

**N° 65 / 13.
du 24.10.2013.**

Numéro 3233 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, vingt-quatre octobre deux mille treize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, président de chambre à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

Entre:

X.), demeurant à L-(...), (...), (...),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître François MOYSE, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la CAISSE NATIONALE DE SANTE, établissement public, établie et ayant son siège social à L-1471 Luxembourg, 125, route d'Esch, représentée par le président de son comité-directeur actuellement en fonction,

défenderesse en cassation,

comparant par Maître François TURK, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport du président Georges SANTER et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Vu l'arrêt attaqué rendu le 26 novembre 2012 sous le numéro 2012/0162 par le Conseil supérieur de la sécurité sociale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 30 janvier 2013 par X.) à la CAISSE NATIONALE DE SANTE, déposé au greffe de la Cour le 4 février 2013 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 22 mars 2013 par la CAISSE NATIONALE DE SANTE à X.), déposé au greffe de la Cour le 28 mars 2013 ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Conseil arbitral de la sécurité sociale avait dit que la CAISSE NATIONALE DE SANTE doit accorder à la demanderesse en cassation l'autorisation préalable pour le transfert à l'étranger en vue d'un traitement chirurgical et prendre en charge les frais résultant du traitement ; que le Conseil supérieur de la sécurité sociale a déclaré fondé l'appel de la CAISSE NATIONALE DE SANTE et a confirmé la décision de rejet du comité-directeur de la CAISSE NATIONALE DE SANTE ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de l'article 89 de la Constitution, lequel dispose << tout jugement est motivé >>, pour défaut de motifs, sinon insuffisance de motifs valant absence de motifs,

en ce que, l'arrêt entrepris fait valoir que << conformément au principe instauré à l'article 17 du Code de la sécurité sociale, il faut que le traitement soit utile et nécessaire, ce qui exige à tout le moins que le caractère indispensable du traitement ressorte du certificat circonstancié du médecin traitant >> et que si << ce certificat expose les raisons militent pour un traitement à l'étranger, il ne fournit toutefois, pas d'explication de nature à justifier le caractère nécessaire de l'opération litigieuse >>,

en ce que, encore, l'arrêt entrepris en tire la conclusion que << compte tenu de ce qui précède et à défaut d'autre élément, la demande de prise en charge est à refuser et le jugement entrepris est à réformer >> ;

alors que l'article 17 du Code de la Sécurité sociale n'établit pas littéralement la nécessité du caractère utile et nécessaire du traitement, que même à considérer que tel soit en soit le sens, cet article ne requiert pas que ce soit le seul certificat médical qui établisse ce caractère utile et nécessaire du

traitement, que d'autre part d'autres éléments du dossier établissent justement le caractère utile et nécessaire pour les transsexuels d'une telle opération, de sorte le Conseil supérieur de la Sécurité Sociale n'a pas respecté l'obligation de motivation suffisante d'une décision de justice afin de satisfaire aux conditions de l'article 89 de la constitution, l'insuffisance de la motivation valant en tout cas absence de motifs ».

Mais attendu que l'article 89 de la Constitution sanctionne le défaut de motifs, qui est un vice de forme ; que l'arrêt est motivé sur le point considéré ;

Qu'une motivation incomplète constitue un défaut de base légale qui n'est pas visé par la disposition citée au moyen ;

Que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation sinon de la fausse application, sinon de la fausse interprétation de l'article 17 du Code de la sécurité sociale, lequel dispose que:

<< 1. Sont pris en charge dans une mesure suffisante et appropriée :

- 1) les soins de médecine ;*
- 2) les soins de médecine dentaire ;*
- 3) les traitements effectués ;*
- 4) les analyses de biologie médicale ;*
- 5) les orthèses, prothèses, épithèses et implants dentaires ;*
- 6) les médicaments, le sang humain et les composants sanguins ;*
- 7) les dispositifs médicaux ;*
- 8) les traitements effectués en milieu hospitalier;*
- 9) les frais de séjour à l'hôpital en cas d'accouchement et en cas d'hospitalisation sauf pour le cas de simple hébergement ;*
- 10) les cures thérapeutiques et de convalescence ;*
- 11) les soins de rééducations et de réadaptations fonctionnelles ;*
- 12) les frais de transport des malades ;*
- 13) les soins palliatifs suivant les modalités d'attribution précisées par règlement grand-ducal.*

2. Est considéré comme simple hébergement le séjour à l'hôpital d'une personne pour laquelle les soins en vue de sa guérison, de l'amélioration de son état de santé ou de l'atténuation de ses souffrances peuvent être dispensés en dehors du milieu hospitalier. Ces critères peuvent être précisés par règlement grand-ducal.

