

# NE\_GERICHTE CDP.2022.18 vom 14. März 2023

NE Tribunal cantonal, 2023-03-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2022.18](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2022.18)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2022.18 du 14 mars 2023

IT: NE\_GERICHTE CDP.2022.18 del 14 marzo 2023

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable.

### E. 2

LAMa doit être interprétée de manière restrictive. Il convient en effet d'éviter que les patients ne recourent à grande échelle à une forme de «tourisme médical» à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. A cet égard, il ne faut pas perdre de vue que le système de la LAMa est fondé sur le régime des conventions tarifaires avec les établissements hospitaliers. Une partie du financement des hôpitaux repose sur ces conventions (cf. art. 49 LAMa). Ce serait remettre en cause ce financement et la planification hospitalière qui lui est intrinsèquement liée que de reconnaître aux assurés le droit de se faire soigner aux frais de l'assurance obligatoire dans un établissement très spécialisé à l'étranger afin d'obtenir les meilleures chances de guérison possibles ou de se faire traiter par les meilleurs spécialistes à l'étranger pour le traitement d'une affection en particulier ou par les dernières innovations en date en matière de chirurgie (arrêt du TF du 10.12.2021 [9C\_136/2021] cons. 6.2). À terme, cela pourrait compromettre le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale en Suisse, essentielles pour la santé publique. C'est une des raisons d'ailleurs pour lesquelles l'assuré n'a pas droit, en l'absence de raisons médicales, au remboursement d'un montant équivalent aux frais qui auraient été occasionnés si le traitement avait eu lieu en Suisse. En ce sens, l'assuré ne peut pas se prévaloir du droit à la substitution de la prestation (ATF 145 V 170 cons. 2.4, 7.1, 7.2 et les références).

Éviter les lacunes dans l'offre nationale ne doit toutefois pas devenir une fin en soi. La fréquence des opérations effectuées sur le territoire national peut se situer à un niveau tellement bas en cas d'intervention complexe que se pose alors la question de savoir si l'équipe chirurgicale peut acquérir l'expérience et la routine nécessaires et les conserver. Si tel n'est pas le cas et que l'offre de traitement en Suisse expose les assurés à un risque inacceptable, il faut y voir une lacune dans l'approvisionnement des soins (ATF 145 V 170 cons. 7.3). En matière de phalloplastie, on ne saurait déterminer si la Suisse dispose d'une expertise suffisante dans ce domaine sous l'angle d'un nombre minimal de cas fixé abstraitement, mais en répondant à la question suivante: est-ce que l'offre nationale de thérapie pour la réalisation de cette intervention, en comparaison d'un même traitement à l'étranger, comporte des risques de complications à ce point élevés, en raison de la faible fréquence opératoire en Suisse, qu'on ne peut plus y escompter un traitement responsable et acceptable, c'est-à-dire adéquat? L'appréciation doit s'effectuer selon des éléments objectifs et sur des bases concrètes (ATF 145 V 170 cons. 7.5 et les références citées). Le risque d'une intervention ne doit ainsi pas être évalué sur la base de critères subjectifs, comme la peur d'une opération. Seule doit compter la situation effective en Suisse par rapport à

l'offre de traitement à l'étranger (arrêt du TF du 31.01.2023 [9C\_615/2021] cons. 6.2).

3. Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel il appartient à l'assureur d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. L'assureur n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par la personne assurée ; il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents. Le juge fonde sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération. Lorsqu'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait conforme à la réalité au regard du degré de preuve requis, il convient d'appliquer les règles générales relatives au fardeau de la preuve. Il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de la personne assurée (ATF 135 V 39 cons. 6.1).

Quand bien même le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas entièrement du fardeau de la preuve ; ainsi, s'il n'est pas possible d'établir un état de fait vraisemblablement conforme à la réalité, il est statué en défaveur de la partie qui entendait déduire un droit d'un état de fait demeuré sans preuve (ATF 139 V 176 cons. 5.2). Lorsque les faits à prouver sont des faits créateurs de droit, la partie qui supporte les conséquences de l'absence de preuve est celle qui fait valoir le droit ; en matière d'assurances sociales, il s'agit en règle générale de la personne assurée. Avant de conclure à l'impossibilité d'établir les faits, l'assureur doit, conformément au principe inquisitoire, entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible pour recueillir les moyens de preuves utiles (Piguet, in : Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 45 ad art. 43 LPGa).

Le devoir d'instruction s'applique également à l'instruction de demandes qui présentent des éléments d'extranéité. Les instruments à disposition des autorités suisses leur permettant de recueillir des moyens de preuve situés à l'étranger étant néanmoins limités, il y a lieu de poser des exigences élevées quant à l'obligation de collaborer de la personne assurée (Piguet, op. cit., n. 59 ad art. 43 LPGa).

