RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1107/2004 **ATAS/563/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 15 juin 2005

En la cause

Madame B_____, à Carouge, comparant par Me Mauro POGGIA, en l'Etude duquel elle élit domicile	recourante

contre

FUTURA ASSURANCES, 5, rue du Nord, 1020 Martigny	intimée

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Karine STECK et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Madame B_____, née en 1969, est assurée au titre de l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie auprès de FUTURA ASSURANCES (ci-après FUTURA).

2. L'assurée est porteuse d'une granulomatose septique chronique, maladie génétique héréditaire qui atteint les défenses immunitaires. Cette maladie ne se développe que chez les porteurs mâles et se transmet par les porteurs de sexe féminin. Le frère de l'assurée, Monsieur C_____, né en 1981, est atteint de cette maladie qui a été transmise par la mère.

3. L'assurée a donné naissance à un premier garçon qui n'a pas développé la maladie. Un test prénatal n'avait pu être effectué à l'époque, vu les risques élevés de fausse couche. Compte tenu de l'existence d'un nouveau test génétique prénatal sans risque, l'assurée attendit un nouvel enfant en 1999. L'enfant à naître étant de sexe masculin, le test prénatal fut effectué et le prélèvement envoyé à l'Institut de génétique médicale de l'Université de Zurich. Le rapport dudit Institut concluait qu'il était improbable que l'enfant soit atteint d'une granulomatose héréditaire du chromosome X, mais demandait qu'à la naissance de l'enfant un nouveau prélèvement de sang lui soit envoyé afin de vérifier le diagnostic. Ce rapport ne fut porté à la connaissance des parents qu'après la naissance de l'enfant.

4. Le 16 décembre 1999, la Division de génétique des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) informèrent les époux B_____ que l'enfant à naître était sain, de sorte que ces derniers renoncèrent à une interruption de grossesse. L'enfant N., né en mai 2000, a dû être hospitalisé à l'Hôpital des enfants du 28 mai 2000 au 13 septembre 2000 ; les divers tests pratiqués ont permis de poser le diagnostic de maladie granulomateuse chronique. Les parents sont en litige avec les HUG et leur assureur civil.

5. Les époux souhaitent un troisième enfant et se trouvent devant l'alternative suivante : soit interrompre systématiquement la grossesse lorsque l'embryon est de sexe masculin, soit faire procéder à une sélection pré-implantatoire des embryons pour éliminer tout embryon mâle.

6. L'assurée a sollicité de son assurance le formulaire administratif E112, la technique du diagnostic pré-implantatoire (DPI) ne pouvant être pratiquée en Suisse.

7. Le 5 août 2003, FUTURA a refusé de le délivrer, au motif que le traitement envisagé ne relevait pas des prestations générales en cas de maladie décrites à l'art. 25 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie.

8. Le 5 septembre 2003, le conseil de l'assurée a formé opposition. Il a requis la délivrance, sans délai, du formulaire requis ou, à défaut, a invité FUTURA a rendre une décision motivée.

9. Par décision du 17 octobre 2003, FUTURA a refusé de délivrer le formulaire E 112, au motif que les deux conditions du traitement volontaire à l'étranger selon l'art. 22 al. 1 let. c du Règlement CEE no.1408/71, à savoir que la prestation fasse partie du catalogue des prestations de l'institution du lieu de résidence et qu'elle ne soit pas immédiatement disponible dans le pays de résidence, n'étaient pas remplies. La prestation ne figure pas dans la liste prévue par l'ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins et l'implantation est tout à fait réalisable en Suisse.

10. L'opposition formée par l'assurée a été rejetée par décision de la FUTURA du 23 avril 2004.

11. Par l'intermédiaire de son mandataire, l'assurée a interjeté recours en date du 24 mai 2004. Elle fait valoir que l'absence de toute référence au diagnostic pré-implantatoire et à la sélection des embryons en fonction du sexe, lorsque ce critère permet d'éviter la transmission d'une maladie génétique grave, sur la liste de l'OPAS constitue une lacune et viole les principes de prévention, d'efficacité, d'adéquation et d'économicité prévus par la LAMAL. Elle soutient qu'il est contraire à la Constitution fédérale et à la Convention européenne des Droits de l'Homme de la contraindre à ne plus avoir d'enfants ou à procéder à des interruptions de grossesse à répétition. Il appartenait ainsi au Conseil fédéral de faire figurer ce type de sélection embryonnaire dans la liste des prestations obligatoirement à charge de l'assurance de base. La technique n'étant pas praticable à l'heure actuelle en Suisse, elle n'a d'autre choix que de se rendre à l'étranger. Elle considère qu'il y a là une lacune que le Tribunal de céans doit combler.

