



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME  
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

PREMIÈRE SECTION

**AFFAIRE SCHLUMPF c. SUISSE**

*(Requête n° 29002/06)*

ARRÊT

STRASBOURG

8 janvier 2009

**DÉFINITIF**

*05/06/2009*

*Cet arrêt peut subir des retouches de forme.*



**En l'affaire Schlumpf c. Suisse,**

La Cour européenne des droits de l'homme (première section), siégeant en une chambre composée de :

Christos Rozakis, *président*,

Nina Vajić,

Khanlar Hajiyev,

Dean Spielmann,

Sverre Erik Jebens,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou, *juges*,

et de Søren Nielsen, *greffier de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 4 décembre 2008,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

**PROCÉDURE**

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 29002/06) dirigée contre la Confédération suisse et dont une ressortissante de cet Etat, M<sup>me</sup> Nadine Schlumpf (« la requérante »), a saisi la Cour le 7 juillet 2006 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. La requérante est représentée par M<sup>e</sup> B. Rubin, avocat à Zürich. Le gouvernement suisse (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. F. Schürmann, chef de la section des droits de l'homme et du Conseil de l'Europe de l'Office fédéral de la justice.

3. La requérante alléguait notamment qu'il y avait eu atteinte à son droit d'être entendue ainsi qu'au droit à la publicité des débats au sens de l'article 6 de la Convention. En outre, elle prétendait que le juste équilibre entre les intérêts de son assurance-maladie et ses propres intérêts n'avait pas été garanti et que, dès lors, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention. Dans ce contexte, elle faisait également valoir un traitement discriminatoire, interdit par l'article 14.

4. Le 6 février 2007, la Cour a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Se prévalant de l'article 29 § 3, elle a décidé que seraient examinés en même temps la recevabilité et le bien-fondé de l'affaire.

## EN FAIT

### I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. La requérante est née en 1937 et réside à Aarau (canton d'Argovie).

#### A. L'exégèse de la présente affaire

6. La requérante, née en 1937, fut enregistrée à sa naissance sous le nom de Max Schlumpf et comme étant de sexe masculin.

7. Selon ses affirmations, elle souffrit dès son enfance de problèmes d'identité sexuelle, mais réussit à les cacher pendant longtemps. Elle se maria et assumait le rôle de père de famille, mais il en découla pour elle des contraintes psychologiques considérables et des crises suicidaires répétées. Vers l'âge de quarante ans, la requérante sut avec certitude qu'elle était transsexuelle. Toutefois, elle refoula cette prédisposition jusqu'à ce que ses enfants eussent atteint l'âge de la majorité et que son épouse fût décédée d'un cancer en 2002.

8. Les 6 et 20 octobre 2004, la requérante se rendit à la polyclinique psychiatrique de Zurich afin de subir un examen médical approfondi. Selon l'expertise médicale établie le 27 octobre 2004 par le docteur U. H., médecin-chef de la polyclinique, la requérante avait décidé d'effectuer sa conversion sexuelle depuis 2002 et vivait depuis lors sa vie quotidienne en tant que femme. Elle avait commencé une thérapie hormonale en janvier 2003 et suivait régulièrement un traitement psychothérapeutique et endocrinologique depuis mai 2003.

9. Sur la base des examens effectués, le médecin-chef constata que le diagnostic de transsexualisme « homme-femme » pouvait clairement être confirmé et que les circonstances de la vie de la patiente expliquaient pour quelles raisons elle n'avait pas pu vivre sa transsexualité plus tôt. Le médecin-chef confirma que les conditions pour une opération de conversion sexuelle étaient clairement réunies. Sous réserve du risque élevé de complications postopératoires, dû à l'âge avancé de la requérante et également à sa consommation de nicotine, il constata qu'une opération de conversion sexuelle était indiquée.

#### B. La demande de remboursement des frais

10. Envisageant de subir cette opération, la requérante demanda le 2 novembre 2004 à la SWICA, la compagnie d'assurance-maladie à laquelle elle était affiliée depuis 1958, une attestation de prise en charge des

dépenses liées à l'opération de conversion sexuelle. Elle joignit à sa demande un devis ainsi que l'expertise médicale.

11. Par une lettre du 29 novembre 2004, la SWICA refusa le remboursement des frais. Elle constata que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, les frais d'une opération de conversion sexuelle ne relevaient des prestations obligatoires de l'assurance-maladie que dans les cas de « véritable transsexualisme ». Selon cette jurisprudence, le diagnostic d'un véritable transsexualisme ne peut être établi qu'après un délai d'observation de deux ans, au cours duquel le patient suit des thérapies psychiatriques et endocrinologiques. Par ailleurs, la SWICA exprima des doutes quant à la pertinence du diagnostic. En outre, elle fit valoir qu'une opération ne s'avérait pas nécessaire, ou du moins n'était en tout cas pas conseillée, au vu du risque élevé de complications post-opératoires en raison de l'âge avancé de l'intéressée.

12. En dépit de l'avis exprimé par son assurance, la requérante prit la décision de se faire opérer. L'opération se déroula avec succès le 30 novembre 2004.

13. Par une lettre du 16 décembre 2004, la requérante demanda à la SWICA de rendre une décision susceptible de recours à son égard.

14. La SWICA confirma son préavis négatif par décision du 23 décembre 2004, reprenant en gros les motifs invoqués dans sa lettre du 29 novembre 2004.

### **C. La procédure en opposition contre la décision de l'assurance-maladie**

15. Le 31 janvier 2005, la requérante fit opposition contre cette décision auprès de son assurance-maladie. Elle joignit à son opposition, notamment, l'expertise établie par le médecin-chef U.H. le 27 octobre 2004, les prises de position de la psychothérapeute et de l'endocrinologue qui la traitaient, ainsi que des articles scientifiques concernant l'état actuel de la médecine au sujet du traitement du transsexualisme. Elle demanda explicitement qu'il soit procédé à d'autres mesures d'instruction, en vertu de l'article 43 alinéa 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (voir paragraphe 33 ci-dessous) et proposa le professeur U.R. comme expert impartial. Par ces moyens, la requérante tenta de démontrer que l'état actuel de la médecine permettait de diagnostiquer les véritables cas de transsexualisme même avant l'expiration du délai de deux ans établi par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances.

16. L'assurance-maladie rejeta l'opposition de la requérante par une décision du 16 février 2005.

17. Entre-temps, le président du tribunal de district d'Aarau avait reconnu, le 14 février 2005, la modification de l'identité sexuelle de la

requérante sur le plan civil, et celle-ci fut dès lors inscrite au registre civil sous le prénom de Nadine.

#### **D. La procédure devant le tribunal des assurances du canton d'Argovie**

18. Le 4 avril 2005, la requérante introduisit un recours de droit administratif auprès du tribunal des assurances du canton d'Argovie (ci-après : « tribunal cantonal des assurances »). Dans son mémoire de recours, elle demanda explicitement une audience publique. Après avoir été informée par le tribunal cantonal des assurances de la possibilité d'un renvoi de la cause à l'assurance-maladie pour complément d'instruction, la requérante retira cette demande dans l'hypothèse d'un tel renvoi. Cependant, elle indiqua expressément que ce retrait ne s'appliquerait pas à une procédure éventuelle devant le Tribunal fédéral des assurances ou devant la Cour européenne des droits de l'homme.

19. Par un arrêt du 21 juin 2005, le tribunal cantonal des assurances annula la décision de l'assurance-maladie refusant la prise en charge des frais de l'opération de conversion sexuelle. Il lui renvoya la cause pour complément d'instruction et pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Dans la motivation de son arrêt, le tribunal cantonal des assurances examina en premier lieu la pratique actuelle au sujet du diagnostic de transsexualisme, en se fondant sur des publications de l'Organisation mondiale de la santé et sur des articles d'experts. Il se pencha par la suite sur la question de savoir quels traitements devaient obligatoirement être pris en charge par l'assurance-maladie selon les articles 25 et 32 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) (paragraphe 32 ci-dessous). Enfin, il analysa l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances qui, dans deux arrêts de principe datant de 1988, avait exigé un délai d'observation de deux ans (Recueil des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 114 V 153 du 6 juin 1988 et 114 V 162 du 16 septembre 1988, paragraphe 34 ci-dessous).

