

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/629/2006

ATAS/1076/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 30 novembre 2006

En la cause

Madame C_____, domiciliée , à ATHENAZ (AVUSY),
représentée par Maître Cornélia TINGUELY du GROUPE SIDA
GENEVE,

recourante

contre

PROVITA ASSURANCE MALADIE, sise Brunngasse 4
à WINTERTHUR

intimée

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Madame C _____, née le 1973, est assurée auprès de PROVITA ASSURANCE MALADIE (ci-après l'assurance) au titre de l'assurance-maladie obligatoire selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal).

Son médecin traitant, le Dr A _____, a déposé pour elle une demande le 11 mars 2005 visant à obtenir la prise en charge d'un traitement chirurgical de l'adiposité "en raison du facteur de risque que représente son obésité pour sa santé future notamment au point de vue cardio-vasculaire et après avoir épuisé les traitements comportementaux". Il est précisé que son poids est de 107 kg pour 162 cm.

2. Le 25 avril 2005, l'assurance a rejeté la demande, au motif que les conditions de l'art. 1.1, de l'annexe 1 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance de soins (OPAS) de la LAMal n'étaient pas remplies. L'assurance a confirmé sa position le 30 mai 2005.

3. L'assurée, représentée par le GROUPE SIDA GENEVE, a formé opposition le 28 juin 2005 contre le refus de prise en charge de l'intervention chirurgicale.

Par courrier du 15 août 2005, l'assurance a requis de l'assurée des informations supplémentaires sur la date, le lieu et le genre de l'intervention envisagée. Les 4 octobre, 14 novembre et 15 décembre 2005, l'assurée y a partiellement répondu.

4. Par décision sur opposition du 17 janvier 2006, l'assurance a confirmé son refus. Elle s'est fondée sur l'avis de son médecin conseil, selon lequel les conditions décrites aux lettres e, voire d de l'art. 1.1 de l'annexe 1 OPAS ne sont pas réalisées.

5. L'assurée a interjeté recours le 20 février 2006 contre ladite décision sur opposition. Elle rappelle qu'elle a poursuivi assidûment divers régimes, et consulté plusieurs médecins, une diététicienne et une nutritionniste, qu'elle présente un BMI de 40,8 kg/ m², et qu'elle souffre d'une stérilité avec hyperandrogénisme selon analyses effectuées le 27 juin 2005 auprès du laboratoire bioanalytique Riotton.

Elle précise qu'elle a dûment informé l'assurance par courrier du 6 février 2006 que le médecin qui aurait dû procéder à l'intervention était décédé, qu'elle avait dès lors consulté un autre chirurgien, le Dr B _____, lequel préconisait une intervention chirurgicale différente, soit un "By Pass" au lieu de la pose d'un anneau gastrique, afin d'éviter tout risque de nécrose. Elle considère que les conditions prévues à l'art. 1.1. sont réalisées. S'agissant plus particulièrement de la lettre d, elle précise que les différents traitements qu'elle a suivis lui ont permis de perdre du poids, à certaines reprises plus de 16%, mais que cette perte pondérale n'a pas été

maintenue au-delà de quelques mois, à telle enseigne qu'elle a même repris plus de kilogrammes qu'elle n'en avait perdus.

6. Dans sa réponse du 21 mars 2006, l'assurance fait état de ce qu'elle avait demandé par courriers des 15 août et 6 décembre 2005 des renseignements complémentaires à l'assurée, en vain. Elle considère ainsi qu'il serait irrecevable du point de vue de la procédure de tenir compte de documents fournis ultérieurement à sa décision sur opposition du 17 janvier 2006. Selon elle, la preuve d'un traitement médical ininterrompu de deux ans dans le but d'une perte de poids et de l'absence de résultat positif, ainsi que d'une stérilité en relation avec un hyperandrogénisme n'a pas été apportée, les résultats du laboratoire bioanalytique Riotton, ainsi que le rapport de la Dresse C_____ n'ayant pas été produits en temps utile.

Dans son certificat du 17 février 2006, la Dresse C_____ avait posé le diagnostic de stérilité avec hyperandrogénisme et ovaires polykystiques.