12. Dans sa réponse du 10 août 2004, FUTURA se réfère à l'avis de son médecin-conseil, selon lequel la prestation demandée par l'assurée est un diagnostic pré-implantatoire, à savoir de déterminer le sexe de l'embryon, de sélectionner l'embryon de sexe féminin dans le but de l'implanter. Il s'agit d'une fécondation in vitro et transfert d'embryon (FIVETE) à but diagnostic. Or, la fécondation in vitro à des fins diagnostiques en cas de stérilité, de même que la fécondation in vitro et transfert d'embryon (FIVETE) ne sont pas à la charge de l'assurance obligatoire des soins, ce que le Tribunal fédéral des assurances a confirmé. L'assureur conclut au rejet du recours, relevant au surplus qu'il n'y a pas de place pour substituer une autre appréciation à celle de l'autorité compétente qui s'est fondée sur l'avis de spécialistes.

13. Dans sa réplique, l'assurée soutient qu'il convient d'examiner son cas sous l'angle du respect de ses droits constitutionnels à opter pour une mesure d'un coût inférieur à celle qui serait obligatoirement à charge de la LAMal.

14. FUTURA a persisté dans ses conclusions, rappelant que dans le système de la liste, le juge n'a pas la possibilité d'en étendre le contenu par un raisonnement analogique.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 4 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2003 - LPGA).

4. Conformément à l'art. 24 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux art. 25 à 31 en tenant compte des conditions des art. 32 à 34.

   L'art. 25 al. 1 LAMal dispose que l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Ces prestations comprennent notamment les examens, traitements, analyses et moyens et appareils diagnostiques prescrits par un médecin et dispensés sous forme ambulatoire, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier, ou encore dans un établissement médico-social (al. 2). Selon l'art. 26 LAMal, l'assurance

obligatoire des soins prend en charge les coûts de certains examens destinés à détecter à temps les maladies ainsi que des mesures préventives en faveur d'assurés particulièrement menacés. Ces examens ou mesures préventives sont effectués ou prescrits par un médecin. Les prestations mentionnées aux art. 25 et 26 LAMal doivent être efficaces, appropriées et économiques ; l'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques (art. 32 al. 1 LAMal).

Aux termes de l'art. 33 LAMal, le Conseil fédéral peut désigner les prestations fournies par un médecin ou un chiropraticien dont les coûts ne sont pas pris en charge par l'assurance obligatoire des soins ou le sont à certaines conditions. Il désigne en détail les autres prestations prévues à l'art. 25 al. 2. Il détermine dans quelle mesure l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts d'une prestation, nouvelle ou controversée, dont l'efficacité, l'adéquation ou le caractère économique sont en cours d'évaluation. Il nomme des commissions qui le conseillent afin de désigner les prestations. Il incombe ainsi au Conseil fédéral de dresser une liste « négative » des prestations qui ne répondent pas à ces critères ou qui n'y répondraient que partiellement ou sous condition. Le Conseil fédéral a délégué ses compétences au Département fédéral de l'intérieur - DFI (art. 33 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 - OAMal), lequel a édicté l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 20 septembre 1995 (OPAS).

5. En l'espèce, la recourante a demandé la prise en charge d'un diagnostic pré-implantatoire (DPI) à l'étranger. Le DPI est une procédure qui permet de diagnostiquer une maladie génétique en analysant des embryons, obtenus par fécondation in vitro (FIV). Cette technique consiste dans le cas de l'assurée à sélectionner un embryon de sexe féminin et à le réimplanter ensuite, dans le but d'éviter qu'elle transmette à un embryon de sexe masculin la maladie génétique grave (granulomatose septique chronique) dont elle est porteuse. Il s'agit d'une FIVETE à but diagnostic.

   Dans un arrêt de principe (ATF 125 V 21), le TFA a jugé que la FIVETE n'était pas une mesure obligatoirement à la charge de l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal.

   En effet, selon l'art. 1 OPAS, la liste « négative » des prestations, soit celles qui ne sont pas prise en charge par l'assurance-maladie ou ne le sont que sous condition, figure à l'annexe 1. Or, le chiffre 3 de l'annexe 1 de l'OPAS mentionne expressément que la fécondation in vitro à des fins diagnostiques en cas de stérilité ainsi que la fécondation in vitro et transfert d'embryon (FIVETE) ne sont pas à la charge de l'assurance obligatoire des soins, selon décisions des 28.8.1986/1.4.1994. La révision de l'OPAS et son annexe, selon la novelle du 9 juillet 2001 (RO 2001 2150), n'a apporté aucune modification à cet égard.