4.a) En l'espèce, il convient d'examiner s'il se justifie d'admettre une exception au principe de la territorialité. A l'appui de son recours, l'intéressé soutient que la pratique en matière de phalloplastie est insuffisante en Suisse et que l'intimée n'est pas parvenue à déterminer de manière précise et documentée le nombre de phalloplasties pratiquées en vue de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'adéquation des traitements proposés. Il requiert en conséquence que l'OFS fournisse des renseignements plus circonstanciés, en donnant le nombre effectif de phalloplasties effectuées en Suisse ces cinq dernières années, les techniques utilisées à cette fin et le nombre de médecins pratiquant cette opération. Il reproche, au surplus, aux équipes médicales suisses de s'appuyer sur l'expertise du Dr F. \_\_\_\_\_, lequel est proche des 80 ans et pratique une technique (RFF) qui tend à être abandonnée.

b) En l'espèce, il résulte du dossier que l'intimée a procédé à diverses mesures d'instruction. Elle a requis l'avis de l'OFSP s'agissant de la prise en charge de ce cas, a demandé au psychiatre ayant sollicité la participation aux frais de l'hystérectomie, de l'annexectomie et de la phalloplastie quel est le bénéfice d'une opération en Serbie par rapport à la Suisse, de l'OFS le nombre de phalloplasties et de vaginoplasties réalisées chaque année de 2015 jusqu'au jour de la demande en 2021 et de l'hôpital [2] et de l'hôpital [3] le nombre de phalloplasties réalisées ainsi que les techniques utilisées.

b/aa) Faisant suite à la demande de Assura, le chef de section de la division santé et affaires sociales de l'OFS a indiqué que des données statistiques ne pouvaient lui être communiquées, dès lors qu'elles seraient utilisées à une fin de vérification/contrôle des personnes physiques individuelles, ce qui était contraire à l'article 19 al. 2 de la loi sur la statistique fédérale (RS 431.01). Ces statistiques pouvaient toutefois être fournies si les personnes concernées donnaient leur consentement par écrit à cette utilisation ou par le biais de codes de traitement CHOP. Cette dernière option a été privilégiée. Selon le code de traitement CHOP (6443), 2 patients ont bénéficié d'une construction du pénis en 2015, 9 en 2016, 4 en 2017, 11 en 2018 et 8 en 2019.

Au vu des limitations relatives à la transmission de données statistiques, on ne saurait suivre le recourant lorsqu'il soutient que l'on devrait demander à l'OFS des précisions à ce propos, les codes statistiques transmis pouvant tout au plus être complétés pour les années 2020 à ce jour, pour autant que ces chiffres aient été collectés. De toute manière, ces éléments ne sont pas pertinents en présence d'une intervention complexe. En effet, d'éventuelles statistiques nationales ne sont d'aucun secours, dans cette hypothèse, puisqu'il y a alors lieu d'évaluer la pratique d'un service ou d'un chirurgien individuellement pour déterminer s'il justifie d'une expérience suffisante pour offrir une prestation appropriée, les statistiques portant sur l'ensemble des pratiques réparties sur tout le territoire ne donnant que des indices abstraits et ne permettant pas d'évaluer l'expérience du chirurgien qui pratique l'intervention (arrêt du 30.06.2021 de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois [AM-33/20 ■ 28/2021] cons. 5.c.aa).

b/bb) C'est ainsi à justetitre que l'intimée a requis des centres effectuant cette opération des informations sur leur pratique.

Au nom de l'hôpital [2], le Dr E. \_\_\_\_\_, spécialiste FMH en gynécologie et obstétrique opératoires et en médecine interne générale, a indiqué qu'un centre de réassignation sexuelle defemmeà homme avait été créé afin de répondre à un manque de l'offre suisse en matière de phalloplastie. Depuis janvier 2020, cette intervention était régulièrement pratiquée ainsi que diverses procédures pour la reconstruction du pénis. Ainsi, 10 phalloplasties avaient été pratiquées en 2020, plusieurs interventions électives ayant dû être annulées en raison de la pandémie du coronavirus, 12 opérations avaient été réalisés en 2021 et 15 étaient prévues. Au surplus, la capacité chirurgicale était pleinement utilisée par la réassignation sexuelle de femme à homme de sorte qu'il n'était plus réalisé de vaginoplastie, les patients souhaitant une phalloplastie étant même sur liste d'attente pour l'année 2022.

Au nom de l'hôpital [3], la Dre D. \_\_\_\_\_, a indiqué que depuis 2015, 35 phalloplasties avaient été pratiquées et deux types de technique étaient proposées : l'une par le prélèvement d'un lambeau de peau de l'avant-bras (RFF) et l'autre par celui de la cuisse (ALT). En outre, elle a précisé que cette intervention était pratiquée non seulement pour des

personnes trans mais également lors de la reconstruction du pénis suite à une tumeur ou à un accident. En conséquence, les plasties par lambeau faisaient partie des opérations de routine, étant pratiquées 1 à 3 fois par semaine.