20. Eu égard au but de ce délai, à savoir déterminer avec certitude qu'il s'agit d'un cas de véritable transsexualisme, le tribunal cantonal des assurances conclut que le délai de deux ans ne pouvait constituer une *conditio sine qua non* pour diagnostiquer un cas de transsexualisme. Il considéra que le critère déterminant pour la prise en charge des frais devait être un diagnostic certain, ainsi qu'un pronostic favorable indiquant que l'opération de conversion sexuelle constituait le seul moyen pour améliorer l'état de santé psychique du patient. En l'espèce, vu le dossier médical de la requérante, le tribunal cantonal des assurances reconnut que le diagnostic de transsexualisme de la requérante était certain. Il considéra néanmoins que le dossier médical ne permettait pas de déterminer si l'opération constituait le seul moyen d'amélioration de l'état psychique de la requérante ou si, au

contraire, une thérapie psychiatrique combinée avec une hormonothérapie aurait pu atteindre le même résultat.

21. Le tribunal cantonal des assurances annula en conséquence la décision de l'assurance-maladie du 23 décembre 2004 et lui renvoya la cause. Il lui enjoignit d'entreprendre des investigations supplémentaires auprès des spécialistes afin de déterminer si les critères pour le remboursement des frais étaient réunis.

### **E. La procédure devant le Tribunal fédéral des assurances**

22. Le 25 juillet 2005, la SWICA introduisit un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral des assurances. Elle fit valoir dans sa demande, sans indiquer de raisons pertinentes, que le tribunal cantonal des assurances s'était écarté de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sur la question des frais qui ne devaient être pris en charge qu'après un délai de suivi psychiatrique de deux ans et que, en outre, l'existence d'une maladie n'était pas établie.

23. Dans ses observations du 26 septembre 2005, la requérante conclut au rejet du recours et demanda explicitement une audience publique. Elle proposa d'ailleurs que son frère et sa fille fussent entendus pour témoigner de son comportement antérieur et de son état de santé psychique, et demanda l'audition d'experts pour répondre aux questions ayant trait au traitement du transsexualisme.

24. Par arrêt du 5 décembre 2005, le Tribunal fédéral des assurances accueillit le recours de l'assurance-maladie. L'arrêt fut notifié à la requérante le 10 janvier 2006.

25. Le Tribunal fédéral des assurances rejeta la demande d'audience publique. Il considéra qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il était admissible, de la part de la requérante, de limiter le retrait de la demande d'audience publique à la seule procédure devant le tribunal cantonal des assurances et estima que, en tout état de cause, seuls des problèmes juridiques étaient concernés et qu'une audience publique ne s'avérerait dès lors pas nécessaire.

26. Dans la motivation de son arrêt sur le fond, le Tribunal fédéral des assurances se référa à sa pratique constante, établie par deux arrêts datant de l'année 1988 (ATF 114 V 153 et 114 V 162 (paragraphe 34 ci-dessous), consistant à exiger un délai d'observation de deux ans pendant lequel l'assuré assume son nouveau rôle dans la vie quotidienne et poursuit une psychothérapie et un traitement endocrinologique. Il souligna que, selon sa jurisprudence, le délai de deux ans ne constituait pas une simple formalité qui pouvait être contournée en cas de diagnostic certain.

27. Le Tribunal fédéral des assurances estima que, même eu égard aux prises de position des experts entendus dans la procédure devant le tribunal cantonal des assurances, les considérants de l'arrêt de ce dernier ne

suffisaient pas à justifier un revirement de jurisprudence. Au vu de la gravité et de l'irréversibilité de l'opération, la certitude du diagnostic jouait un rôle de la plus grande importance. Selon le Tribunal fédéral des assurances, il s'avérait dès lors que, d'un point de vue juridique, même eu égard à l'état actuel de la médecine, un degré considérable de retenue et de précaution était nécessaire. Le délai d'observation de deux ans prendrait en compte cet aspect. En même temps, cette pratique garantirait la sécurité juridique entre les intérêts divergents des intéressés d'une part et l'impératif d'éviter des opérations injustifiées de l'autre.

28. En l'espèce, le Tribunal fédéral des assurances constata qu'au moment de l'opération, qui avait eu lieu le 30 novembre 2004, le suivi psychiatrique, qui avait débuté le 12 mai 2003, datait de moins de deux ans. Il en conclut que l'assurance-maladie avait eu raison de refuser le remboursement des coûts de l'opération.

## II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

### A. Le droit et la pratique en matière d'audience publique

29. L'article 112 de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, se lisait ainsi :

« Titre cinquième : Juridiction administrative du Tribunal fédéral

Chapitre premier : Du recours de droit administratif

Article 112 : Débats

Le président peut ordonner des débats. »

30. Aux termes de l'article 9 § 2 du règlement du Tribunal fédéral des assurances du 16 novembre 1999, en vigueur au moment des faits pertinents,

« Les présidents de chambre peuvent, à la demande d'une partie ou d'office, ordonner des débats. Les parties peuvent consulter le dossier avant l'audience de jugement (...) ».

31. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, il peut être renoncé aux débats dans la mesure où une affaire ne soulève que des questions de droit ou des questions très techniques (arrêt K. du 8 avril 2004, I 573/03).

## **B. Le droit et la pratique en matière d'assurance-maladie**

### *1. La législation fédérale*

32. La loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10) est ainsi libellée :

« Titre 2 : Assurance obligatoire des soins

Chapitre 3 : Prestations

Section 1 : Catalogue

Article 25 : Prestations générales en cas de maladie

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:

a. les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social par :

1. des médecins,
  2. des chiropraticiens,
  3. des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical;
- (...)

Section 2 : Conditions et étendue de la prise en charge des coûts

Article 32 : Conditions

Les prestations mentionnées aux art. 25 à 31 doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques.

(...). »

33. L'article 43 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000 (RS 830.1) se lit ainsi :

« Chapitre 4 : Dispositions générales de procédure

Section 2 : Procédure en matière d'assurances sociales

Article 43 : Instruction de la demande

L'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin. Les renseignements donnés oralement doivent être consignés par écrit.

(...)»

## 2. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances

34. Dans les arrêts publiés dans le Recueil des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 114 V 153 du 6 juin 1988 et 114 V 162 du 16 septembre 1988, le Tribunal fédéral des assurances constata que l'opération de conversion sexuelle devait être considérée, en principe, comme une prestation obligatoire des caisses-maladie et reconnue dans les cas de véritable transsexualisme si, au terme de tous les examens exigés par la science médicale, le diagnostic était certain et dans la mesure où, faute d'une autre thérapie efficace dans le cas particulier, l'intervention représentait la seule méthode de traitement propre à améliorer considérablement l'état de santé psychique de l'assuré.

35. Selon le Tribunal fédéral des assurances, les opérations de changement de sexe devaient être réservées au cas graves de véritable transsexualisme, dit « de haute intensité », qui échappe aux possibilités de traitement par la seule psychothérapie et l'hormonothérapie. Le Tribunal fédéral des assurances précisa que le diagnostic devait être posé très soigneusement, pour éviter toute confusion avec d'autres troubles psychiques analogues. Il estima qu'en conséquence l'opération de conversion sexuelle ne pouvait être envisagée qu'à partir de l'âge de 25 ans, après des investigations médicales psychiatriques et endocrinologiques très approfondies et après une période d'observation d'au moins deux ans.

36. Dans l'arrêt Z. du 12 juin 1995, le Tribunal fédéral des assurances constata que le délai de deux ans ne représentait pas une simple formalité, qui pouvait être négligée dans l'hypothèse d'un diagnostic clair.

