

Paris, le 15 avril 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-087

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 l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant disposition statutaire relatives à la fonction publique de l'État ;

Vu 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 ;

Saisie par Madame X d'une réclamation relative au refus de prise en charge d'une chirurgie mammaire qu'elle estime constitutif d'une discrimination en raison de son identité de genre ;

Décide de recommander à la mutuelle Y :

- d'assurer la prise en charge effective de la chirurgie mammaire de l'intéressée ;

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

La Défenseure des droits demande à la mutuelle Y de rendre compte des suites données à ces recommandation dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X, souffrant d'une dysphorie de genre et bénéficiant d'une prise en charge au titre d'une affection de longue durée hors liste (ALD-HL), d'une réclamation relative à la prise en charge d'une chirurgie mammaire.

FAITS ET PROCÉDURE

Madame X est adjointe administrative au sein du ministère de l'Intérieur.

Madame X souffre d'une dysphorie de genre pour laquelle elle est traitée depuis 2015 et bénéficie, dans ce cadre, d'une prise en charge au titre d'une ALD-HL jusqu'au 29 novembre 2021.

À la demande de son organisme de mutuelle, la mutuelle Y, agissant en tant que centre payeur pour la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM), la réclamante lui a adressé, le 30 novembre 2017, une demande d'entente préalable pour la prise en charge d'une chirurgie mammaire et ce afin d'achever sa transition sexuelle.

Par un courrier, en date du 1^{er} décembre 2017, la CPAM de Z a informé Madame X qu'un avis défavorable avait été émis à sa demande, au motif que celle-ci n'attestait pas du suivi d'au moins deux ans par une équipe spécialisée.

Par un courrier du 16 mars 2018 de la CPAM de Z, suivi d'un courrier du 26 mars suivant de la mutuelle Y, Madame X a été informée du rejet de sa demande au motif que celle-ci ne contenait pas le certificat co-signé par une équipe spécialisée.

Madame X a alors présenté une nouvelle demande d'entente préalable le 11 juillet 2018. Le docteur A qui suit Madame X précisait, aux termes de ce formulaire : « *Pose d'implants mammaires pour mastoplastie d'augmentation dans le cadre d'une transformation Mtf. Parcours de soins POK, Gretis OK, Avis favorable du Professeur B* ».

Par un courrier du 11 décembre 2018, la mutuelle Y a opposé un refus à la demande d'entente préalable, selon le motif suivant : « *La cotation n'est pas conforme à la classification des actes médicaux (CCAM)* ».

Madame X a alors saisi la Commission de recours amiable en vue d'obtenir l'annulation de cette décision et accord sur la demande d'entente préalable.

Par courrier, du 10 octobre 2019, la commission de recours amiable de la CPAM de Z, ayant reçu délégation de la décision et de notification par le conseil de la caisse primaire, a indiqué maintenir l'avis défavorable au motif que l'intéressée ne fournissait toujours pas le certificat co-signé des spécialistes attestant de son suivi de plus de deux ans et d'aucune contre-indication pour l'intervention.

Un recours est pendu devant le tribunal de grande instance de C contre la décision de rejet de la Commission de recours amiable de la CPAM de Z refusant sa demande d'entente préalable.

Par un courrier en date du 15 février 2019, le Défenseur des droits a demandé un réexamen en droit de la situation de Madame X.

Les services du Défenseur des droits, par courrier du 26 juin 2020, ont adressé à la mutuelle 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 pouvait être de nature à constituer une discrimination prohibée par la loi et porter atteinte à ses droits fondamentaux.

En dépit de plusieurs courriers qui ont été adressés à la mutuelle Y, cet organisme n'a pas répondu au Défenseur des droits.

ANALYSE JURIDIQUE

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

- 1) 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 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 suivant :

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

En l'espèce, 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 Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM), précise les conditions de prise en charge de l'acte QEMA004.

Par un arrêt en date du 27 janvier 2004, (n° 02-30613), la 2^{ème} chambre sociale 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, un jugement du TASS de Quimper (n° 248-18, 21 mai 2018) considère « *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 commission de recours amiable de la CPAM, de la chirurgie mammaire de la réclamante n'apparaît pas juridiquement fondé.