7. Le 24 avril 2006, l'assurée déclare qu'elle avait informé l'assurance qu'elle produirait dès réception le résultat des analyses effectuées par la Dresse C_____. Elle fait par ailleurs valoir que la lettre d de l'art. 1.1. a une nouvelle teneur applicable depuis le 1^{er} janvier 2005. La condition d'un traitement ininterrompu de deux ans a été remplacée par "un traitement amaigrissant dont la durée totale est d'au moins deux ans". L'assurée précise enfin que l'intervention envisagée se déroulera à l'Hôpital cantonal de Genève et que les coûts seront limités au minimum.
8. Dans sa duplique du 12 mai 2006, l'assurance persiste à considérer que la production ultérieure des documents manquants dans le cadre de la procédure de recours doit se voir accorder une appréciation correspondant au niveau de la procédure. Elle rappelle par ailleurs la jurisprudence du TFA selon laquelle les efforts d'amaigrissement d'ordre commercial ont été qualifiés d'insuffisants au sens de l'art. 1.1. de l'annexe OPAS. Elle signale enfin que les coûts de l'intervention prévue doivent être estimés approximativement à 25'000 fr. (assurance en semi privé).
9. Le courrier de l'assurance a été transmis à l'assurée pour information.
10. Le Tribunal de céans a invité l'assurée à indiquer, pour chacun des régimes amaigrissants qu'elle avait suivis, la période durant laquelle elle s'y était astreinte, en quoi il consistait, qui l'avait prescrit et qui en contrôlait le suivi et les résultats obtenus.

Par courrier du 18 septembre 2006, l'assurée a ainsi fourni les renseignements suivants :

- "de juillet 1996 à août 1997, traitement chez Madame V _____, diététicienne, envoyée par le Dr. D _____ qui la suivait). *L'assurée* a perdu 10 kg qu'elle a repris alors qu'elle mangeait normalement, sans excès.

Madame V _____ n'exerce plus.

- De juin 1998 à décembre 1998, traitement auprès du Dr E _____, médecin psychiatre spécialisé dans le problème de l'obésité. Traitement hypocalorique, suivi par le Dr E _____. Perte de 5 kg entièrement repris dès reprise d'une alimentation normale et équilibrée, sans excès.
- De juin 2003 à décembre 2003, traitement médicamenteux (entre autres pilules "qui mangent les graisses"). Traitement prescrit et suivi par le Dr F _____, médecin gynécologue.

Perte de 5 kg, repris.

- Deux fois 8 mois de suivi Weight-Watchers. Programme alimentaire et suivi par séance auprès de Weight-Watchers. La première fois, perte de 15 kg et la deuxième, de 18 kg, mais dès l'interruption de ce "régime", reprise des kilos perdus et même plus.
- *L'assurée* a également suivi divers régimes d'elle-même, notamment en consommant des substituts de repas vendus en pharmacie (entre autres sous forme de poudre à diluer dans de l'eau et à consommer en lieu et place des repas). Pendant la durée où *l'assurée* consommait ces substituts de repas, elle perdait quelques kilos, mais dès la reprise d'une alimentation "normale" (saine, équilibrée, sans aucun excès), elle a repris les kilos perdus, voire plus".

11. Invitée à se déterminer, la caisse relève, par courrier du 20 octobre 2006, que l'assurée présente pour la première fois des documents pour justifier qu'elle a eu recours à un traitement médical dans le but de perdre du poids, que toutefois les mesures prises se limitent à de courts épisodes de quelques mois et que le programme Weight-Watchers de même que les efforts fournis personnellement ne correspondent pas aux critères légaux d'un traitement médical. Elle conclut ainsi au rejet du recours.

12. Ce courrier a été transmis à l'assurée et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 8 octobre 2000 (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. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.
4. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).
5. Le litige porte sur le droit de l'assurée à la prise en charge d'un traitement chirurgical de l'adiposité ("by-pass")
6. Selon l'art. 25 LAMal, l'assurance obligatoire des soins assume le coût des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Ces prestations comprennent notamment les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien. Les prestations mentionnées à l'art. 25 LAMal doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques (art. 32 al. 1 LAMal). L'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations sont réexaminés périodiquement (art. 32 al. 2 LAMal).

Aux termes de l'art. 33 al. 1 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. Cette

disposition se fonde sur la présomption que les médecins et chiropraticiens appliquent des traitements et mesures qui répondent aux conditions posées par l'art. 32 al. 1 LAMal (ATF 125 V 28, consid. 5b). Il incombe ainsi au Conseil fédéral de dresser une liste (négative) des prestations qui ne répondraient pas à ces critères ou qui n'y répondraient que partiellement ou sous conditions.

A l'art. 33 de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAmal) et comme l'y autorise l'art. 33 al. 5 LAMal, le Conseil fédéral a délégué à son tour cette compétence au Département fédéral de l'intérieur qui en a fait usage en promulguant le 29 septembre 1995 l'Ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS). Cette ordonnance détermine notamment les prestations visées par l'art. 33 let. a et c OAmal, disposition qui reprend textuellement les règles posées aux alinéas 1 et 3 de l'art. 33 LAMal, dont l'assurance-maladie obligatoire des soins prend en charge les coûts avec ou sans conditions ou ne les prend pas en charge. La liste (négative) des prestations, soit de celles qui ne sont pas prises en charge par l'assurance-maladie ou ne le sont que sous conditions figure ainsi à l'annexe 1 OPAS (art. 1 OPAS; ATF 125 V 29, consid. 5b).