Bien qu'étant recensé comme troisième centre proposant cette intervention, l'hôpital [1] n'a pas été sollicité par l'intimée afin qu'il communique le nombre de phalloplasties réalisées.

b/cc) Au vu des chiffres susmentionnés, il y a lieu de considérer que, depuis que le Tribunal fédéral a développé les critères pour la prise en charge par l'AOS d'une phalloplastie effectuée à l'étranger, cette intervention chirurgicale s'est développée en Suisse, étant rappelé que le nombre de phalloplasties réalisées en moyenne par année entre 2009 et 2016 n'était que de 5,5 (cf. ATF 145 V 170 cons. 7.4). Cette information ressort également de l'article mentionné par l'OFSP (cf. Mijuskovic, Schaefer, Garcia Nunez, Optimierung chirurgischer Behandlungen für trans Personen ; <https://bullmed.ch/article/doi/bms.2020.18420>). Pour ces auteurs, même si en pourcentage les interventions de phalloplastie sont moins fréquentes en Suisse, les techniques utilisées lors de cette opération sont pratiquées de manière routinière dans les centres universitaires helvétiques pour un grand nombre d'autres interventions de reconstruction du pénis, de sorte qu'elles ne sont pas exceptionnelles. En conséquence, au vu des informations transmises tant par l'hôpital [3] que par celui de l'hôpital [2], il y a lieu de considérer que ces services offrent une pratique suffisante en matière de phalloplastie du moins au niveau du nombre de cas traités, l'hôpital [2] revendiquant 27 phalloplasties en 2021 et l'hôpital [3] une pratique de ces techniques (RFF ou ALT) d'une à trois fois par semaine.

c) Le requérant reproche également à la pratique suisse de s'appuyer sur l'expérience du Dr F. \_\_\_\_\_, lequel est proche des 80 ans et propose une technique (RFF) qui tend à devenir obsolète. Au surplus, la technique opératoire dont il souhaite profiter en Serbie (celle du grand dorsal «MLD») n'existe pas en Suisse alors qu'elle présente des avantages déterminants. Il soutient qu'en le privant de la possibilité de choisir ce mode opératoire, son droit fondamental à la transition de genre est restreint. En effet, il considère que pour qu'un traitement soit considéré adéquat et couronné de succès, il est nécessaire que le patient puisse choisir la technique qu'il juge la meilleure, la plus adéquate et la moins mutilante.

c/aa) Une prestation est efficace lorsqu'on peut objectivement en attendre le résultat thérapeutique visé par le traitement de la maladie, à savoir la suppression la plus complète possible de l'atteinte à la santé somatique ou psychique (ATF 128 V 159 cons. 5c/aa). La question de son caractère approprié s'apprécie en fonction du bénéfice diagnostique ou thérapeutique de l'application dans le cas particulier, en tenant compte des risques qui y sont liés au regard du but thérapeutique (ATF 127 V 138 cons. 5). Le caractère approprié relève en principe de critères médicaux et se confond avec la question de l'indication médicale : lorsque l'indication médicale est clairement établie, le caractère approprié de la prestation l'est également (ATF 125 V 95 cons. 4a).

Les mesures médicales de réassignation sexuelle représentent un grand défi tant pour les personnes concernées que pour les équipes médicales impliquées (chirurgiens spécialisés, endocrinologues, gynécologues, urologues, psychiatres). Dans un rapport annexé à la Convention intercantonale relative à la médecine hautement spécialisée, le « changement de sexe » figure sur la liste des prestations ou domaines de prestations cités à titre d'exemple et

pouvant donner lieu à un classement en médecine hautement spécialisée. Parmi les différents processus d'adaptation, la construction du pénis constitue la partie la plus complexe sur le plan chirurgical. Les personnes concernées par une dysphorie de genre nourrissent parfois des attentes trop élevées quant aux résultats des interventions médicales. Les médecins doivent les confronter à des pronostics aussi réalistes que possibles, de manière à ce qu'elles soient en mesure de prendre une décision adéquate, conforme à la réalité et fondée sur un consentement éclairé. L'état d'esprit des «personnes transgenres qui ont subi une opération de changement de sexe» s'est amélioré au cours des dernières années et est positif. Il dépend de manière décisive du résultat de l'opération : plus l'intervention de réassignation sexuelle est réussie, plus l'état d'esprit est bon (ATF 145 V 170 cons. 5.2 et les références citées).