2) Un parcours médical thérapeutique offrant des garanties.

Le refus de la demande d'accord préalable de la commission de recours amiable 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 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* ».

Ce protocole de 1989 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* ».

Au demeurant, et en tout état de cause, la mastoplastie bilatérale d'augmentation (cotée QEMA004) figure bien dans la nomenclature générale des actes professionnels pris en charge par l'Assurance maladie et, en l'espèce, le caractère thérapeutique de cet acte ne peut être sujet à discussion. Il ressort du reste des éléments versés au dossier que Madame X est suivie par plusieurs médecins dans le cadre du traitement de sa dysphorie de genre et

que le Docteur D, psychiatre, atteste avoir rencontré la réclamante à deux reprises les 23 novembre 2016 et 5 janvier 2018.

De plus, l'intéressée présente plusieurs attestations, en date des 31 janvier et 11 avril 2018, du professeur B, endocrinologue, qui déclare qu'elle est porteuse d'un transsexualisme MTF, qu'elle suit actuellement un traitement hormonal depuis deux ans, et que celui-ci est bien suivi.

Madame X présente également un certificat médical du docteur F, endocrinologue, en date du 29 janvier 2018, qui indique prendre en charge Madame X depuis 2015 pour son transsexualisme.

Enfin, la réclamante a subi le 8 juin 2018 diverses interventions de chirurgie plastique et de chirurgie maxillo-faciale dans le cadre de la prise en charge de sa dysphorie de genre. Elle a également rencontré en juin 2018 le Docteur G, urologue, afin d'envisager une vaginoplastie.

L'ensemble de ces éléments permet donc de mettre en évidence que le parcours médical de la réclamante offre toutes les garanties d'un suivi thérapeutique sérieux et documenté, analogue à celui exigé par la CPAM dans sa durée et dans son processus, à supposer que ce dernier soit légal.

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

Pour refuser à Madame X sa demande d'accord préalable pour la prise en charge d'une augmentation mammaire, la commission de recours amiable de la CPAM lui a reproché de ne pas avoir produit un 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 à son article 3-2° que *« toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er 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 ; en l'espèce une femme transsexuelle née de sexe masculin et une femme cisgenre née de sexe féminin, 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 endocrinologie 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 ainsi 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, Madame X est prise en charge au titre d'une ALD HL à la suite d'un diagnostic de dysphonie de genre.

La différence de traitement matérialisée par l'exigence d'un document spécifique co-signé ne paraît ainsi 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 peuvent apparaître nécessaires pour les personnes qui débutent une transition sexuelle du fait de l'irréversibilité du processus, cette exigence paraît dépourvue de pertinence lorsque la personne a déjà changé de sexe.

En l'espèce, cette demande aurait dû intervenir au début du protocole de soins et ne paraît pas devoir 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 leur 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 ayant pu 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

Le refus de la commission de recours amiable de la CPAM de Z, qui consiste à ajouter des obstacles administratifs rendant difficile la conversion sexuelle de la réclamante, prive Madame X 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 de la CEDH 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*, no 53176/99, § 53, CEDH 2002-I) ». A cet effet, depuis l'arrêt de la CEDH 11 juillet 2002 *Goodwin c/ Royaume-Uni*, Req. n°28957/95, la Cour souligne que l'identité sexuelle est un des aspects les plus intimes de la vie privée de l'individu, protégé 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 entamé un parcours 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 la 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.

Au regard de ces éléments, la Défenseure des droits estime que le refus de prise en charge de sa mastoplastie opposé à Mme X constitue une discrimination fondée sur son identité de genre et une atteinte à son droit à la vie privée et familiale.

En conséquence, elle recommande à la mutuelle Y :

- d'assurer la prise en charge effective de la chirurgie mammaire de l'intéressée,
- d'assurer la prise en charge effective et systématique des opérations chirurgicales des personnes en transition sexuelle.

La Défenseure des droits demande à la mutuelle Y de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de deux mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON