

Paris, le 9 décembre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-258

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Vu l'article L.162-1-7 du code de la sécurité sociale ;

Saisie par Madame X d'une réclamation concernant le refus d'accord préalable pour la prise en charge de l'acte médical relatif à une augmentation mammaire, ayant pour conséquence de la priver de la réalisation complète de sa transition sexuelle engagée depuis plusieurs années ;

Prend acte :

- de l'avis favorable du médecin conseil national pour la prise en charge de l'acte codifié de la Classification Commune des Actes Médicaux « QEMA004 » ;

- de la décision de la CPAM, d'accorder à Madame X la prise en charge de ses soins à la suite d'un avis rectificatif du médecin conseil de la CPAM de Y ;

Recommande :

- à la CPAM de Y de respecter la classification commune des actes médicaux (CCAM) selon laquelle l'acte médical à caractère thérapeutique (coté QEMA004) doit être pris en charge par l'assurance maladie ;

- à la CNAM de donner pour instruction aux CPAM d'examiner les demandes d'accord préalable pour les prises en charge de mastoplasties d'augmentation sans tenir compte des dispositions du protocole de la Haute autorité de santé (HAS) élaboré en 1989 par le conseil national de la Haute autorité de santé, et repris dans son rapport du mois de novembre de 2009, intitulé « *situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge du transsexualisme en France* » ;

- à la CNAM d'assurer la prise en charge effective et systématique des opérations chirurgicales des personnes en transition sexuelle.

La Défenseure des droits demande à la CNAM de la tenir informée des suites données à cette recommandation, dans un délai de deux mois à compter de la réception de la présente décision.

Claire HÉDON

Prise d'acte et recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

Madame X a engagé une réassignation sexuelle et, dans ce cadre, a été prise en charge pour une affection longue durée hors liste (ALD HL) à partir du mois de février 2017 pour transidentité *male to female*.

Après 2 ans de transition hormonale et de chirurgie de réassignation sexuelle, la réclamante a constaté que le traitement hormonal n'avait pas entraîné le développement mammaire espéré. En accord avec ses médecins traitants, elle a consulté un médecin spécialisé afin de réaliser une mastoplastie d'augmentation.

La mise en place d'une chirurgie de reconstruction mammaire a été validée en réunion de concertation pluridisciplinaire par une équipe médicale du CHU de Z. Le 23 février 2019, une entente tripartite (chirurgien – endocrinologue - médecin psychiatre) a conclu à l'éligibilité de la réclamante à la chirurgie souhaitée.

Le 13 mai 2019, Madame X a déposé auprès de la CPAM de Y une demande d'accord préalable pour la prise en charge de l'acte médical relatif à une augmentation mammaire (coté QEMA004), rempli par le chirurgien.

Un refus lui a été opposé par la caisse au motif que le médecin conseil de la caisse avait émis un avis défavorable d'ordre administratif, au motif que le certificat médical du 23 février 2019 ne contient pas de suivi par une équipe spécialisée d'au moins 2 ans.

La réclamante a saisi la Commission de recours amiable (CRA), le 31 mai 2019, en rappelant que la fiche de l'acte CCAM (classification commune des actes médicaux), auquel il est fait référence par la caisse, ne prévoit pas l'obligation de respecter un suivi d'au moins 2 ans par une équipe médicale spécialisée composée d'un psychiatre, d'un endocrinologue et d'un chirurgien.

Elle a rappelé à la CRA que, depuis 2017, elle était suivie par un psychiatre ainsi qu'un endocrinologue et qu'en sollicitant une intervention au mois de juillet 2019, les 2 ans de suivi éventuellement requis étaient, en tout état de cause, atteints.

Le 26 septembre 2019, la CRA a confirmé le refus de la caisse de délivrer un accord préalable sur le même motif.

Madame X a saisi le Pôle social du tribunal de grande instance de W le 1^{er} août 2019. Par un courrier du 13 novembre 2019, la réclamante s'est vue notifier une convocation au tribunal judiciaire de W, le 7 février 2020, pour son litige l'opposant à la CPAM.