c/bb) En l'espèce, il n'est pas contesté que la Suisse n'offre pas la technique «MLD» souhaitée par le recourant. Dans une jurisprudence très récente, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'existait aucun droit au meilleur traitement à l'étranger ou à une certaine méthode pratiquée à l'étranger tant qu'un résultat adéquat peut être attendu sur la base de l'offre de traitement en Suisse (arrêt du TF du 31.01.2023 [9C\_615/2021] cons. 7.3 et 8.3). Deux autres modes opératoires y sont toutefois pratiqués (RFF et ALT). Contrairement à ce que soutient le recourant on ne saurait conclure que la technique privilégiée en Suisse (RFF) est désuète. En effet, comme cela résulte des pièces mêmes que le recourant a déposées, la technique par lambeau radial de l'avant-bras reste actuellement la plus pratiquée, demeurant le mode opératoire de choix dans de nombreux établissements. À titre d'exemple, on peut citer la Clinique GrS Montréal, à laquelle se réfère le recourant, qui sur son site internet indique que son équipe pratique la phalloplastie depuis plus de 20 ans et que la technique chirurgicale actuellement préconisée est la phalloplastie par le prélèvement d'un lambeau libre sur l'avant-bras (cf. <https://www.grsmontreal.com/fr/chirurgies/femme-a-homme/6-phalloplastie.html>). Au niveau Suisse, cela est également confirmé par l'article cité par l'OFSP (cf. Mijuskovic, Schaefer, Garcia Nunez, Optimierung chirurgischer Behandlungen für trans Personen), lequel précise que la deuxième technique la plus utilisée est la plastie par lambeau à partir de la cuisse (ALT). Il résulte également de cet article que la plupart des hommes trans opérés en Suisse présentent un taux élevé de satisfaction quant aux résultats de leur opération. D'autre part, on ne saurait considérer que l'offre de traitement en matière de phalloplastie en Suisse est compromise en raison de l'âge du Dr F. \_\_\_\_\_. En effet, bien que ce dernier ait contribué au développement de cette pratique dans notre pays (ayant pratiqué plus de 1000 phalloplasties), cette opération ne repose pas sur ses seules aptitudes. Au contraire, trois centres universitaires proposent actuellement cette intervention et sont composés d'équipes pluridisciplinaires. Par ailleurs, il résulte du site internet «F. \_\_\_\_\_ \*\*\*» que le Dr F. \_\_\_\_\_ n'opère pas seul, la Dre D. \_\_\_\_\_ fonctionnant comme co-chirurgienne lors de ces interventions et le Dr E. \_\_\_\_\_ comme assistant (cf. [https://www.\\*\\*\\*.com](https://www.***.com)). En outre, il n'intervient pas à l'hôpital [1], le médecin responsable pour la chirurgie transgenre étant le Dr G. \_\_\_\_\_ (cf. [https://www.hôpital\[1\]/chirurgie-transgenre](https://www.hôpital[1]/chirurgie-transgenre)).

c/cc) Il résulte, au surplus, des différents articles médicaux figurant au dossier que les trois techniques actuellement proposées comportent chacune leurs avantages et inconvénients, de sorte qu'il n'y a pas un mode opératoire faisant l'unanimité. Même si l'on peut comprendre que le recourant préfère la technique proposée en Serbie pour des raisons personnelles, en

particulier une taille du phallus qu'il juge plus adéquate et une dissimulation plus aisée des cicatrices sur la zone de prélèvement, ces éléments ne suffisent pas en soi à justifier une prise en charge de cette opération en Serbie. En effet, comme le relève le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence (cf. ATF 145 V 170 cons. 2.2), une exception au principe de la territorialité n'est admissible, outre le cas d'absence d'offre de traitement, que s'il est établi qu'une mesure thérapeutique pratiquée en Suisse comporte pour le patient des risques importants et notablement plus élevés par rapport à une alternative de traitement à l'étranger. Or, le recourant n'établit pas qu'il serait exposé en Suisse à un risque opératoire inacceptable. A la question de savoir quelles étaient les raisons pour lesquelles les interventions gynécologiques susvisées ne pouvaient être effectuées à l'hôpital [1] ou dans un autre établissement hospitalier en Suisse, le psychiatre ayant souhaité la prise en charge de ces interventions à l'étranger, le Dr A. \_\_\_\_\_, a répondu que le Dr C. \_\_\_\_\_ proposait d'effectuer l'ensemble des interventions gynécologiques et génitales en une seule session chirurgicale, ce qui limitait les séjours hospitaliers et les convalescences à une seule période, de même que les coûts occasionnés par ces interventions. Il a également déclaré que le choix s'était porté sur le Dr C. \_\_\_\_\_ en raison de son expérience, du nombre important de phalloplasties effectuées (2 à 3 par semaine depuis plusieurs années), du faible taux de complication et de la possibilité de réaliser l'ensemble des interventions génitales et gynécologiques en une seule session chirurgicale. En conséquence, le psychiatre, à l'origine de la demande de prise en charge de ces traitements à l'étranger par l'AOS, n'a pas évoqué que son patient encourait plus de risques en particulier de complications s'il effectuait ces opérations en Suisse. Le fait qu'il ait indiqué que le Dr C. \_\_\_\_\_ proposait d'effectuer l'ensemble des interventions gynécologiques et génitales en une seule session chirurgicale n'est pas un facteur limitant les risques encourus, la technique soutenue par le service créé au sein de l'hôpital [2] proposant également l'ensemble de ces interventions en une seule opération. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que ces éléments relevaient de choix personnels en matière de soins médicaux et n'établissaient nullement que l'offre suisse de soins impliquerait en la matière un risque important et notablement plus élevé que les soins existants à l'étranger (arrêt du TF du 10.12.2021 [9C\_136/2021] cons. 6.2). Aucun élément au dossier n'établit d'ailleurs que l'assuré encourt une augmentation du risque si ces opérations sont réalisées sur sol helvétique. Force est en conséquence de considérer que la demande de prise en charge de ces traitements à l'étranger est principalement dictée par des raisons de convenance personnelle du recourant, soit de pouvoir bénéficier d'un mode opératoire non proposé en Suisse, et non en vue de diminuer les risques encourus dans notre pays. Il résulte au surplus du dossier qu'en matière de suivi post opératoire, le fait de se faire opérer à l'étranger comporte plus de désavantages qu'une intervention pratiquée en Suisse, ce d'autant plus si des complications se présentent. L'intimée relève même, de manière pertinente, dans sa décision sur opposition, que le suivi préopératoire est également de meilleure qualité si l'opération est effectuée en Suisse.