37. Cette jurisprudence fut maintenue dans le cadre de la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996. En particulier, le critère du délai de deux ans ne fut pas abandonné (arrêt B. du 24 juin 2004 et arrêt O. du 29 novembre 2004). Selon les informations fournies par le Gouvernement, ces arrêts ne furent pas publiés dans le Recueil des arrêts du Tribunal fédéral, mais l'arrêt du 24 juin 2004 fut publié dans la revue spécialisée de l'Office fédéral de la santé publique, *Assurance maladie et accidents – jurisprudence et pratique administrative (RAMA)*. Par ailleurs, d'après le Gouvernement, tous les arrêts sont disponibles sur le site internet du Tribunal fédéral, lequel permet une recherche ciblée par mots-clés.

## EN DROIT

### I. SUR LES VIOLATIONS ALLÉGUÉES DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

38. La requérante se plaint d'une atteinte à son droit d'être entendu, du fait que le Tribunal fédéral des assurances aurait, de manière arbitraire, substitué son propre jugement à celui des experts médicaux, ainsi que de l'absence de débats publics devant la première instance. Elle invoque à ce titre l'article 6 § 1 de la Convention, dont le passage pertinent se lit ainsi :

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...). »

#### A. Sur la recevabilité

39. Dans ses observations du 4 mai 2007, le Gouvernement n'a pas soulevé de motifs d'irrecevabilité au sens de l'article 35 § 3 de la Convention quant aux griefs tirés de l'article 6 § 1 de la Convention.

40. La Cour constate que ces griefs ne sont pas manifestement mal fondés, et ne se heurtent à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de les déclarer recevables.

#### B. Sur le fond

##### 1. Le grief tiré du droit d'être entendu

###### a. Les arguments des parties

###### i. La requérante

41. La requérante estime que la décision relative à la question de savoir si une personne est transsexuelle et, dans l'affirmative, si une intervention chirurgicale constitue le traitement adéquat, doit être prise sur la base d'un examen approfondi du cas concret, et cela d'autant plus si la perception de l'assurance diffère de celle de la personne concernée, qu'il convient de prendre dûment en compte.

42. Pour cette raison, le juge se trouve dans l'obligation de vérifier de manière approfondie les opinions des experts médicaux et des psychologues. S'il a des doutes par rapport à leur fiabilité, il devra ordonner

d'autres expertises. En revanche, l'on ne saurait parler d'un examen approfondi lorsque le juge écarte purement et simplement les avis d'experts soumis spécialement pour le cas d'espèce, au motif qu'une règle générale établie par lui-même n'a pas été appliquée.

43. La requérante ne conteste pas que la pratique du délai probatoire de deux ans a été établie par le Tribunal fédéral des assurances en 1988. En revanche, elle soutient qu'il n'était pas dans l'intention de la haute juridiction d'établir un régime strict ne souffrant aucune exception. La pratique n'aurait été figée que par sa jurisprudence ultérieure. Par ailleurs, le délai d'essai de deux ans n'aurait jamais été remis en question, d'un point de vue médical, par le Tribunal fédéral, bien qu'il ait été contesté depuis 1988 par les experts.

44. La requérante estime que le Tribunal fédéral a mal interprété la littérature en matière de transsexualisme lorsqu'il prétend qu'il en ressort que la pratique d'un délai d'essai est défendue par les milieux scientifiques. Au contraire, il découlerait de plusieurs références qu'il convient d'établir au cas par cas le statut médical d'une personne transsexuelle, ainsi que la nécessité d'une intervention chirurgicale. Même en admettant l'opportunité d'un délai, il conviendrait en tout état de cause de l'appliquer avec une certaine souplesse, ce qui permettrait des exceptions à la règle. Pour la requérante, un délai d'observation de deux ans serait excessivement long et ne correspondrait plus à l'opinion scientifique contemporaine.

45. Par ailleurs, la requérante admet, certes, que l'article 32 de la LAMal fixe les critères pour la prise en charge des coûts du traitement médical. En revanche, cette disposition ne concernerait pas le diagnostic des maladies. D'après la requérante, aucune disposition du droit suisse ne donne au juge le pouvoir de fixer des règles en matière de diagnostic médical.

*ii. Le Gouvernement*

46. Le Gouvernement rappelle que l'article 32 de la LAMal prévoit que les prestations fournies par l'assurance-maladie obligatoire doivent être efficaces, appropriées et économiques. Ces critères appellent en premier lieu une appréciation médicale, qui ne peut émaner que de professionnels de la santé. La transposition d'une appréciation médicale dans le système juridique de l'assurance-maladie nécessite toutefois une mise en relation avec les normes applicables. Le Gouvernement est ainsi d'avis que le principe développé par la Cour dans l'arrêt *Van Kück c. Allemagne* (n° 35968/97, CEDH 2003-VII), selon lequel la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas une affaire d'appréciation juridique, doit être compris comme obligeant les autorités à se fonder sur les avis médicaux à sa disposition et non comme excluant toute appréciation propre des tribunaux lors d'une prise de décision.

47. Le Gouvernement soutient que le Tribunal fédéral des assurances s'est appuyé en l'espèce sur sa propre jurisprudence, selon laquelle une période d'observation médicale d'au moins deux ans est nécessaire avant une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Durant cette période, la personne assurée teste sa nouvelle identité sexuelle dans les différents domaines de sa vie. Ce principe a été développé en 1988 par le Tribunal fédéral, qui s'est alors fondé sur les avis exprimés par dix experts des spécialités médicales concernées. Par la suite, le Tribunal fédéral des assurances a réexaminé et confirmé cette jurisprudence à plusieurs reprises.

48. Le Gouvernement soutient que la requérante se trompe lorsqu'elle affirme que la littérature spécialisée ne recommande pas une période d'essai de deux ans. A l'appui de sa thèse, il joint au dossier des études préconisant l'application de certains délais, allant de six mois à deux ans. Selon le Gouvernement, il en ressort que l'exigence d'une telle période probatoire sous surveillance correspond à un critère médical largement retenu à l'heure actuelle.

49. Quant à l'administration des preuves, le Gouvernement est d'avis que le droit à un procès équitable n'exclut pas qu'un tribunal rejette des demandes de preuves, dans la mesure où il estime que ces dernières ne lui fourniraient pas d'éléments nouveaux pertinents. En particulier dans le domaine de l'assurance-maladie, où l'efficacité de la procédure joue un rôle particulier, l'article 6 § 1 de la Convention ne saurait exiger que les tribunaux soumettent leur jurisprudence à un réexamen approfondi à chaque cas d'application. En l'occurrence, la requérante a pu présenter ses points de vue et demander l'administration de preuves supplémentaires devant deux tribunaux investis de pleins pouvoirs d'examen. Par ailleurs, la pratique appliquée au cas de la requérante avait été confirmée par le Tribunal fédéral des assurances dans ses arrêts du 24 juin et du 29 novembre 2004 (paragraphe 37 ci-dessus) avant qu'il rende l'arrêt concernant la requérante le 5 décembre 2005. Dans ces conditions, il ne saurait y avoir violation de l'article 6 § 1 de la Convention du fait que la pratique du Tribunal fédéral n'a pas été soumise à nouveau à un examen complet en l'espèce.

50. Quant à la spécificité du cas de la requérante en raison de son âge, le Gouvernement relève que l'intervention chirurgicale n'aurait dû être repoussée que de six mois environ pour remplir les conditions de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Si les avis médicaux remis font état de risques particuliers liés à l'âge, il n'en ressort pas que ces risques auraient augmenté rapidement pendant cette période.