C'est dans ce contexte que Madame X, considérant être victime de discrimination du fait de son identité de genre, a sollicité l'intervention de l'institution le 5 août 2019.

Les services du Défenseur des droits, par courrier du 20 décembre 2019, ont adressé à la CPAM de Y une note récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels ils estimaient que le refus de la prise en charge de l'opération de Madame X était de nature à porter atteinte à ses droits fondamentaux.

Dans un courriel de réponse du 13 janvier 2020, la CPAM a indiqué que le médecin Conseil National venait d'être saisi pour un réexamen du dossier.

Dans un courrier de la Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM) du 24 janvier 2020, le médecin Conseil national, a indiqué aux services du Défenseur des droits, qu' « *un réexamen attentif [du dossier de Madame X], en tenant compte des éléments nouveaux, nous permet de revenir sur la décision qui a été notifiée* ».

Sans apporter davantage d'explications, le médecin conseil national a ajouté « *un avis favorable de prise en charge de l'acte codifié de la Classification Commune des Actes Médicaux « QEMA004 » est proposé et transmis au service médical placé près de la Caisse primaire de Y* ».

La caisse primaire d'assurance maladie de Y a, à son tour, informé Madame X, par courrier du 27 janvier 2020, des résultats du réexamen de sa demande et lui a communiqué un avis rectificatif, émis le 24 janvier 2020, par le médecin conseil indiquant un « *avis favorable suite à la demande exceptionnelle selon les modalités mentionnées ci-dessous : suite nouvel avis du médecin conseil National : AF* ».

Le courrier précise que « *les frais concernés pourront être pris en charge par votre organisme d'affiliation sur la base des tarifs réglementaires en vigueur* ».

Analyse juridique

A. L'absence de fondement juridique du refus de prise en charge de la caisse.

1) Un refus d'accord préalable dénué de fondement juridique

Le refus d'accord préalable du médecin conseil de la CPAM pour la prise en charge d'une mastoplastie d'augmentation est fondé sur les dispositions du protocole de la Haute autorité de santé (HAS) élaboré en 1989 par le conseil national de celle-ci, et repris dans son rapport du mois de novembre de 2009, intitulé « *situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge du transsexualisme en France* ».

Ledit protocole conditionne la prise en charge financière des soins liés à la réassignation sexuelle au respect des exigences cumulatives suivantes :

- le suivi pendant au moins deux ans par une équipe spécialisée, composée d'un psychiatre, d'un endocrinologue et, si possible, d'un chirurgien ;
- la rédaction d'un certificat co-signé par ces spécialistes mentionnant le diagnostic, leur accord sans réserve pour les actes chirurgicaux et les motifs médicaux justifiant la réalisation de ces actes.

Cependant, comme l'a souligné la Haute autorité de santé dans son dernier rapport de 2009 (page 70) : « *Or, bien qu'il représente le seul outil disponible sur lequel s'appuie la caisse, ce protocole ne repose sur aucune base légale* ».

Ainsi, la caisse ne pouvait-elle juridiquement fonder son refus de prise en charge des opérations de réassignation sexuelle sur ledit protocole.

De surcroît, il apparaît que Madame X a entamé sa transition médicale en juin 2017 auprès de l'équipe pluridisciplinaire du CHU de Z. Elle a fait l'objet d'un suivi thérapeutique par un psychiatre et par un endocrinologue dans le cadre de sa réassignation sexuelle depuis cette date et son état a été reconnu par le médecin conseil qui l'a placée en ALD HL.

La mise en place d'une chirurgie de reconstruction mammaire a, par ailleurs, été validée en réunion de concertation pluridisciplinaire par une équipe médicale du CHU. Le 23 février 2019, une entente tripartite (chirurgien – endocrinologie - médecin psychiatre) a précisé l'éligibilité de la réclamante à cette chirurgie.

Le parcours médical de la réclamante offre, dès lors, toutes les garanties d'un suivi thérapeutique sérieux et documenté.