Comme l'a jugé le TFA, la réglementation nouvelle de la LAMal repose donc sur le principe de la liste. Ayant pour but de fixer précisément le catalogue légal des prestations, ce principe de la liste découle d'un système voulu par le législateur selon l'art. 34 LAMal comme complet et contraignant dès lors qu'il s'est agi d'une assurance obligatoire financée en principe par des primes égales (art. 76 LAMal). En dehors de ces listes, il n'y a pas d'obligation de prise en charge par la caisse-maladie, à tout le moins en ce qui concerne les prestations énumérées conformément à l'art. 33 al. 1 LAMal (ATF 130 V 540; 129 V 167, consid. 5b).

Selon l'art. 1.1 de l'annexe 1 OPAS, teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2005, le traitement chirurgical de l'obésité (Roux en Y Gastric By Pass, Gastric Banding, Vertical Banded gastro-plasty) est obligatoirement remboursé si les conditions suivantes sont réalisées:

- a) après en avoir référé au médecin-conseil;
- b) le patient ne doit pas avoir plus de 60 ans;
- c) le patient présente un indice de masse corporelle (BMI) de plus de 40;
- d) une thérapie appropriée de deux ans n'a pas eu de succès;
- e) le patient souffre en outre d'une des maladies suivantes : hypertension artérielle mesurée à l'aide d'un brassard large; diabète sucré; syndrome d'apnées du sommeil; dyslipémie; affections dégénératives invalidantes de l'appareil

locomoteur; coronaropathie; stérilité avec hyperandrogénisme; ovaires polykystiques chez patiente en âge de procréer;

- f) l'opération doit être exécutée dans un centre hospitalier disposant d'une équipe interdisciplinaire et expérimentée en chirurgie, psychothérapie, conseils nutritionnels et médecine interne;
- g) l'hôpital doit tenir un registre d'évaluation uniforme fondé sur des données quantitatives et statistiques des coûts.

7. En l'espèce, il n'est pas contesté que les conditions décrites aux lettres a, b, c, f et g sont réalisées.

L'assurance a refusé la prise en charge du traitement chirurgical demandé au motif que selon son médecin-conseil, les conditions décrites aux lettres d et e ne le sont pas. Elle estime en effet qu'une thérapie appropriée amaigrissante de deux ans sans effet n'a pas été suivie (lettre d) et qu'il manque une comorbidité (lettre e).

8. S'agissant de la lettre e, l'assurance a relevé que l'assurée avait produit tardivement certains des documents demandés, plus particulièrement celui attestant des résultats d'analyse concernant la stérilité avec hyperandrogénisme, et ceux qui auraient pu établir l'inefficacité d'un traitement amaigrissant ininterrompu pendant deux ans. Elle considère qu'il y a dès lors lieu de les écarter de la procédure.

L'assurée a toutefois expliqué pour quelles raisons elle n'avait pu donner toutes les indications requises en temps utile.

Elle souligne notamment que le résultat des analyses a été dûment communiqué à l'assurance le 18 juillet 2005, que la Dresse C _____ n'avait établi son rapport que le 17 février 2006, bien qu'elle le lui ait demandé à plusieurs reprises.

Rien ne justifie dès lors de ne pas tenir compte de tous les documents produits par l'assurée dans la mesure où ils ne portent pas sur des faits survenus postérieurement à la décision litigieuse, dont on n'aurait pas à tenir compte (ATF 121 V 366). Il est au surplus rappelé que la procédure est soumise à la maxime d'office.

Il appert ainsi des résultats d'analyses du laboratoire Riotton ainsi que du certificat de la Dresse C _____ que l'assurée souffre d'une stérilité avec hyperandrogénisme et ovaires polykystiques. La comorbidité exigée par la lettre e est dès lors présente.

9. Reste à examiner la lettre d.

Il y a préalablement lieu de relever que selon l'ancienne teneur de cette disposition, abrogée le 1^{er} janvier 2005, le traitement amaigrissant devait avoir été ininterrompu pendant deux ans.