3. Des mesures de médecine préventive peuvent être organisées en collaboration avec la Direction de la santé dans le cadre de conventions de partenariat conclues entre les ministres ayant dans leurs attributions la Santé et la Sécurité Sociale, la Caisse nationale de santé et, le cas échéant, des services spécialisés ».

en ce que l'arrêt entrepris fait valoir que « conformément au principe instauré à l'article 17 du Code de la sécurité sociale, il faut que le traitement soit utile et nécessaire, ce qui exige à tout le moins que le caractère indispensable du traitement ressorte du certificat circonstancié du médecin traitant » et que si le certificat médical produit en cause « expose les raisons militant pour un traitement à l'étranger, il ne fournit, toutefois, pas d'explication de nature à justifier le caractère nécessaire de l'opération litigieuse »;

en ce que, encore, l'arrêt entrepris en tire la conclusion que « compte tenu de ce qui précède et à défaut d'autre élément, la demande de prise en charge est à refuser et le jugement entrepris est à réformer » ;

alors que l'article 17 du Code de la sécurité sociale, seule base légale invoquée par le Conseil supérieur de la sécurité sociale, n'exige aucunement d'apporter la preuve que le traitement soit utile et nécessaire pour être prise en charge. »

Mais attendu que l'application de l'article 17 du Code de la sécurité sociale se fait conformément aux critères et conditions énoncés à l'article 23, alinéa premier du même code ;

Attendu qu'en considérant qu'« *il faut que le traitement soit utile et nécessaire, ce qui exige à tout le moins que le caractère indispensable du traitement ressorte du certificat circonstancié du médecin traitant* », les juges du fond se sont implicitement, mais nécessairement référés aux dispositions de l'article 23, alinéa premier, du Code de la sécurité sociale ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « *de la violation de l'article 8 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, lequel dispose que :*

<< 1. Toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui >>,

en ce que l'arrêt entrepris fait valoir que << si en général, la "génitoplastie" revêt un caractère nécessaire dans le traitement du transsexualisme, il n'en est pas de même pour la chirurgie du visage. En effet, conformément au principe instauré à l'article 17 du Code de la sécurité sociale, il faut que le traitement soit utile et nécessaire, ce qui exige à tout le moins que

le caractère indispensable du traitement ressorte du certificat circonstancié du médecin traitant >> et que si << ce certificat expose les raisons militent pour un traitement à l'étranger, il ne fournit toutefois, pas d'explication de nature à justifier le caractère nécessaire de l'opération litigieuse >>,

alors que, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme est établie en ce sens et de manière constante qu'il est << disproportionné d'exiger d'une personne qu'elle prouve le caractère médicalement nécessaire d'un traitement, dût-il s'agir d'une opération chirurgicale irréversible, lorsqu'est en jeu l'un des aspects les plus intimes de sa vie privée >> et que, lorsque cela est exigé, il y a violation de l'article 8 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH, 12 juin 2003, Van Küick c. Allemagne, requête n°35968/97, §§ 52, 82 et 86) et donc violation du droit au respect de sa vie privée et familiale dans le chef d'un transsexuel ».

Mais attendu que le reproche d'avoir « *compromis la vie personnelle et familiale de la demanderesse en cassation et partant méconnu à cette dernière le droit au respect de sa vie privée et familiale* », fait à la décision de refus de la prise en charge du traitement revendiquée par la demanderesse en cassation ne saurait être retenu, dès lors que le constat que le certificat médical versé en cause ne fournit pas d'explication de nature à justifier le caractère nécessaire de l'opération litigieuse ne vise pas l'opération de conversion sexuelle elle-même, mais des traitements postopératoires pour lesquels se pose la question de la nécessité en vue du parachèvement de la conversion sexuelle, et que la décision de refus ne met pas en cause la liberté de la demanderesse en cassation de définir son appartenance sexuelle ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « *de la violation de l'article 10 bis (1) de la Constitution qui dispose que << les Luxembourgeois sont égaux devant la loi >>, et de la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 12 à la Convention Européenne de Sauvegarde des droits de l'Homme qui prévoit que :*

<< 1. la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1 >>.

en ce que, l'arrêt entrepris fait valoir que << si en général, la "génétioplastie" revêt un caractère nécessaire dans le traitement du transsexualisme, il n'en est pas de même pour la chirurgie du visage. En effet, conformément au principe instauré à l'article 17 du Code de la sécurité sociale, il faut que le traitement soit utile et nécessaire, ce qui exige à tout le moins que

le caractère indispensable du traitement ressorte du certificat circonstancié du médecin traitant >> et que si << ce certificat expose les raisons militent pour un traitement à l'étranger, il ne fournit toutefois, pas d'explication de nature à justifier le caractère nécessaire de l'opération litigieuse >>,

alors qu'en exigeant de la requérante de fournir plus qu'un seul certificat médical devant justifier le caractère nécessaire d'une opération de chirurgie faciale, le Conseil Supérieur de la Sécurité Sociale rajoute une condition non prévue dans la législation et place la requérante en tant que transsexuelle dans une situation plus défavorable qu'une autre personne, non transsexuelle, en lui imposant de justifier spécifiquement le caractère nécessaire d'une opération liée à son identité physique, violant ainsi le principe d'égalité ancré à l'article 10 bis de la Constitution et imposant ainsi un caractère discriminatoire en raison de son identité de genre ou de sexe, de son identité ou de toute autre situation, prohibé par l'article 1er du Protocole n°12 à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. »

Mais attendu que par le biais d'un moyen tiré de la violation de l'article 10bis de la Constitution et de l'article 1^{er} du Protocole N° 12 à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, la demanderesse en cassation remet en cause l'application par les juges du fond des articles 17 et 23 du Code de la sécurité sociale qui exigent le caractère utile et nécessaire des traitements pris en charge au titre de l'assurance maladie ;

D'où il suit que le moyen est à rejeter ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître François TURK, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.