c/ee) En conséquence, c'est à juste titre que l'intimée a refusé la prise en charge de l'opération envisagée en Serbie consistant en une hystérectomie, une annexectomie et une phalloplastie, la pratique de ces interventions en Suisse remplissant les conditions requises pour être considérée comme efficace et appropriée.

5.a) Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de donner suite aux mesures d'instruction requises par le recourant, les pièces du dossier se révélant suffisantes pour statuer, le

recours étant rejeté et la décision entreprise confirmée.

b) Il est statué sans frais, la loi spéciale n'en prévoyant pas (art. 61 let. fbisLPGA) et il n'est pas alloué de dépens au recourant.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Rejette le recours.

2. Statue sans frais.

3. N'alloue pas de dépens.

Neuchâtel, le 14 mars 2023

### **E. 3**

Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel il appartient à l'assureur d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. L'assureur n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par la personne assurée ; il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents. Le juge fonde sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération. Lorsqu'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait conforme à la réalité au regard du degré de preuve requis, il convient d'appliquer les règles générales relatives au fardeau de la preuve. Il n'existe par conséquent pas de principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de la personne assurée ( ATF 135 V 39 cons. 6.1). Quand bien même le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas entièrement du fardeau de la preuve ; ainsi, s'il n'est pas possible d'établir un état de fait vraisemblablement conforme à la réalité, il est statué en défaveur de la partie qui entendait déduire un droit d'un état de fait demeuré sans preuve ( ATF 139 V 176 cons. 5.2). Lorsque les faits à prouver sont des faits créateurs de droit, la partie qui supporte les conséquences de l'absence de preuve est celle qui fait valoir le droit ; en matière d'assurances sociales, il s'agit en règle générale de la personne assurée. Avant de conclure à l'impossibilité d'établir les faits, l'assureur doit, conformément au principe inquisitoire, entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible pour recueillir les moyens de preuves utiles ( Piguet , in : Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 45 ad art. 43 LPGA). Le devoir d'instruction s'applique également à l'instruction de demandes qui présentent des éléments d'extranéité. Les instruments à disposition des autorités suisses leur permettant de recueillir des moyens de preuve situés à l'étranger étant néanmoins limités, il y a lieu de poser des exigences élevées quant à l'obligation de collaborer de la personne assurée ( Piguet , op. cit., n. 59 ad art. 43 LPGA).

