théorique. Il n'en reste pas moins que le Dr G_____ a déjà répondu aux questions que l'expertise est censée élucider, qui sont en lien avec les risques et les plus-values respectives des deux techniques de vaginoplastie entrant en considération en l'espèce, et ont notamment trait à la sécurité des interventions par interposition du côlon réalisées en Suisse. On peut ainsi très largement anticiper les réponses de l'expert à ces questions, sauf à imaginer que celui-ci se dédise intégralement et rétracte le contenu de son rapport du 24 avril 2023. Dans la mesure où le résultat de l'expertise paraît ainsi très largement prédéfini par la précédente et récente prise de position du Dr G_____, on doit admettre une prévention de ce médecin, ce qui justifie sa récusation en application de l'art. 36 LPGA. Par ailleurs, au vu des circonstances, il convient de souligner ce qui suit. Les questions que l'expertise doit résoudre dans le cas d'espèce portent sur la qualité et la sécurité des vaginoplastiques par interposition du côlon pratiqués en Suisse, puisque le droit au remboursement d'une intervention par interposition du péritoine à l'étranger dépend de l'existence de risques importants et notablement plus élevés de cette première intervention lorsqu'elle est pratiquée en Suisse. Dans la mesure où seul un très petit nombre de médecins pratique des vaginoplasties en Suisse, et qu'il semblerait qu'aucun n'ait recours à la méthode par interposition du péritoine, désigner un de ces praticiens à titre d'expert reviendrait en réalité à exiger de lui une évaluation de la qualité et de la sécurité de son propre travail, ce qui est incompatible avec les exigences de neutralité d'un expert. Cela l'exposerait en outre à un conflit d'intérêts, à tout le moins théorique, puisqu'admettre le caractère plus risqué des traitements par interposition du côlon en Suisse pourrait avoir des répercussions s'il devait à l'avenir être impliqué dans une procédure civile, voire pénale. On peut du reste renvoyer sur ce point à l'arrêt de la chambre de céans du 7 mars 2023 dans la cause A/1184/2022 (ATAS/151/2023 consid. 6.4). Il n'est ainsi pas certain que la désignation d'un autre spécialiste pratiquant en Suisse soit compatible avec les exigences de neutralité de l'art. 36 LPGA. On rappellera au vu des craintes exprimées par l'intimée en lien avec la désignation éventuelle d'un expert étranger que contrairement à ce qu'elle avance dans son courrier du 11 juillet 2023, il n'appartient pas à l'expert de décider quelles sont les prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins. Par ailleurs, l'évaluation et la comparaison des risques des différentes techniques en jeu dans la présente cause n'exigent pas une compréhension du fonctionnement du système de santé suisse, mais nécessitent avant tout des compétences médicales et des connaissances des méthodes de vaginoplastie et des données scientifiques relatives aux avantages et aux risques de ces techniques. Il appartiendra ainsi à l'intimée de désigner un nouvel expert en recherchant un consensus avec la recourante sur ce point, et en rendant une décision incidente sur ce point si elles ne parviennent pas à un accord.

E. 8

Le recours sera en conséquence admis, la décision du 14 septembre 2023 annulée et la cause renvoyée à l'intimée. La recourante a droit à des dépens, qui seront fixés à CHF 1'000.- (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f bis LPGA a contrario). **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.