#### **b. L'appréciation de la Cour**

51. La Cour rappelle qu'il incombe d'abord aux autorités nationales, et spécialement aux cours et tribunaux, d'interpréter le droit interne et que la Cour ne substituera pas sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire (voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Ravnsborg c. Suède*,

23 mars 1994, série A n° 283-B, pp. 29-30, § 33, *Bulut c. Autriche*, 22 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, pp. 355-356, § 29, et *Tejedor García c. Espagne*, 16 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, p. 2796, § 31). Par ailleurs, la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel. La Cour ne saurait donc exclure par principe et in abstracto l'admissibilité d'une preuve recueillie sans respecter les prescriptions du droit national. Il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production. La Cour a néanmoins pour tâche de rechercher si la procédure, considérée dans son ensemble, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1 (arrêts *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, *Recueil* 1997-II, pp. 436-437, § 34 et *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 66, CEDH 2000-VIII).

52. L'article 6 § 1 implique notamment, à la charge des tribunaux, l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (*Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59).

53. La Cour rappelle que, dans l'arrêt *Van Küick c. Allemagne* précité, elle a constaté que la décision sur la nécessité d'une opération de conversion sexuelle devait s'appuyer sur des connaissances médicales spécialisées et sur une expertise en matière de transsexualisme et que, eu égard à la particularité du cas d'espèce, les tribunaux allemands auraient dû demander au médecin de la requérante ou à un autre expert des explications orales ou écrites complémentaires (n° 35968/97, § 55, CEDH 2003-VII). Dans la même affaire, la Cour a jugé qu'il était disproportionné d'exiger d'une personne transsexuelle de prouver la nécessité médicale d'un tel traitement (*ibidem*, § 56). Elle a également constaté que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas une affaire d'appréciation juridique (*ibidem*, § 54).

54. En l'espèce, la requérante allègue une violation de son droit à un procès équitable, du fait que le Tribunal fédéral des assurances a refusé d'entendre des experts qu'elle avait proposés (paragraphe 23 ci-dessus). Elle soutient qu'en raison de ce refus elle a été empêchée de prouver que l'opération devait nécessairement intervenir avant l'expiration du délai de deux ans. Par ailleurs, elle soutient que ce délai, tel qu'il a été établi par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, ajoute une condition juridique au diagnostic du transsexualisme, qui est une question purement médicale.

55. La Cour constate que ce qui est en cause en l'espèce est l'application des articles 25 et 32 de la loi sur l'assurance-maladie (paragraphe 32 ci-dessus), qui exposent les conditions requises pour la prise en charge des coûts d'un traitement par l'assurance-maladie. Ces articles exigent

l'existence d'une maladie et énoncent que les prestations dont le remboursement est demandé doivent être efficaces, appropriées et économiques.

56. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances a ajouté un critère supplémentaire pour les opérations de conversion sexuelle, à savoir celui de l'écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Ce délai a essentiellement pour but de déterminer avec certitude qu'il s'agit d'un cas de « véritable transsexualisme ». Alors que le diagnostic d'un tel transsexualisme n'était pas contesté en l'espèce, le Tribunal fédéral des assurances, invoquant le non-respect du délai de deux ans, n'a pas permis à la requérante d'apporter la preuve que l'opération devait intervenir avant l'écoulement de ce délai.

57. La Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, *mutatis mutandis*, *Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33). A la lumière de ce principe, et compte tenu de l'arrêt *Van Kück*, précité, elle considère qu'il est disproportionné de ne pas admettre des opinions d'experts, d'autant plus que l'existence d'une maladie n'était pas contestée en l'espèce. En refusant à la requérante de telles preuves, sur la base d'une règle abstraite dont l'origine remonte à deux de ses propres décisions de 1988, le Tribunal fédéral des assurances s'est substitué aux médecins et aux psychiatres, alors que la Cour avait déjà précisé par le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique (*Van Kück*, précité, § 54).

58. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la requérante n'a pas bénéficié d'un procès équitable devant le Tribunal fédéral des assurances. Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

## 2. *Le grief tiré du droit à la publicité des débats*

### a. **Les arguments des parties**

#### *i. La requérante*

59. La requérante avance qu'elle a clairement demandé une audience publique devant la première instance. Elle rappelle que, après avoir été informée par le tribunal cantonal des assurances de la possibilité d'un renvoi de la cause à l'assurance-maladie pour complément d'instruction, elle a retiré cette demande dans l'hypothèse d'un tel renvoi. Cependant, elle précise qu'elle a indiqué expressément que ce retrait ne s'appliquerait pas à une procédure éventuelle devant le Tribunal fédéral des assurances ou devant la Cour européenne des droits de l'homme. La requérante soutient que si la renonciation assortie d'une condition n'était pas acceptable pour le

tribunal cantonal des assurances, il l'aurait dû en informer immédiatement la requérante. Selon elle, la manière de procéder de la part des instances internes constitue un cas d'application du principe « *venire contra factum proprium* ».

*ii. Le Gouvernement*

60. Le Gouvernement constate qu'en l'espèce tous les faits pertinents concernant le développement de la transsexualité de la requérante, les avis médicaux et les traitements suivis figuraient au dossier. Par ailleurs, le Tribunal fédéral des assurances n'aurait pas remis en question les faits tels qu'ils ont été exposés par la requérante et attestés par les rapports médicaux produits. La question de savoir si les critères de l'article 32 LAMal (paragraphe 32 ci-dessus) étaient remplis relevait bien de l'appréciation juridique de la situation de fait. Au vu de la jurisprudence développée en la matière et de l'expertise qu'elle implique, ces questions ne posaient pas de difficultés particulières au Tribunal fédéral. Conformément aux principes développés par la Cour, le Gouvernement estime que la haute juridiction n'était ainsi pas tenue de procéder à une audience publique.

61. Le Gouvernement ajoute que, même en admettant que la tenue d'une audience publique pouvait en l'espèce être envisagée en raison de la matière, il n'y avait pas lieu pour le Tribunal fédéral des assurances de décider dans ce sens. Il soutient que, dans le domaine des assurances sociales, la tenue d'une audience publique présuppose en général une demande claire et non équivoque à cet effet devant la juridiction de première instance. Une demande qui n'est déposée que devant le Tribunal fédéral des assurances est en principe considérée comme tardive. Le même principe doit s'appliquer lorsqu'une requête formulée devant la juridiction de première instance est, comme en l'espèce, retirée par la suite. Le Gouvernement précise à cet égard qu'une demande d'audience ou la renonciation à une telle demande ne peut être assortie de conditions.

**b. L'appréciation de la Cour**

62. La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1 de la Convention. Elle protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue ainsi l'un des moyens qui contribue à la préservation de la confiance dans les tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 § 1, à savoir le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique (voir, notamment, *Diennet c. France*, arrêt du 26 septembre 1995, série A n° 325-A, pp. 14-15, § 33, *Gautrin et autres c. France*, arrêt du 20 mai 1998, *Recueil* 1998-III, pp. 1023-1024, § 42 et *Hurter c. Suisse*, n° 53146/99, § 26, 15 décembre 2005).

63. Toutefois, ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 § 1 n'empêchent une personne de renoncer à la publicité des débats, mais pareille renonciation doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important (voir, entre autres, *Håkansson et Sturesson c. Suède*, arrêt du 21 février 1990, série A n° 171-A, p. 20, § 66, et *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, arrêt du 24 juin 1993, série A n° 263, pp. 19-20, § 58).

64. En outre, une audience publique peut ne pas être nécessaire compte tenu des circonstances exceptionnelles de l'affaire, notamment lorsque celle-ci ne soulève pas de questions de fait ou de droit qui ne peuvent être résolues sur la seule base du dossier disponible et les observations des parties (*Döry c. Suède*, n° 28394/95, § 37, 12 novembre 2002, *Lundevall c. Suède*, n° 38629/97, § 34, 12 novembre 2002, *Salomonsson c. Suède*, n° 38978/97, § 34, 12 novembre 2002 ; voir aussi, *mutatis mutandis*, *Fredin c. Suède (n° 2)*, arrêt du 23 février 1994, série A n° 283-A, pp. 10-11, §§ 21-22, et *Fischer c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A n° 312, pp. 20-21, § 44). Tel est notamment le cas s'agissant de situations portant sur des questions hautement techniques (*Schuler-Zgraggen*, précité, pp. 19 et suiv., § 58 et *Döry*, précité, § 41).