À supposer, dès lors, que la CPAM ait pu exiger le respect du protocole précité, cette condition était, en tout état de cause, remplie en l'espèce, tant en ce qui concerne sa durée que son processus.

2) Un acte médical à caractère thérapeutique (coté QEMA004) pris en charge par l'assurance maladie

La mastoplastie d'augmentation, indiquée dans les reconstructions ou les augmentations mammaires, est prise en charge selon la classification commune des actes médicaux (CCAM) prévue à l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale rédigé ainsi : « *La prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tout acte ou prestation réalisé par un professionnel de santé, (...) est subordonné à leur inscription sur une liste établie dans les conditions fixées au présent article. L'inscription sur la liste peut elle-même être subordonnée au respect d'indications thérapeutiques ou diagnostiques, à l'état du patient ainsi qu'à des conditions particulières de prescription, d'utilisation ou de réalisation de l'acte ou de la prestation (...)* ».

Les actes concernés, en l'espèce, sont classés sous la référence QEMA004 de la CCAM. Il s'agit d'une mastoplastie bilatérale d'augmentation, avec pose d'implant prothétique, prévue pour les cas énumérés limitativement suivants :

- agénésie mammaire bilatérale ;
- hypoplasie bilatérale sévère avec taille de bonnet inférieure à A ;
- syndrome malformatif (sein tubéreux et syndrome de Poland).

La mastoplastie bilatérale d'augmentation sollicitée par la réclamante figure bien dans la nomenclature générale des actes professionnels pris en charge par l'assurance maladie puisqu'elle correspond à une hypoplasie bilatérale sévère avec taille de bonnet inférieure à A. Le caractère thérapeutique de cet acte n'est pas contesté.

En outre, la fiche d'acte CCAM abrégée, disponible sur le site de la CNAM, précise les conditions de prise en charge de l'acte QEMA004.

Par un arrêt en date du 27 janvier 2004, (pourvoi n° 02-30.613 ; Bulletin 2004 II N° 27 p. 21), la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation a jugé « *qu'aucune base légale ou réglementaire n'interdit la prise en charge d'actes médicaux pour la raison qu'ils sont liés au transsexualisme, sans rechercher si les actes pratiqués sur M. X... figuraient en tout ou en partie à la nomenclature générale des actes professionnels (...)* ».

De même, une décision récente du TASS de Quimper (jugement du 21 mai 2018, RG 248-18) a considéré : « *qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit la prise en charge financière par les organismes de sécurité sociale d'actes médicaux réalisés pour le traitement du syndrome du transsexualisme* » et que « *seules deux conditions doivent être réunies pour que la prise en charge de la personne transsexuelle soit assurée ; à savoir : « (...) que soit reconnu le caractère thérapeutique des actes réalisés, d'une part, et que les actes pratiqués figurent sur la nomenclature générale des actes professionnels, d'autre part (...)* ».

Ainsi, le refus de prise en charge financière opposé par la CPAM de la chirurgie mammaire de la réclamante n'apparaît pas juridiquement fondé.

B. Un refus constitutif d'une discrimination sur le fondement de l'identité de genre

Pour rejeter la demande d'accord préalable de Madame X pour la prise en charge d'une augmentation mammaire, la CPAM a invoqué l'absence de certificat médical cosigné par une équipe médicale pluridisciplinaire.

Le respect du protocole de 2009 de l'HAS, soumettant, en l'espèce, une demande d'accord préalable pour une augmentation mammaire à l'exigence de la production d'un certificat médical cosigné par un chirurgien, un endocrinologue et un psychologue, est constitutif d'une discrimination, puisqu'il est de nature à créer une inégalité de traitement en matière d'accès à la mastoplastie bilatérale en fonction de l'identité de genre.

La compatibilité des principes énoncés par le protocole de l'HAS de 2009, s'imposant aux patientes transsexuelles, doit être examinée au regard du principe de non-discrimination, tel qu'il résulte de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, laquelle prévoit, en son article 1, que « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de (...) son identité de genre, (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.* ». De même, la loi prévoit, en son article 3-2°, que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1^{er} est interdite en matière de protection sociale, de santé, d'avantages sociaux, d'éducation, d'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services.* ».