### **E. 4**

a) En l'espèce, il convient d'examiner s'il se justifie d'admettre une exception au principe de la territorialité. A l'appui de son recours, l'intéressé soutient que la pratique en matière de phalloplastie est insuffisante en Suisse et que l'intimée n'est pas parvenue à déterminer de manière précise et documentée le nombre de phalloplasties pratiquées en vue de se prononcer en toute connaissance de cause sur l'adéquation des traitements proposés. Il requiert en conséquence que l'OFS fournisse des renseignements plus circonstanciés, en donnant le nombre effectif de phalloplasties effectuées en Suisse ces cinq dernières années, les techniques utilisées à cette fin et le nombre de médecins pratiquant cette opération. Il reproche, au surplus, aux équipes médicales suisses de s'appuyer sur l'expertise du Dr F. \_\_\_\_\_, lequel est proche des 80 ans et pratique une technique (RFF) qui tend à être abandonnée. b) En l'espèce, il résulte du dossier que l'intimée a procédé à diverses mesures d'instruction. Elle a requis l'avis de l'OFSP s'agissant de la prise en charge de ce cas, a demandé au psychiatre ayant sollicité la participation aux frais de l'hystérectomie, de l'annexectomie et de la phalloplastie quel est le bénéfice d'une opération en Serbie par rapport à la Suisse, de l'OFS le nombre de phalloplasties et de vaginoplasties réalisées chaque année de 2015 jusqu'au jour de la demande en 2021 et de l'hôpital [2] et de l'hôpital [3] le nombre de phalloplasties réalisées ainsi que les techniques utilisées. b/aa) Faisant suite à la demande de Assura, le chef de section de la division santé et affaires sociales de l'OFS a indiqué que des données statistiques ne pouvaient lui être communiquées, dès lors qu'elles seraient utilisées à une fin de vérification/contrôle des personnes physiques individuelles, ce qui était contraire à l'article 19 al. 2 de la loi sur la statistique fédérale (RS 431.01). Ces statistiques pouvaient toutefois être fournies si les personnes concernées donnaient leur consentement par écrit à cette utilisation ou par le biais de codes de traitement CHOP. Cette dernière option a été privilégiée. Selon le code de traitement CHOP (6443), 2 patients ont bénéficié d'une construction du pénis en 2015, 9 en 2016, 4 en 2017, 11 en 2018 et 8 en 2019. Au vu des limitations relatives à la transmission de données statistiques, on ne saurait suivre le recourant lorsqu'il soutient que l'on devrait demander à l'OFS des précisions à ce propos, les codes statistiques transmis pouvant tout au plus être complétés pour les années 2020 à ce jour, pour autant que ces chiffres aient été collectés. De toute manière, ces éléments ne sont pas pertinents en présence d'une intervention complexe. En effet, d'éventuelles statistiques nationales ne sont d'aucun secours, dans cette hypothèse, puisqu'il y a alors lieu d'évaluer la pratique d'un service ou d'un chirurgien individuellement pour déterminer s'il justifie d'une expérience suffisante pour offrir une prestation appropriée, les statistiques portant sur l'ensemble des pratiques réparties sur tout le territoire ne donnant que des indices abstraits et ne permettant pas d'évaluer l'expérience du chirurgien qui pratique l'intervention (arrêt du 30.06.2021 de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois [AM-33/20 – 28/2021] cons. 5.c.aa). b/bb) C'est ainsi à juste titre que l'intimée a requis des centres effectuant cette opération des informations sur leur pratique. Au nom de l'hôpital [2], le Dr E. \_\_\_\_\_, spécialiste FMH en gynécologie et obstétrique opératoires et en médecine interne générale, a indiqué qu'un centre de réassignation sexuelle de femme à homme avait été créé afin de répondre à un manque de l'offre suisse en matière de phalloplastie. Depuis janvier 2020, cette intervention était régulièrement pratiquée ainsi que diverses procédures pour la reconstruction du pénis. Ainsi, 10 phalloplasties avaient été pratiquées en 2020, plusieurs interventions électives ayant dû être annulées en raison de la pandémie du coronavirus, 12 opérations avaient été réalisées en 2021 et 15 étaient prévues. Au surplus, la capacité chirurgicale était pleinement utilisée par la réassignation sexuelle de femme à homme de sorte qu'il n'était plus réalisé de

vaginoplastie, les patients souhaitant une phalloplastie étant même sur liste d'attente pour l'année 2022. Au nom de l'hôpital [3], la Dre D. \_\_\_\_\_, a indiqué que depuis 2015, 35 phalloplasties avaient été pratiquées et deux types de technique étaient proposées : l'une par le prélèvement d'un lambeau de peau de l'avant-bras (RFF) et l'autre par celui de la cuisse (ALT). En outre, elle a précisé que cette intervention était pratiquée non seulement pour des personnes trans mais également lors de la reconstruction du pénis suite à une tumeur ou à un accident. En conséquence, les plasties par lambeau faisaient partie des opérations de routine, étant pratiquées 1 à 3 fois par semaine. Bien qu'étant recensé comme troisième centre proposant cette intervention, l'hôpital [1] n'a pas été sollicité par l'intimée afin qu'il communique le nombre de phalloplasties réalisées. b/cc) Au vu des chiffres susmentionnés, il y a lieu de considérer que, depuis que le Tribunal fédéral a développé les critères pour la prise en charge par l'AOS d'une phalloplastie effectuée à l'étranger, cette intervention chirurgicale s'est développée en Suisse, étant rappelé que le nombre de phalloplasties réalisées en moyenne par année entre 2009 et 2016 n'était que de 5,5 (cf. ATF 145 V 170 cons. 7.4). Cette information ressort également de l'article mentionné par l'OFSP (cf. Mijuskovic, Schaefer, Garcia Nunez, Optimierung chirurgischer Behandlungen für trans Personen ; <https://bullmed.ch/article/doi/bms.2020.18420>). Pour ces auteurs, même si en pourcentage les interventions de phalloplastie sont moins fréquentes en Suisse, les techniques utilisées lors de cette opération sont pratiquées de manière routinière dans les centres universitaires helvétiques pour un grand nombre d'autres interventions de reconstruction du pénis, de sorte qu'elles ne sont pas exceptionnelles. En conséquence, au vu des informations transmises tant par l'hôpital [3] que par celui de l'hôpital [2], il y a lieu de considérer que ces services offrent une pratique suffisante en matière de phalloplastie du moins au niveau du nombre de cas traités, l'hôpital [2] revendiquant 27 phalloplasties en 2021 et l'hôpital [3] une pratique de ces techniques (RFF ou ALT) d'une à trois fois par semaine. c) Le recourant reproche également à la pratique suisse de s'appuyer sur l'expérience du Dr F. \_\_\_\_\_, lequel est proche des 80 ans et propose une technique (RFF) qui tend à devenir obsolète. Au surplus, la technique opératoire dont il souhaite profiter en Serbie (celle du grand dorsal « MLD ») n'existe pas en Suisse alors qu'elle présente des avantages déterminants. Il soutient qu'en le privant de la possibilité de choisir ce mode opératoire, son droit fondamental à la transition de genre est restreint. En effet, il considère que pour qu'un traitement soit considéré adéquat et couronné de succès, il est nécessaire que le patient puisse choisir la technique qu'il juge la meilleure, la plus adéquate et la moins mutilante. c/aa) Une prestation est efficace lorsqu'on peut objectivement en attendre le résultat thérapeutique visé par le traitement de la maladie, à savoir la suppression la plus complète possible de l'atteinte à la santé somatique ou psychique (ATF 128 V 159 cons. 5c/aa). La question de son caractère approprié s'apprécie en fonction du bénéfice diagnostique ou thérapeutique de l'application dans le cas particulier, en tenant compte des risques qui y sont liés au regard du but thérapeutique (ATF 127 V 138 cons. 5). Le caractère approprié relève en principe de critères médicaux et se confond avec la question de l'indication médicale : lorsque l'indication médicale est clairement établie, le caractère approprié de la prestation l'est également (ATF 125 V 95 cons. 4a). Les mesures médicales de réassignation sexuelle représentent un grand défi tant pour les personnes concernées que pour les équipes médicales impliquées (chirurgiens spécialisés, endocrinologues, gynécologues, urologues, psychiatres). Dans un rapport annexé à la Convention intercantonale relative à la médecine hautement spécialisée, le « changement de sexe » figure sur la liste des prestations ou domaines de prestations cités à titre d'exemple et