65. La Cour réitère également le principe selon lequel un justiciable a normalement le droit d'être entendu publiquement devant au moins une instance. L'absence de débats publics devant une seconde ou troisième instance peut être justifiée par la nature particulière de la procédure concernée, si l'affaire a fait l'objet d'une audience publique en première instance (*Luginbühl c. Suisse (déc.)*, n° 42756/02, 17 janvier 2006). Il s'ensuit que, sauf dans des circonstances exceptionnelles susceptibles de justifier l'absence de débats publics, l'article 6 exige que l'intéressé soit entendu publiquement au moins devant une instance (*Döry*, précité, § 39, *Lundevall*, précité, § 36, *Salomonsson*, précité, § 36, et *Helmers c. Suède*, arrêt du 29 octobre 1991, série A n° 212-A, p. 16, § 36).

66. En l'espèce, la Cour considère qu'il s'agit d'abord de déterminer si le retrait de la demande d'audience publique devant le tribunal cantonal des assurances équivaut à une renonciation de la part de la requérante, comme le soutient le Gouvernement.

67. Selon la Cour, tel ne peut être le cas, étant donné que la requérante, tout au long de la procédure, a affirmé la nécessité de consulter des experts et qu'elle n'a retiré sa demande d'audience publique devant le tribunal cantonal que dans l'hypothèse d'un renvoi pour complément d'instruction, qui aurait forcément impliqué la consultation d'experts. En plus, elle a expressément indiqué que ce retrait ne s'appliquerait pas à une procédure éventuelle devant le Tribunal fédéral des assurances (paragraphe 18 ci-dessus). Dans ces circonstances, l'on ne saurait considérer que la requérante a renoncé à l'audience publique devant le Tribunal fédéral des assurances.

68. Se pose donc, deuxièmement, la question de savoir si l'audience publique était nécessaire en l'espèce ou si, au contraire, la procédure ne concernait que des questions juridiques ou qu'elle revêtait un caractère tellement technique que les soumissions d'experts auraient pu être mieux appréciées dans le cadre d'une procédure écrite.

69. Compte tenu de ses conclusions relatives au droit d'être entendu (paragraphe 51-58 ci-dessus), la Cour considère que la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle ne saurait être qualifiée de question purement juridique. En outre, la Cour est d'avis que la détermination de la nécessité d'une opération de conversion sexuelle ne revêt pas un caractère technique au point qu'une exception au droit d'être entendu lors d'une audience publique s'avère justifiée, d'autant plus que les opinions des parties divergent quant à l'opportunité d'un délai d'attente. Par ailleurs, l'article 112 de la loi fédérale d'organisation judiciaire donne explicitement au président du Tribunal fédéral des assurances le droit d'ordonner des débats (paragraphe 29 ci-dessus).

70. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la requérante n'a pas été entendue publiquement devant les juridictions internes. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1.

## II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

71. La requérante invoque également une violation du droit au respect de sa vie privée. Elle fait valoir que le critère de deux ans d'observation serait en l'espèce contraire à l'article 8 et que le juste équilibre entre les intérêts de l'assurance-maladie et ses propres intérêts n'a pas été garanti. L'article 8 est libellé comme suit :

« 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 et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

### A. Sur la recevabilité

72. Le Gouvernement argue que la requérante a eu la possibilité de procéder sans entrave à l'opération de conversion sexuelle souhaitée, que ce genre d'opération figure, en principe, parmi les prestations à la charge de l'assurance-maladie obligatoire, et que l'opération a réussi.

73. De l'avis du Gouvernement, l'on ne saurait en revanche déduire de l'article 8 l'obligation positive pour l'Etat de supporter les coûts de l'opération dans un cas où les conditions établies sans arbitraire par la jurisprudence sur la base du droit national applicable à l'ensemble du système de l'assurance-maladie n'ont pas été respectées.

74. Contrairement à l'affaire *Van Kück c. Allemagne*, précitée, où la Cour avait examiné la question de l'application faite par les juridictions allemandes des conditions existantes de prise en charge des frais médicaux, la requérante conteste en l'espèce l'admissibilité des conditions elles-mêmes, telles qu'elles ont été développées par le Tribunal fédéral des assurances. Le Gouvernement rappelle à ce sujet que la Cour ne procède qu'à un examen limité de l'application du droit interne, l'application et l'interprétation de celui-ci revenant en premier lieu aux autorités nationales, notamment aux tribunaux.

75. Par conséquent, le Gouvernement conclut à ce qu'il soit reconnu que la requérante n'a pas la qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée et qu'il n'y a donc pas eu atteinte à ce droit.

76. La requérante soutient que c'est uniquement grâce aux économies qu'elle a faites pendant les années précédant l'intervention chirurgicale qu'elle a pu assumer les frais médicaux et d'hospitalisation. Ainsi, sa qualité de victime n'est pas contestable.

77. La Cour rappelle que le droit au respect de la vie privée inclut le droit au développement personnel et le droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voir, par exemple, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 37, § 47, et *Friedl c. Autriche*, arrêt du 31 janvier 1995, série A n° 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45). Elle constate qu'en l'espèce la procédure engagée par la requérante devant les tribunaux internes mettait en jeu sa liberté de définir son appartenance sexuelle. Devant la Cour, l'intéressée se plaint en substance que le Tribunal fédéral, en dernière instance, n'ait pas tenu compte de sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance. Il est vrai que la Convention ne garantit aucun droit au remboursement des frais médicaux causés par une opération de conversion sexuelle. La Cour constate également que personne n'a empêché la requérante de subir l'intervention chirurgicale, celle-ci étant intervenue avec succès le 30 novembre 2004. Néanmoins, la Cour estime que l'application, par la compagnie d'assurances, du délai de deux ans, au mépris des indications claires découlant des opinions des spécialistes, était, à la lumière notamment de l'âge relativement avancé de la requérante, susceptible de l'influencer dans sa décision de subir l'opération.

Partant, la Cour ne doute pas que la requérante peut se prévaloir de sa qualité de victime au sens de l'article 34 de la Convention.

78. Compte tenu de ce qui précède, le grief tiré de l'article 8 n'est pas manifestement mal fondé et ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité au sens de l'article 35. Il convient donc de le déclarer recevable.

## **B. Sur le fond**

### *1. Les arguments des parties*

#### **a) La requérante**

79. La requérante reconnaît que la Convention ne donne pas à l'individu un droit inconditionnel d'être remboursé pour les frais causés par une opération de conversion sexuelle. En revanche, elle obligerait les Etats parties à prendre en compte les intérêts des transsexuels dans la définition et l'application des principes devant guider les assurances sociales dans leurs décisions de couvrir ou non les frais d'une opération. D'après la requérante, il est évident que les opinions des experts jouent un rôle primordial dans l'appréciation de la nécessité d'un traitement médical et chirurgical.

80. La requérante soutient que l'article 32 LAMal ne constitue pas une base légale suffisante en vertu de l'article 8 de la Convention. Cette disposition pose des critères pour la couverture des frais médicaux. La règle de deux ans, cependant, concerne le diagnostic d'une maladie. Partant, l'article 32 LAMal ne peut justifier le refus de rembourser les frais en question en raison de l'inobservation du délai litigieux.

81. La requérante allègue que ce délai n'est pas susceptible de réduire les coûts de l'assurance-maladie. Au contraire, il risque de retarder les traitements et de les rendre encore plus onéreux.

