

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3377/2015

ATAS/167/2016

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 2 mars 2016

4^{ème} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée c/o Monsieur A_____, à
GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de
Maître Guillaume MARTIN-CHICO

recourante

contre

SWICA ASSURANCE-MALADIE SA, sise Römerstrasse 38,
WINTERTHUR, représenté par SWICA ASSURANCE-
MALADIE SA, Direction régionale de Lausanne

intimée

**Siégeant : Juliana BALDÉ, Présidente; Dana DORDEA et Christine LUZZATTO,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après l'assurée ou la recourante) est assurée auprès de Swica organisation de santé pour l'assurance obligatoire des soins standard avec une franchise annuelle de CHF 500.- ainsi que pour des assurances complémentaires Completa top, Completa praeventa et Hospita demi-privée.
2. Par courrier du 30 juin 2011, le docteur B_____, spécialiste FMH en chirurgie plastique, esthétique et reconstructive, a adressé une demande au médecin-conseil de Swica assurance, le docteur C_____, visant à la prise en charge d'une réduction mammaire au motif que l'assurée présentait des douleurs dorsales régulièrement et qu'elle était gênée dans son emploi de manucure-pédicure.
3. Par courrier du 11 juillet 2011, Swica a communiqué à l'assurée son refus de prise en charge de cette intervention chirurgicale, se basant sur le préavis négatif de son médecin-conseil.
4. Le 16 octobre 2012, le docteur D_____, spécialiste FMH en médecine interne, maladies rhumatismales, a adressé une même demande au médecin-conseil de Swica, refusée par l'assureur le 20 novembre 2012, sur la base du préavis négatif de son médecin-conseil.
5. Par fax du 11 novembre 2013, la clinique générale Beaulieu a adressé à Swica une demande de garantie d'hospitalisation pour un séjour de deux jours en chambre privée, en division chirurgie plastique.
6. Par courrier du 12 novembre 2013, Swica a informé la clinique qu'elle était dans l'attente d'informations supplémentaires et qu'il ne lui était pas possible de garantir la prise en charge de ce séjour.
7. Par courrier du 18 novembre 2013 à l'attention du médecin-conseil, la doctoresse E_____, spécialiste FMH en chirurgie plastique, reconstructive et esthétique, a exposé que l'assurée était connue pour une hypertrophie mammaire invalidante depuis l'adolescence, accompagnée de douleurs dorsolombaires et de macération dans les plis. Depuis environ plus de trois ans, elle présentait également une hernie discale L3-L4 qui s'était décompensée avec plusieurs épisodes aigus déficitaires au cours des années. Les multiples traitements de physiothérapie durant plusieurs années n'avaient que partiellement amélioré les symptômes et ce de manière transitoire. La praticienne expliquait avoir opéré la patiente le 25 octobre 2013 d'une réduction mammaire bilatérale, car la symptomatologie douloureuse avait augmenté et elle présentait aussi des douleurs mammaires bilatérales. L'intervention s'était très bien déroulée et la plus grande partie des symptômes douloureux s'étaient améliorés très rapidement. Les résultats pathologiques montraient une maladie fibrokystique mammaire bilatérale, heureusement sans élément suspect de malignité. L'examen clinique préopératoire montrait une patiente en très bon état général. La Dresse E_____ a conclu que l'assurance-maladie devrait prendre en charge le traitement chirurgical de réduction mammaire qui était médicalement pleinement justifié.

8. Après avoir requis des renseignements complémentaires et consulté le rapport du laboratoire qui a effectué les analyses anatomopathologiques, le médecin-conseil n'a pas modifié sa position.
9. Le 3 février 2014, Swica a informé la Dresse E_____ que son médecin-conseil ne modifiait pas son préavis donné antérieurement. Le mandataire de l'assurée ayant sollicité une décision formelle, Swica, par décision du 21 mai 2015, a refusé la prise en charge de la réduction mammaire effectuée le 25 octobre 2013, se référant à la jurisprudence et soulignant que le poids du matériel réséqué était inférieur à 500 grammes par côté.
10. L'assurée a formé opposition en date du 18 juin 2015, motif pris qu'elle présentait une hypertrophie mammaire qui avait engendré des douleurs et des tensions au niveau de la nuque, mais aussi des déformations de la colonne vertébrale, des douleurs des épaules provoquées par les bretelles de soutien-gorge et un intertrigo des plis sous-mammaires. En l'occurrence, elle a fait l'objet d'une réduction des tissus mammaires de 470 grammes de chaque côté ce qui se situe aux environs des 500 grammes admis par la jurisprudence, qui est une valeur indicative et non pas une limite fixe. S'agissant du critère fondé sur l'indice de masse corporelle (IMC ou BMI), il n'est pas pertinent en l'occurrence, dès lors que son IMC est de 20,8, soit nettement inférieur à 25. En ce qui concerne l'efficacité et l'adéquation, l'intervention chirurgicale s'est très bien déroulée et les symptômes douloureux ont quasiment disparu. L'assurée a rappelé qu'elle avait dû subir de multiples traitements de physiothérapie durant plusieurs années qui n'avaient pas amélioré les symptômes de la maladie. Elle conclut à l'annulation de la décision et la prise en charge du montant total des frais à hauteur de CHF 21'530.15.
11. Par décision du 18 août 2015, Swica assurance-maladie SA (ci-après l'intimée) a rejeté l'opposition de l'assurée, motif pris qu'au moment de la demande de prise en charge de la réduction mammaire en octobre 2013, la recourante avait un BMI de 20,8 kg/m³ et que selon le rapport de laboratoire du 10 décembre 2013, 418 grammes de tissus ont été enlevés au sein droit et 478 grammes au sein gauche. Ainsi sous l'angle de la masse minimale de tissus à enlever, les conditions de la prise en charge n'étaient pas réunies. S'agissant des troubles qui sont dus ou étaient dus selon le degré de vraisemblance prépondérant à l'hypertrophie mammaire, l'intimé relève que les douleurs étaient localisées dans la région lombaire et qu'une hernie discale en était la cause, ce qui n'avait rien à voir avec l'hypertrophie mammaire. De plus, seul un traitement modéré, à savoir une série de séances de physiothérapie a été nécessaire. Enfin la recourante n'est plus manucure-pédicure, mais elle s'est mise à son compte en constituant une société de conciergerie privée.
12. Par l'intermédiaire de son mandataire, l'assurée interjette recours par acte du 25 septembre 2015, posté le 27 septembre. Elle conteste la décision de l'intimée, rappelant que la réduction des tissus mammaires de 500 grammes des deux côtés constitue une valeur indicative et non pas une limite fixe. Une indication médicale à une intervention est admise à partir du moment où une réduction de poids d'environ

500 grammes ou plus de chaque côté est envisagée ou exécutée. Si cette limite n'est pas atteinte, seules des circonstances particulières permettent de considérer selon la règle de la vraisemblance prépondérante, que les troubles physiques et psychiques provoqués par l'hypertrophie mammaire doivent être considérés comme relevant de la maladie. La recourante soutient que tel est son cas, dans la mesure où elle a fait l'objet d'une réduction des tissus mammaire de 418 grammes à droite et de 478 grammes à gauche, de sorte que la réduction mammaire est très proche de la valeur indicative fixée par la jurisprudence. S'agissant des douleurs imputables à l'hypertrophie mammaire, elle soutient qu'il s'agit principalement de douleurs et de tensions au niveau de la nuque, de douleurs dorsolombaires, de macération dans les plis. Elle présente également une hernie discale L3-L4 qui s'est décompensée avec plusieurs épisodes aigus déficitaires. Par conséquent c'est bien constitutif d'une maladie qui porte atteinte à la santé. La recourante ajoute qu'elle présente une absence d'adiposité dans la mesure où son IMC est inférieur à 25. Elle considère que les critères de l'efficacité et de l'adéquation de l'intervention chirurgicale sont démontrés, dans la mesure où ladite intervention s'est non seulement bien déroulée, mais surtout que les symptômes douloureux ont quasiment disparu. Elle conclut à l'annulation de la décision litigieuse et à ce que l'intimée soit condamné à lui rembourser la somme de CHF 20'305.15.