Or, le dispositif issu du protocole de 2009 entraîne une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans une situation comparable, soit une hypoplasie bilatérale sévère avec taille de bonnet inférieure à A ; en l'espèce, entre une femme transsexuelle, née de sexe masculin, et une femme cisgenre, ces dernières étant favorisées car elles n'ont pas à présenter un document médical cosigné par une équipe pluridisciplinaire (endocrinologie, psychologue et chirurgien) pour obtenir la prise en charge de leur opération d'augmentation mammaire.

Au regard de l'article 2 de la loi du 27 mai 2008, la qualification de discrimination ne peut être écartée que si la différence de traitement constatée repose sur une justification légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés.

En imposant aux femmes transsexuelles, nées de sexe masculin, la production d'un certificat médical cosigné, la CPAM applique les recommandations de l'HAS édictées en 2009 pour la prise en charge thérapeutique de la dysphorie du genre, dont le but légitime est d'assurer la protection de la santé des personnes concernées du fait de l'irréversibilité des interventions chirurgicales ou des traitements suivis.

En effet, selon les recommandations précitées, le diagnostic de dysphorie du genre est exigé en tant que diagnostic différentiel, afin de garantir aux médecins, en amont du traitement endocrinologique ou chirurgical, que la souffrance du patient ne provient pas d'autres causes.

L'exigence de ce psychodiagnostic préalable a pour finalité d'éviter que des individus qui ne sont pas véritablement transgenres s'engagent dans un traitement médical de conversion irrémédiable. Ainsi, l'HAS considère que le processus établi a pour objectif de permettre une meilleure protection des patients.

Ce document est normalement demandé aux personnes qui débutent une transition sexuelle et constitue une condition à remplir afin d'être prises en charge au titre de l'ALD HL.

En l'espèce, la différence de traitement matérialisée par l'exigence de ce document postérieurement à la réalisation du processus médical de réassignation sexuelle ne paraît ni nécessaire ni appropriée.

En premier lieu, la différence de traitement n'est pas nécessaire dès lors que le processus médical de réassignation sexuelle de la réclamante a déjà été réalisé.

Si l'exigence d'un suivi médical particulier pendant deux ans et celle de la rédaction d'un certificat co-signé par des spécialistes peut apparaître nécessaire pour les personnes qui débutent une transition sexuelle du fait de l'irréversibilité du processus, cette exigence n'a plus de sens pour une personne qui est déjà femme.

En l'espèce, cette demande aurait dû intervenir au début du protocole de soins et ne doit pas s'imposer à une personne qui a déjà suivi l'intégralité du parcours médical aboutissant à une réassignation sexuelle, qui est en ALD HL depuis plusieurs années et qui a, par ailleurs, été prise en charge par une équipe médicale tout au long de ce processus.

En second lieu, la différence de traitement n'est pas appropriée.

En effet, le stress qu'engendre la discordance entre le rôle adopté dans la société par une personne transsexuelle opérée et la condition imposée, en l'espèce, par un organisme de sécurité sociale qui refuse de prendre en charge une augmentation mammaire visant à achever sa conversion sexuelle, ne saurait être considéré comme un inconvénient mineur découlant d'une formalité. Il s'agit d'un conflit entre la réalité sociale et le droit qui place la personne transsexuelle dans une situation anormale, lui inspirant des sentiments de vulnérabilité, d'humiliation et d'anxiété.

En demandant aux personnes transsexuelles de produire un document cosigné à l'appui de la demande d'accord préalable pour une augmentation mammaire, l'assurance maladie renforce la stigmatisation des patientes transsexuelles.

En conséquence, la différence de traitement pénalisant les femmes transsexuelles, par rapport aux autres femmes nécessitant la même opération, présente un caractère discriminatoire, l'objectif pouvant être considéré comme légitime à l'engagement du processus de réassignation sexuelle mais pas à son terme. En outre, les moyens utilisés ne sont, quant à eux, ni nécessaires ni appropriés.