82. La requérante explique que le fait de ne pas appartenir à son véritable sexe est un lourd fardeau qui peut causer des problèmes psychologiques graves. Le transsexuel doit se soumettre à une procédure longue et difficile, qui implique des expériences de la vie réelle, une psychothérapie, des traitements psychiatriques ainsi qu'une thérapie hormonale. La requérante ne voit pas pour quelles raisons ses souffrances devaient être prolongées, d'autant plus qu'elle était âgée de 67 ans déjà lorsqu'elle a subi son opération.

83. Elle rappelle également qu'aucun avis scientifique ne vient étayer la nécessité absolue d'un délai de deux ans. Quant à l'exemple de l'Allemagne, avancé par le Gouvernement, la requérante précise qu'il provient d'une loi sur le transsexualisme qui date de 1980 et qui est encore plus ancienne que la pratique de la haute juridiction suisse. Par ailleurs, le délai de trois ans en Allemagne se rapporte au désir de changer de sexe et ne représente pas une phase probatoire sous surveillance psychiatrique ou

psychothérapeutique. Ce malentendu est la preuve qu'il n'est pas opportun que les juges se substituent aux médecins.

84. La requérante est d'avis que l'assurance-maladie a clairement mis en doute le diagnostic de transsexualisme. Le Tribunal fédéral des assurances a confirmé la décision de l'assurance-maladie, en estimant qu'un diagnostic ne pouvait être établi qu'après l'écoulement du délai litigieux. Implicitement, il aurait contesté le diagnostic des experts scientifiques.

85. De plus, la requérante n'est pas convaincue que la règle des deux ans est suffisamment accessible. Elle affirme qu'elle n'était pas au courant de ce délai quand elle a subi l'opération et même les experts médicaux auraient été surpris par la décision de l'assurance. Elle indique que la fiche d'information de l'hôpital universitaire de Zurich ne mentionne pas ce critère non plus et se contente de poser une limite d'âge minimal de 25 ans pour subir l'opération. Par ailleurs, quand elle a reçu l'avis négatif de l'assurance, seulement un mois après sa demande, elle était déjà à l'hôpital. Par ailleurs, dans sa réponse, l'assurance n'expliquait pas qu'elle devait attendre encore, mais prétendait qu'une opération n'était pas opportune. L'assurance n'ayant fait preuve d'aucune flexibilité afin de discuter de la cause, la requérante trouve surprenant l'avis du Gouvernement selon lequel au lieu de chercher un accord avec l'assurance elle l'aurait placée devant le fait accompli.

86. La requérante soutient que l'assurance et le Tribunal fédéral auraient dû admettre une exception en raison de son âge. Sa situation est profondément différente de celle d'une personne transsexuelle ayant entre 20 et 30 ans, période pendant laquelle la majorité des personnes subissent l'intervention chirurgicale. Vu les circonstances de l'espèce, il s'agissait de ne plus perdre du temps et de procéder le plus vite possible à l'intervention chirurgicale.

87. A cet égard, on ne saurait prétendre, comme le Gouvernement entend le faire, qu'elle aurait maintenu son identité masculine pendant longtemps. Bien au contraire, son identité sexuelle a toujours été féminine, mais afin de se protéger elle-même et sa famille, elle se serait contrainte à jouer le rôle d'un homme vis-à-vis du monde extérieur, mais en payant un prix lourd. En effet, elle aurait beaucoup souffert psychologiquement pendant de longues années et fait preuve de tendances suicidaires à plusieurs reprises.

88. D'après le Gouvernement, la requérante, qui a demandé qu'une expertise soit établie sur l'augmentation des risques d'une opération au fil du temps, aurait dû fournir elle-même une attestation d'un spécialiste en ce sens. Or, l'intéressée ne partage pas ce point de vue, étant donné que le risque inhérent à son âge a été clairement diagnostiqué par un expert. Par ailleurs, renverser la charge de la preuve pour la faire peser sur la requérante serait contraire à l'article 43 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (paragraphe 33 ci-dessus).

89. Compte tenu de ce qui précède, la requérante est d'avis que les autorités internes, en refusant de prendre en charge les coûts de son opération de conversion sexuelle sur la base d'une règle d'origine jurisprudentielle et au mépris des opinions des experts, ont violé son droit au respect de sa vie privée au sens de l'article 8.

**b) Le Gouvernement**

90. Le Gouvernement soutient que les critères développés par le Tribunal fédéral des assurances s'inscrivent dans le cadre de l'examen des conditions de l'article 32 LAMal, selon lequel les prestations à la charge de l'assurance obligatoire doivent être efficaces, appropriés et économiques (paragraphe 32 ci-dessus). Cette disposition, combinée avec la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, constitue une base légale suffisante au regard de l'article 8 de la Convention.

91. Selon le Gouvernement, pour assurer le bien-être économique du pays, il est impératif de limiter les coûts de l'assurance-maladie. La définition de critères jurisprudentiels sert notamment à assurer l'application uniforme du droit, la sécurité du droit et l'efficacité du travail des tribunaux. Ces buts s'inscrivent, d'après le Gouvernement, parmi ceux que prévoit l'article 8 § 2 de la Convention.

92. Le Gouvernement soutient que le système de l'assurance-maladie nécessite une délimitation des prestations susceptibles d'être prises en charge, qui repose sur une appréciation juridique des circonstances médicales. Dans la mesure où les assurés remplissent les critères posés, ils ont accès sans problèmes à des prestations.

93. Selon le Gouvernement, l'exigence d'une période d'essai de deux ans ne constitue pas une restriction importante pour les personnes concernées, qui, de toute façon, doivent suivre une psychothérapie ainsi qu'un traitement endocrinologique et faire l'expérience de leur nouvelle identité avant de se soumettre à des mesures chirurgicales.

94. Le Gouvernement estime avoir suffisamment mis en exergue les fondements scientifiques de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances. En raison de la spécificité du diagnostic et de l'irréversibilité de l'opération, la nécessité d'une période d'essai sous observation médicale est largement reconnue par les spécialistes. Les délais préconisés ne sauraient varier en fonction des circonstances propres à chaque cas.

95. D'après le Gouvernement, une comparaison internationale montre qu'en Allemagne la prise en charge de la chirurgie de conversion sexuelle par l'assurance sociale est conditionnée notamment à un délai de trois ans durant lequel la personne se voit contrainte de conformer son mode de vie à son orientation sexuelle (*Van Kück*, précité, §§ 29 et suiv.).

96. Le Gouvernement avance également que le Tribunal fédéral des assurances a refusé la prise en charge de l'opération de la requérante non pas parce qu'il aurait mis en doute son transsexualisme, mais parce qu'elle

ne s'était pas conformée aux conditions requises en la matière. Si une règle jurisprudentielle est suffisamment connue et n'est pas critiquable, le mécanisme de protection des droits de la Convention ne devrait pas servir à la contourner en érigeant en violation une décision sanctionnant un comportement qui s'en écarte, à moins que des circonstances particulières n'aient clairement nécessité une exception à la règle.

97. Or, la situation de la requérante serait particulière notamment du fait de son âge relativement avancé pour un traitement de ce type et du fait qu'elle a maintenu son identité masculine pendant de nombreuses années tout en étant convaincue de sa transsexualité. Les risques liés à l'âge étaient augmentés du fait que la requérante consommait de la nicotine. De même, le laps de temps entre la prise de conscience, par la requérante, de sa transsexualité et la décision de se faire opérer ne pouvait justifier une exception à la période d'essai.

98. Par ailleurs, bien que sa compagnie d'assurances lui ait garanti qu'elle examinerait le cas, la requérante n'a pas attendu sa décision avant d'entreprendre le traitement. Plutôt que de chercher un accord avec l'assurance, elle l'a placée devant le fait accompli. En tout état de cause, il aurait probablement été suffisant que la requérante attende l'échéance de la période d'observation, à savoir au maximum six mois de plus, pour que l'intervention soit prise en charge par l'assureur.

99. Compte tenu de ces éléments, le Gouvernement est d'avis que les autorités nationales, en refusant la prise en charge des coûts de l'opération, ont pris une décision qui ne saurait être qualifiée de déraisonnable ou d'arbitraire, et n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui doit leur être reconnue dans une affaire comme la présente espèce.