pouvant donner lieu à un classement en médecine hautement spécialisée. Parmi les différents processus d'adaptation, la construction du pénis constitue la partie la plus complexe sur le plan chirurgical. Les personnes concernées par une dysphorie de genre nourrissent parfois des attentes trop élevées quant aux résultats des interventions médicales. Les médecins doivent les confronter à des pronostics aussi réalistes que possibles, de manière à ce qu'ils soient en mesure de prendre une décision adéquate, conforme à la réalité et fondée sur un consentement éclairé. L'état d'esprit des « personnes transgenres qui ont subi une opération de changement de sexe » s'est amélioré au cours des dernières années et est positif. Il dépend de manière décisive du résultat de l'opération : plus l'intervention de réassignation sexuelle est réussie, plus l'état d'esprit est bon ( ATF 145 V 170 cons. 5.2 et les références citées). c/bb) En l'espèce, il n'est pas contesté que la Suisse n'offre pas la technique « MLD » souhaitée par le recourant. Dans une jurisprudence très récente, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'existait aucun droit au meilleur traitement à l'étranger ou à une certaine méthode pratiquée à l'étranger tant qu'un résultat adéquat peut être attendu sur la base de l'offre de traitement en Suisse (arrêt du TF du 31.01.2023 [9C\_615/2021] cons. 7.3 et 8.3). Deux autres modes opératoires y sont toutefois pratiqués (RFF et ALT). Contrairement à ce que soutient le recourant on ne saurait conclure que la technique privilégiée en Suisse (RFF) est désuète. En effet, comme cela résulte des pièces mêmes que le recourant a déposées, la technique par lambeau radial de l'avant-bras reste actuellement la plus pratiquée, demeurant le mode opératoire de choix dans de nombreux établissements. À titre d'exemple, on peut citer la Clinique GrS Montréal, à laquelle se réfère le recourant, qui sur son site internet indique que son équipe pratique la phalloplastie depuis plus de 20 ans et que la technique chirurgicale actuellement préconisée est la phalloplastie par le prélèvement d'un lambeau libre sur l'avant-bras (cf. <https://www.grsmontreal.com/fr/chirurgies/femme-a-homme/6-phalloplastie.html>). Au niveau Suisse, cela est également confirmé par l'article cité par l'OFSP (cf. Mijuskovic, Schaefer, Garcia Nunez , Optimierung chirurgischer Behandlungen für trans Personen ), lequel précise que la deuxième technique la plus utilisée est la plastie par lambeau à partir de la cuisse (ALT). Il résulte également de cet article que la plupart des hommes trans opérés en Suisse présentent un taux élevé de satisfaction quant aux résultats de leur opération. D'autre part, on ne saurait considérer que l'offre de traitement en matière de phalloplastie en Suisse est compromise en raison de l'âge du Dr F. \_\_\_\_\_. En effet, bien que ce dernier ait contribué au développement de cette pratique dans notre pays (ayant pratiqué plus de 1000 phalloplasties), cette opération ne repose pas sur ses seules aptitudes. Au contraire, trois centres universitaires proposent actuellement cette intervention et sont composés d'équipes pluridisciplinaires. Par ailleurs, il résulte du site internet « F. \_\_\_\_\_ \*\*\* » que le Dr F. \_\_\_\_\_ n'opère pas seul, la Dre D. \_\_\_\_\_ fonctionnant comme co-chirurgienne lors de ces interventions et le Dr E. \_\_\_\_\_ comme assistant (cf. [https://www.\\*\\*\\*\\*.com](https://www.****.com)). En outre, il n'intervient pas à l'hôpital [1], le médecin responsable pour la chirurgie transgenre étant le Dr G. \_\_\_\_\_ (cf. [https://www.hôpital\[1\]/chirurgie-transgenre](https://www.hôpital[1]/chirurgie-transgenre)). c/cc) Il résulte, au surplus, des différents articles médicaux figurant au dossier que les trois techniques actuellement proposées comportent chacune leurs avantages et inconvénients, de sorte qu'il n'y a pas un mode opératoire faisant l'unanimité. Même si l'on peut comprendre que le recourant préfère la technique proposée en Serbie pour des raisons personnelles, en particulier une taille du phallus qu'il juge plus adéquate et une dissimulation plus aisée des cicatrices sur la zone de prélèvement, ces éléments ne suffisent pas en soi à justifier une prise en charge de cette opération en Serbie. En effet,