13. Dans sa réponse du 23 octobre 2015, l'intimée relève préalablement que la recourante interjette un recours contre Swica assurance alors que l'assureur responsable est Swica assurance-maladie SA de sorte que son recours devrait être déclaré irrecevable. Ensuite, elle relève que sa décision sur opposition du 18 août 2015 n'a pas été retirée auprès de la poste et que le délai de garde de sept jours était arrivé à échéance le 25 août 2015. Par conséquent, le délai de trente jours était échu le 24 septembre 2015. Il s'ensuit que le recours de l'assurée, posté le 27 septembre 2015, est manifestement tardif. Sur le fond, l'intimée conclut au rejet du recours, les conditions légales n'étant pas réunies pour la prise en charge de cette réduction mammaire. Pour le surplus, l'intimée a constaté qu'elle s'est acquittée à tort au titre de l'assurance obligatoire des soins d'une facture de la Dresse E_____ de CHF 1'689.35 en rapport direct avec l'intervention du 25 octobre 2013. Elle en réclame par conséquent, reconventionnellement, la restitution du montant de CHF 1'520.45. Enfin, elle relève que la recourante n'a pas déposé de demande au titre de la LCA, au motif sans doute qu'elle n'aurait de toute façon droit à aucune prestation au titre des assurances complémentaires, celles-ci étant suspendues pour non-paiement des primes à la date de l'intervention, suite à une sommation du 16 septembre 2015. Par conséquent, Swica assurance SA et Swica assurance-maladie SA concluent au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable et, reconventionnellement, à la condamnation de la recourante à lui rembourser le montant de CHF 1'520.45.
14. Invitée à se déterminer, la recourante n'a pas déposé d'observations dans le délai imparti.

15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 4 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10).

Préalablement, la chambre de céans relève que la recourante est assurée auprès de l'intimée également pour l'assurance obligatoire des soins et qu'à teneur de la décision querellée, l'intimée a rendu une décision fondée sur la LAMal, contrairement à ce qu'il semble soutenir dans sa réponse.

Par conséquent, la compétence de la chambre de céans pour juger du cas d'espèce au sens des articles 134 al. 1 let. a ch. 4 LPJ et 56 LPGA est établie.

Pour le surplus, il convient de rappeler que pour ce qui concerne les assurances complémentaires, les assureurs ne rendent pas de décision et qu'il appartient aux assurés d'agir par voie d'action auprès du tribunal compétent. La « demande reconventionnelle » de l'intimée n'a ainsi pas d'objet dans le cadre de la présente procédure.

2. a) Les décisions sur opposition peuvent faire l'objet d'un recours dans le délai de 30 jours dès la notification de la décision (art. 56 al. 1 et 60 al. 1 LPGA).

En l'espèce, la décision notifiée au mandataire de la recourante par pli recommandé du 18 août 2015 a été retournée à l'expéditeur avec la mention « non réclamé ». Elle a été renvoyée au mandataire par pli simple le 3 septembre 2015.

L'art. 38 al. 2bis LPGA (applicable selon l'art. 55 al. 2 LPGA), dispose qu'une communication qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution. Il s'agit d'une fiction légale qui n'est pas influencée par le délai de retrait fixé par la poste: que ce délai soit plus long ou ait été prolongé ne modifie pas l'échéance légale des sept jours (voir Yves DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, commentaire, n. 1089 ad art. 44 et la référence sous note n° 2553). La notification est censée avoir eu lieu le septième jour du délai de garde, quand bien même il ne s'agirait pas d'un jour ouvrable (cf. arrêt du tribunal fédéral 9C_657/2008 du 9 décembre 2008 ; ATF 127 I 31 consid. 2b p. 34 s.; Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, Basler Kommentar, n. 34 ad art. 44). Le jour de l'échec de la notification est pris en compte dans le calcul du délai de garde (Yves DONZALLAZ, op. cit., n. 1113 ad art. 44).

Il ressort du suivi des envois recommandés de la poste que l'avis de retrait du pli recommandé a été déposé le 19 août 2015, de sorte que le délai de garde de sept jours est arrivé à échéance le 26 août 2015. Le délai de recours a ainsi commencé à courir le 27 août et est parvenu à échéance le vendredi 25 septembre 2015. Or, en l'occurrence, le recours, daté du 25 septembre, a été posté par pli recommandé le lundi 27 septembre 2015, soit hors du délai légal.

b) Selon l'art. 41 LPGA, si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les 30 jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis.

La chambre de céans constate que le mandataire de la recourante n'a fait valoir aucun motif de restitution du délai de recours.

3. Au vu de ce qui précède, le recours est irrecevable.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA ; art. 89H de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10)

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

1. Déclare le recours irrecevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
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 la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDÉ

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