## 2. *L'appréciation de la Cour*

### a) **Les principes généraux établis par la Cour**

100. Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, 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 n° 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). Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle, relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (arrêts *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41, *B. c. France*, 25 mars 1992, série A n° 232-C, pp. 53 et suiv., § 63, *Burghartz*, précité, p. 28, § 24, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 131, § 36, et *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 71, CEDH 1999-VI). Comme la Cour a déjà remarqué plus haut, cette disposition protège également le droit au

développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (paragraphe 77 ci-dessus, avec d'autres références). Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III).

101. La dignité et la liberté de l'homme relevant 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* [GC], n° 25680/94, § 70, 11 juillet 2002, et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 90, CEDH 2002-VI ; voir également, quant aux affaires ayant trait à la situation des transsexuels, *Rees c. Royaume-Uni*, arrêt du 17 octobre 1986, série A n° 106, *Cossey c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 septembre 1990, série A n° 184, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 juillet 1998, *Recueil* 1998-V, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, CEDH 2006-..., et, indirectement, *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, arrêt du 22 avril 1997, *Recueil* 1997-II).

102. La Cour réaffirme par ailleurs que si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (arrêts *X et Y c. Pays-Bas*, précité, p. 11, § 23, *Botta c. Italie*, 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 422, § 33, et *Mikulić*, précité, § 57).

103. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'Etat au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise, mais les principes applicables dans le cas des premières sont comparables à ceux valables pour les secondes. Pour déterminer si une obligation - positive ou négative - existe, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ; dans les deux hypothèses, l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, les arrêts *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A n° 290, p. 19, § 49, *B. c. France*, précité, p. 47, § 44, *Sheffield et Horsham*, précité, p. 2026, § 52, *Mikulić*, précité, § 57, et *Cossey*, précité, p. 15, § 37).

104. En ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, soit la définition sexuelle d'une personne (voir, *mutatis mutandis*, pour des affaires ayant trait aux personnes homosexuelles, *Dudgeon*, précité, p. 21, § 52, et *Smith et Grady*, § 89, précités).

**b) Application des principes susmentionnés au cas d'espèce**

105. La Cour précise d'emblée que n'est pas en cause devant elle la reconnaissance, au sens juridique, du changement du sexe de la requérante (*Christine Goodwin*, précité, § 76, et *L. c. Lituanie*, n° 27527/03, §§ 56-60, CEDH 2007-..., dans lesquelles la Cour a prononcé des violations de l'article 8), le président du tribunal de district d'Aarau ayant reconnu, le 14 février 2005, le changement de son identité sexuelle. Par la suite, les modifications d'état civil ont été effectuées (paragraphe 17 ci-dessus). En revanche, l'intéressée se plaint en substance que le Tribunal fédéral, en dernière instance, n'ait pas dûment tenu compte des problèmes liés à sa transsexualité dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance.

106. La Cour note que les griefs soulevés par la requérante sur le terrain de l'article 8 § 1 portent sur le refus de prendre en compte certains éléments de preuve relatifs à sa transsexualité, point qui a déjà été examiné sur le terrain de l'article 6 § 1. Elle souligne cependant la différence de nature entre les intérêts protégés par l'article 6 § 1, qui accorde une garantie procédurale, et ceux protégés par l'article 8, qui assure le respect de la vie privée ; cette différence peut justifier l'examen d'un même ensemble de faits sous l'angle des deux articles (arrêts *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, série A n° 307-B, p. 57, § 91, *Buchberger c. Autriche*, n° 32899/96, § 49, 20 décembre 2001, et *P., C. et S. c. Royaume-Uni*, n° 56547/00, § 120, CEDH 2002-VI).

107. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il convient d'examiner aussi le grief tiré par la requérante de l'article 8, selon lequel la manière dont le Tribunal fédéral des assurances a traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombent à l'Etat (voir, *mutatis mutandis*, *Van Kück*, précité, § 75).

108. La Cour tient à préciser que la question centrale qui se pose en l'espèce est celle de l'application faite par le Tribunal fédéral des assurances des conditions de prise en charge des frais médicaux lorsqu'il a eu à se prononcer sur la demande de la requérante de se faire reconnaître un droit au remboursement pour les frais liés à une opération de conversion sexuelle (voir, *mutatis mutandis*, *Van Kück*, précité, § 78).

109. La Cour observe qu'en l'occurrence le Tribunal fédéral des assurances s'est fondé sur un critère établi par sa propre jurisprudence, qui ne trouve sa base dans aucune loi. Cette condition supplémentaire ne permet le remboursement des frais de l'opération de conversion sexuelle qu'après écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Ce délai de deux ans s'explique, comme le soutient le Tribunal fédéral des assurances, par le fait qu'il garantit un équilibre entre les intérêts de la personne concernée, d'une part, et l'intérêt public visant à éviter les opérations inutiles, d'autre part.

110. La Cour est consciente des problèmes auxquels les compagnies d'assurances sociales sont confrontées dans leurs décisions de prise en

charge des prestations. Elle ne sous-estime pas non plus l'ampleur des conséquences pour l'intéressée d'une opération de conversion sexuelle – intervention coûteuse et irréversible –, et, dès lors, l'intérêt de l'assurance et de l'intéressée à éviter qu'une décision soit prise hâtivement. C'est l'objectif principal – objectif certes légitime – poursuivi par le délai de deux ans. Toutefois, la Cour rappelle ce qu'elle a déjà affirmé en 2002, à savoir que l'on ne saurait croire qu'il y ait quoi que ce soit d'irréfléchi dans la décision d'une personne de subir une opération de conversion sexuelle, compte tenu des interventions nombreuses et pénibles qu'entraîne une telle démarche et du degré de détermination et de conviction requis pour changer son rôle sexuel dans la société (voir, *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, précité, § 81).

111. La Cour ne méconnaît pas non plus qu'il revient au premier chef aux autorités nationales, singulièrement aux instances juridictionnelles, d'interpréter et d'appliquer le droit interne (voir la jurisprudence citée au paragraphe 51 ci-dessus). Néanmoins, dans la mesure où la Cour est compétente pour contrôler la procédure suivie devant les tribunaux internes, elle considère qu'une application trop rigide du délai de deux ans peut s'avérer contraire à l'article 8 de la Convention.

112. A cet égard, la Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs (voir la jurisprudence citée au paragraphe 57 ci-dessus). Il en découle que, pour qu'ils puissent apparaître comme légitimes, les arguments invoqués pour justifier une ingérence doivent poursuivre concrètement et effectivement les motifs mentionnés au paragraphe 2 de l'article 8. En tant qu'exceptions à l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale, ceux-ci appellent un examen attentif et soigneux par la Cour (*Emonet et autres c. Suisse*, n° 39051/03, § 77, CEDH 2007-...). En insistant sur le respect du délai de deux ans, le Tribunal fédéral a refusé de se livrer à une analyse des circonstances spécifiques du cas d'espèce et de peser les différents intérêts en jeu. La Cour estime que les autorités internes auraient dû prendre en compte les opinions des spécialistes afin d'examiner s'il y avait lieu d'admettre une exception à la règle des deux ans, notamment sur la base de l'âge relativement avancé de la requérante et de l'intérêt à ce qu'elle subisse une intervention chirurgicale dans un bref délai.

113. En outre, la Cour ne s'estime pas tenue de répondre définitivement à la question de savoir si ce délai de deux ans correspond aux courants actuels dans la pratique et la doctrine en matière de conversion sexuelle. En revanche, elle est convaincue que, depuis 1988, année où le Tribunal fédéral des assurances a rendu ses deux arrêts de principe, la médecine a fait des progrès dans l'établissement de la « véracité » du transsexualisme (voir, dans ce sens, *Christine Goodwin*, précité, §§ 81 et suiv., et § 92), ce dont le Tribunal fédéral des assurances n'a pas tenu compte. Or, la Cour a à maintes occasions souligné l'importance d'une approche évolutive dans

l'interprétation de la Convention, à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (voir, entre autres, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, p. 15, § 31, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 19, § 41, *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, série A n° 32, pp. 14 et suiv., § 26, *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, § 82, CEDH 2004-VIII, et *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], n°s 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005-I).