comme le relève le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence (cf. ATF 145 V 170 cons. 2.2), une exception au principe de la territorialité n'est admissible, outre le cas d'absence d'offre de traitement, que s'il est établi qu'une mesure thérapeutique pratiquée en Suisse comporte pour le patient des risques importants et notablement plus élevés par rapport à une alternative de traitement à l'étranger. Or, le recourant n'établit pas qu'il serait exposé en Suisse à un risque opératoire inacceptable. A la question de savoir quelles étaient les raisons pour lesquelles les interventions gynécologiques susvisées ne pouvaient être effectuées à l'hôpital [1] ou dans un autre établissement hospitalier en Suisse, le psychiatre ayant souhaité la prise en charge de ces interventions à l'étranger, le Dr A. \_\_\_\_\_, a répondu que le Dr C. \_\_\_\_\_ proposait d'effectuer l'ensemble des interventions gynécologiques et génitales en une seule session chirurgicale, ce qui limitait les séjours hospitaliers et les convalescences à une seule période, de même que les coûts occasionnés par ces interventions. Il a également déclaré que le choix s'était porté sur le Dr C. \_\_\_\_\_ en raison de son expérience, du nombre important de phalloplasties effectuées (2 à 3 par semaine depuis plusieurs années), du faible taux de complication et de la possibilité de réaliser l'ensemble des interventions génitales et gynécologiques en une seule session chirurgicale. En conséquence, le psychiatre, à l'origine de la demande de prise en charge de ces traitements à l'étranger par l'AOS, n'a pas évoqué que son patient encourait plus de risques en particulier de complications s'il effectuait ces opérations en Suisse. Le fait qu'il ait indiqué que le Dr C. \_\_\_\_\_ proposait d'effectuer l'ensemble des interventions gynécologiques et génitales en une seule session chirurgicale n'est pas un facteur limitant les risques encourus, la technique soutenue par le service créé au sein de l'hôpital [2] proposant également l'ensemble de ces interventions en une seule opération. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs considéré que ces éléments relevaient de choix personnels en matière de soins médicaux et n'établissaient nullement que l'offre suisse de soins impliquerait en la matière un risque important et notablement plus élevé que les soins existants à l'étranger (arrêt du TF du 10.12.2021 [9C\_136/2021] cons. 6.2). Aucun élément au dossier n'établit d'ailleurs que l'assuré encourt une augmentation du risque si ces opérations sont réalisées sur sol helvétique. Force est en conséquence de considérer que la demande de prise en charge de ces traitements à l'étranger est principalement dictée par des raisons de convenance personnelle du recourant, soit de pouvoir bénéficier d'un mode opératoire non proposé en Suisse, et non en vue de diminuer les risques encourus dans notre pays. Il résulte au surplus du dossier qu'en matière de suivi post opératoire, le fait de se faire opérer à l'étranger comporte plus de désavantages qu'une intervention pratiquée en Suisse, ce d'autant plus si des complications se présentent. L'intimée relève même, de manière pertinente, dans sa décision sur opposition, que le suivi préopératoire est également de meilleure qualité si l'opération est effectuée en Suisse. c/ee) En conséquence, c'est à juste titre que l'intimée a refusé la prise en charge de l'opération envisagée en Serbie consistant en une hystérectomie, une annexectomie et une phalloplastie, la pratique de ces interventions en Suisse remplissant les conditions requises pour être considérée comme efficace et appropriée.

## **E. 5**

a) Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de donner suite aux mesures d'instruction requises par le recourant, les pièces du dossier se révélant suffisantes pour statuer, le recours étant rejeté et la décision entreprise confirmée. b) Il est statué sans frais, la loi spéciale n'en prévoyant pas (art. 61 let. f bis LPGA) et il n'est pas alloué de dépens au recourant.

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