Les milieux intéressés avaient considéré que l'exigence d'un régime approprié ininterrompu de deux ans n'était pas réalisable. Le Swiss Study Group for Morbid Obesity (SMOB) créé en 1996, qui entend assumer un rôle de conseiller auprès de la commission fédérale des prestations pour l'élaboration des recommandations concernant les prestations obligatoires dans le domaine du traitement chirurgical de l'obésité, a salué la nouvelle version et a formulé des propositions concrètes pour l'interprétation de cette lettre d. Il considère ainsi que valent comme traitement adéquat :

1. conseils nutritionnels par les médecins (y compris les généralistes) ou un diététicien diplômé et/ou
2. traitement comportemental y compris la psychothérapie et/ou
3. régime hypocalorique et/ou
4. programme d'exercice physique et/ou
5. traitement médicamenteux et/ou
6. un traitement approprié peut également être réalisé indépendamment de la couverture de l'assurance-maladie (financé directement par le malade).

Il définit le traitement inefficace comme étant un traitement amaigrissant approprié dont la durée totale (additive) est d'au moins deux ans et si 24 mois après son début une perte pondérale minimum de 16% n'a pas été atteinte ou maintenue. Ces deux années de traitement conservateur peuvent se diviser en différents programmes appropriés répondant aux définitions ci-dessus. Pour être pris en compte un segment thérapeutique doit durer au minimum un mois (cf. Bulletin des médecins suisses, 2005 p. 1452 et ss.)

Dans un arrêt K 181/05, le TFA a eu l'occasion de décrire ce qu'il fallait entendre par une thérapie appropriée au sens de l'art. 1.1 de l'annexe 1 OPAS. Ce sont celles qui sont suivies sous contrôle médical, de sorte que l'assiduité puisse être vérifiée. La démarche doit être cohérente : il ne s'agit pas d'interrompre prématurément les régimes entrepris. Les diètes de type commercial auxquelles l'assuré s'astreint sans prescription, ni contrôle médical, ne peuvent être prises en considération.

10. Le Tribunal de céans constate que la définition d'un traitement amaigrissant au sens de la lettre d donnée d'une part par le TFA, d'autre part par le SMOB sont parfaitement compatibles. Il s'agit de déterminer si les régimes suivis par l'assurée répondent à ces définitions.

L'assurée allègue avoir recouru aux conseils d'une diététicienne, d'une nutritionniste, avoir suivi les régimes hypocaloriques Weight Watchers, la thérapie du Dr E_____, et le traitement médicamenteux du Dr F_____.

Sur demande expresse du Tribunal de céans, elle a indiqué avoir été suivie par le Dr D_____ de juillet 1996 à août 1997, par le Dr E_____ de juin à décembre 1998 et par le Dr F_____ de juin à décembre 2003 et par le Dr A_____ sans date précise. Seules ces périodes, durant lesquelles elle a suivi une thérapie sous contrôle médical, peuvent être prises en considération. Les régimes auxquels elle s'est astreinte, soit d'elle-même, soit selon la méthode préconisée par Weight Watchers, doivent en effet être qualifiés de diètes de type commercial au sens de la jurisprudence du TFA susmentionnée, lesquelles ne peuvent être retenues comme thérapies en application de la lettre d.

Il y a ainsi lieu de constater que l'assurée a été suivie sous contrôle médical durant une année, puis durant deux fois sept mois. Si l'on additionne les diverses périodes de régime mises bout à bout, ainsi que le préconise le SMOB, un total de plus de deux ans est obtenu (12 mois + 7 mois + 7 mois). Entre chaque traitement toutefois, se sont écoulées des périodes de plusieurs mois, voire de plusieurs années. Il s'agit dès lors de déterminer si des interruptions aussi importantes intervenues entre deux traitements seraient de nature à empêcher que l'on puisse parler d'une thérapie appropriée de deux ans sans succès au sens de l'art. 1.1 lettre d de l'annexe 1 OPAS.

Le TFA a à cet égard insisté, dans l'arrêt susmentionné, sur le caractère cohérent que devait revêtir la démarche entreprise par l'assuré afin de perdre du poids.

Or en l'espèce, l'assurée n'a jamais interrompu de façon prématurée un régime amaigrissant. Elle s'y est au contraire tenue durant une longue période à trois reprises. Elle a ainsi fait preuve de sérieux et d'assiduité. Force est de relever qu'elle a fait des efforts méritoires dans le but qu'elle s'était fixé. Elle n'est par ailleurs pas restée inactive entre les régimes sous contrôle médical. Elle s'est au contraire astreinte à suivre la méthode Weight Watchers par exemple qui lui a permis de maigrir, mais à la fin de laquelle elle a repris du poids. On ne saurait dans ces conditions considérer que les démarches qu'elle a entreprises manquent de cohérence dans leur ensemble au sens où l'entend le TFA. On ne voit pas du reste qu'on puisse exiger d'elle qu'elle suive encore d'autres régimes avant de pouvoir être mise au bénéfice de l'intervention chirurgicale souhaitée.

Aussi, le recours doit-il être admis.

**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. L'admet.
3. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
4. 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).

La greffière

La Présidente :

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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