Appelé à trancher un cas d'application, le juge est certes habilité à se prononcer sur la conformité à la loi et à la Constitution d'une liste de maladies à prendre en considération ou de prestations. Néanmoins, il s'impose une grande retenue dans cet examen, dès lors que l'ordonnance, souvent révisée, peut être corrigée à bref délai (ATF 124 V 195 consid. 6). D'autre part, dans le système de la liste, le juge n'a pas la possibilité d'en étendre le complément par un raisonnement analogique (cf. RAMA 1988 no U 61 p. 449 consid. 1 ; MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 50 ss). Un complément reste en revanche possible, lorsque l'énumération donnée par la liste n'est pas exhaustive. Le TFA a ainsi considéré que la sécurité du droit, de même que l'égalité de traitement postulent que l'annexe 1 à l'OPAS vaut comme liste complète des prestations non couvertes, du moins jusqu'à preuve concrète d'une lacune de la liste (EUGSTER, Krankenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [BVR], ch. 197). Il n'y a en principe plus de place pour un examen mené en parallèle par la voie judiciaire lorsque se pose la question des conditions d'admission dans des domaines complexes.

Quelles que soient les raisons qui ont poussé les auteurs de l'ordonnance à ne pas inclure la FIVETE parmi les mesures ou traitements à charge de l'assurance obligatoire des soins, le TFA a jugé que cette solution ne sortait pas du cadre de la délégation du législateur et n'était pas contraire à l'art. 9 Cst.

6. Les arguments de la recourante ne sont pas susceptibles de remettre en cause la jurisprudence du TFA, qu'il a, depuis lors, confirmée (cf. ATFA du 4 juillet 2003, cause K 117/02 ; ATFA du 2 mars 2005, cause K 107/03). En particulier, l'argumentation selon laquelle la FIVETE répondrait aux critères de l'art. 32 al. 1 LAMal (efficacité, adéquation et caractère économique) n'est pas déterminante. Contrairement au système en vigueur sous l'empire de la LAMA, l'examen par le juge, lorsque la matière est réglée par ordonnance et selon un système de listes, le limite au contrôle de la constitutionnalité et de la légalité. Or, le Conseil fédéral et le DFI ont fait un usage régulier de la compétence que leur confère la loi si bien qu'il n'y a pas place pour substituer une autre appréciation à celle de l'autorité compétente qui s'est fondée, au demeurant, sur l'avis de spécialistes (cf. ATFA K 117/02, consid. 4).

L'assurée soutient encore qu'il serait contraire à la Constitution fédérale et à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) de la contraindre, ainsi que son mari, à ne plus concevoir d'enfants ou de l'obliger à procéder à des interruptions de grossesse à répétition en présence d'embryons de sexe masculin, ce qui constituerait une atteinte inadmissible à sa liberté personnelle et à son intégrité corporelle.

Dans son arrêt du 2 mars 2005 /K 107/03) le TFA a certes admis que le désir d'avoir des enfants fait partie des biens juridiques protégés par la Constitution

fédérale, en particulier sous l'angle du droit à la liberté personnelle (Jean-François AUBERT/Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Schulthess 2003, ad. art. 10 n. 1). C'est pourquoi le Tribunal fédéral avait déclaré contraires à la liberté personnelle des dispositions cantonales qui prévoyaient une interdiction générale de la méthode de la FIVETE (ATF 119 Ia 460 et 115 Ia 234). D'ailleurs, la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), entrée en vigueur le 1er janvier 2001, mentionne la FIVETE au chapitre des mesures de procréation médicalement assistée (art. 2 let. a LPMA). Toutefois, la LPMA définit uniquement les conditions de la pratique de la procréation médicalement assistée des êtres humains en Suisse et vise à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et à interdire l'application abusive de la biotechnologie et du génie génétique (art. 1 LPMA). Cela ne signifie pas pour autant la reconnaissance par le législateur fédéral de la méthode de la FIVETE comme un traitement à charge de l'assurance sociale. La recourante ne saurait en effet, en invoquant ses droits fondamentaux, faire valoir directement un droit à des prestations de l'Etat, et de l'assurance sociale notamment (ATF 113 V 31 consid. 4d ; Gabrielle STEFFEN, Droit aux soins et rationnement, thèse, Berne 2002, p. 84 ss).

Le recours, mal fondé, doit être rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier:	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le