C. Un refus portant atteinte à la vie privée de la réclamante au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

Le refus de la CPAM de Y, qui consiste à ajouter des obstacles administratifs, rendant difficile le parachèvement de la conversion sexuelle de la réclamante, prive celle-ci de sa

reconnaissance en tant que femme. Cette dernière est alors empêchée d'être reconnue en raison de son identité de genre, ce qui constitue une atteinte à sa vie privée.

En application de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme (CEDH), « 1. *Toute personne a 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 [...]* ».

Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, notamment, dans l'arrêt du 6 avril 2017, *A. P., Nicot et Garçon c. France*, §92 « *la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (X et Y c. Pays-Bas, arrêt du 26 mars 1985, série A no 91, p. 11, § 22), mais peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (Mikulić c. Croatie, n° 53176/99, § 53, CEDH 2002-I)* ». A cet effet, depuis l'arrêt de la CEDH du 11 juillet 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, Req. n° 28957/95, la Cour souligne que l'identité sexuelle est l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu, protégée par la convention « *La dignité et la liberté de l'homme étant de l'essence même de la Convention, le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des transsexuels est garanti* » (*I. c. Royaume-Uni, § 70, et Christine Goodwin, § 90, précités* »).

L'exigence de l'organisme constitue une ingérence dans la vie privée de la réclamante dès lors que, déclarée de sexe masculin à la naissance, elle a subi une opération de conversion sexuelle et mène désormais une vie sociale de femme, est considérée de sexe féminin par la société du fait de son changement de prénom, de civilité et donc d'état civil, ainsi que de son numéro d'identification à la sécurité sociale (Numéro d'Inscription au Répertoire : NIR), et doit en conséquence pouvoir accéder à la prise en charge de sa mastoplastie, comme toute autre femme, sans avoir à apporter de justification supplémentaire.

L'ingérence dans la vie privée de la réclamante n'est fondée ni sur un texte de droit positif ni sur une jurisprudence constante, puisqu'elle résulte d'un protocole ne possédant aucune valeur normative. Dépourvue de toute base légale, elle apparaît ainsi contraire à la Convention européenne des droits de l'homme.

Ainsi, la Défenseure des droits estime que l'application des recommandations de l'HAS de 2009 qui a pour effet d'ajouter une condition supplémentaire à la délivrance d'un accord préalable à la prise en charge d'une augmentation mammaire et qui a pour conséquence de priver Madame X de soins nécessaires à l'achèvement de sa transition sexuelle porte atteinte à la vie privée de la réclamante et viole l'article 8 de la CEDH.

En considération de l'ensemble de ces éléments, la Défenseure des droits prend acte de l'avis favorable du médecin conseil national pour la prise en charge de l'acte codifié de la Classification Commune des Actes Médicaux « QEMA004 » et de la décision de la CPAM, d'accorder à Madame X la prise en charge de ses soins à la suite d'un avis rectificatif du médecin conseil de la CPAM de Y.

La Défenseur des droits recommande néanmoins :

- à la CPAM de Y de respecter la classification commune des actes médicaux (CCAM) selon laquelle l'acte médical à caractère thérapeutique (coté QEMA004) doit être pris en charge par l'assurance maladie,

- à la CNAM de donner pour instruction aux CPAM d'examiner les demandes d'accord préalable pour les prises en charge de mastoplasties d'augmentation sans tenir compte des

dispositions du protocole de la Haute autorité de santé (HAS) élaboré en 1989 par le conseil national de la Haute autorité de santé, et repris dans son rapport du mois de novembre de 2009, intitulé « *situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge du transsexualisme en France* » ,

- à la CNAM d'assurer la prise en charge effective et systématique des opérations chirurgicales des personnes en transition sexuelle.

La Défenseure des droits demande à la CNAM de le tenir informée des suites données à ces recommandations, dans un délai de deux mois à compter de la réception de la présente décision.

Claire HÉDON