114. La Cour a par ailleurs jugé que le fait que les services médicaux n'attendent pas, pour dispenser des soins et des traitements chirurgicaux à des transsexuels, que chacun des aspects du statut juridique de ces personnes ait été examiné et réglé bénéficie aux intéressés et contribue à leur liberté de choix (*Rees*, précité, p. 18, § 45). Elle a aussi jugé que la détermination dont témoignent les personnes concernées constitue un élément assez important pour entrer en ligne de compte, avec d'autres, sur le terrain de l'article 8 (*B. c. France*, précité, p. 51, § 55, et *Van Kück*, précité, § 77). A cet égard, la Cour considère comme important le fait que la décision tardive de la requérante de subir l'opération s'explique exclusivement par le respect qu'elle portait à ses enfants et à son ex-épouse, ce qui l'a conduite à reporter l'intervention jusqu'à la majorité des enfants et jusqu'au décès de son épouse. En un mot, l'application du délai d'attente de deux ans a eu pour effet de prolonger la situation insatisfaisante de la requérante (voir, dans le même sens, *Christine Goodwin*, précité, § 90).

115. Le respect de la vie privée de la requérante aurait exigé la prise en compte des réalités médicale, biologique et psychologique, exprimées sans équivoque par l'avis des experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans. La Cour en conclut que, eu égard à la situation très particulière dans laquelle se trouvait la requérante – âgée de plus de 67 ans au moment de sa demande de prise en charge des frais liés à l'opération –, et compte tenu de la marge d'appréciation étroite dont l'Etat défendeur bénéficiait s'agissant d'une question touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée, un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part.

116. Il y a donc eu violation de l'article 8.

### III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14, COMBINE AVEC LES ARTICLES 6 ET 8 DE LA CONVENTION

117. La requérante fait valoir que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances est discriminatoire puisque, pour d'autres maladies, la Haute Cour se contente d'appliquer les critères prévus par la loi pour vérifier la nécessité d'une intervention sans ajouter de critère supplémentaire. La requérante soutient que le fait d'exiger des conditions plus strictes pour le

cas d'une opération de conversion sexuelle constitue une atteinte à l'article 14, en relation avec le droit à un procès équitable (article 6) et le droit au respect de la vie privée (article 8).

118. La Cour considère que le grief relatif à l'article 14 coïncide en substance avec les griefs soulevés au regard des articles 6 et 8. Il est recevable, mais la Cour ne juge pas nécessaire de l'examiner séparément.

#### IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

119. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

##### A. Dommage

120. La requérante ne fait pas valoir un dommage matériel. En revanche, elle demande la somme de 43 000 CHF (environ 28 841 EUR) au titre du dommage moral, somme qui correspond approximativement aux frais médicaux et d'hospitalisation.

121. Le Gouvernement soutient que la constatation d'une violation de la Convention suffirait, le cas échéant, à réparer le préjudice moral subi par la requérante. En tout état de cause, une éventuelle indemnisation du dommage moral devrait effectivement être en rapport avec l'état d'angoisse, les désagréments et autres dommages non matériels subis, et ne saurait servir à accorder sous un autre titre une indemnité à laquelle la Convention ne donne pas droit. A cet égard, le Gouvernement précise que la requérante disposait d'une assurance complémentaire qui lui a permis d'être hospitalisée dans le secteur semi-privé. Le complément de 3 662.50 CHF (environ 2 457 EUR) pour hospitalisation en chambre privée devrait ainsi être déduit de la somme du litige l'opposant à l'assurance.

122. La Cour estime que les prétentions de la requérante au titre du dommage ne sont pas dépourvues d'ambiguïtés. D'une part, elle ne prétend pas avoir subi un dommage matériel, mais la somme demandée au titre du dommage moral correspond, selon ses propres dires, *grosso modo* aux frais médicaux et d'hospitalisation exposés. Cela étant, la Cour estime qu'on ne saurait spéculer sur le résultat auquel la procédure litigieuse aurait abouti en l'absence de manquement aux exigences de la Convention. Elle juge toutefois indiscutable que l'intéressée a subi un préjudice moral du fait du manque d'équité de la procédure incriminée et de l'atteinte portée à son droit au respect de sa vie privée. Compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour, statuant en équité comme le veut l'article 41, alloue à la requérante

la somme de 15 000 EUR, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt sur ladite somme.

## B. Frais et dépens

123. La requérante demande que lui soient accordés 7 094,50 CHF (environ 4 758 EUR) à titre de dépens devant les autorités nationales et 16 800 CHF (environ 11 268 EUR) pour la procédure devant la Cour, soit un montant total de 23 894,50 CHF. Le premier montant correspond aux frais exposés pour le litige opposant la requérante à l'assurance (2 190,20 CHF), ainsi que ceux exposés pour l'instance cantonale (1 964 CHF) et devant le Tribunal fédéral (2 940,30 CHF).

124. D'après le Gouvernement, la première note d'honoraires du représentant de la requérante a été envoyée à l'assurance de protection juridique. Les notes d'honoraires suivantes n'auraient été adressées ni à la requérante ni à l'assurance. Le Gouvernement est donc d'avis que les frais d'avocat devant les instances nationales ont été pris en charge par l'assurance de protection juridique de la requérante et ne peuvent pas, de ce fait, être pris en compte dans le cadre de l'article 41.

125. Le Gouvernement soutient que les honoraires que fait valoir la requérante en rapport avec la procédure devant la Cour sont disproportionnés. Il précise que la requérante était représentée par le même avocat durant toute la procédure interne et devant la Cour, et que les interventions nécessaires du représentant devant la Cour ne peuvent ainsi en aucun cas constituer une charge de travail à ce point plus élevée que celle pour les trois instances internes réunies. Il conclut par conséquent que soit accordé à la requérante, en cas d'admission de sa requête, un montant de 3 000 CHF à titre de dépens pour la procédure devant la Cour.

126. La Cour rappelle que, lorsqu'elle constate une violation de la Convention, elle peut accorder au requérant le remboursement non seulement de ses frais et dépens engagés pour la procédure à Strasbourg, mais aussi de ceux qu'il a engagés devant les juridictions nationales pour prévenir ou faire corriger par celles-ci ladite violation (voir, par exemple, *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, arrêt du 13 juillet 1983, série A n° 66, p. 14, § 36). Toutefois, le remboursement des frais et dépens ne peut être obtenu que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux (*Bottazzi c. Italie* [GC], n° 34884/97, § 30, CEDH 1999-V, et *Linnekogel c. Suisse*, n° 43874/98, § 49, 1<sup>er</sup> mars 2005).

127. La Cour estime que, dans la mesure où le Gouvernement prétend que la requérante aurait été remboursée par son assurance de protection juridique pour les frais encourus devant les instances internes (4 758.40 EUR) et que la requérante ne semble pas contester cette

allégation, ces frais n'ont pas été engagés réellement par la requérante. Dès lors, il n'y a pas lieu de faire droit à un remboursement à ce titre.

128. En ce qui concerne le montant de 16 800 CHF, qui correspondrait aux frais exposés pour la procédure à Strasbourg, la Cour constate l'absence de prétentions chiffrées. En revanche, elle observe que l'avocat a représenté la requérante pendant toute la procédure devant la Cour. Elle prend note en particulier du mémoire de requête et des observations sur la recevabilité et le fond. Compte tenu des éléments en sa possession et des critères dégagés dans sa jurisprudence, la Cour estime justifié d'octroyer à l'intéressée un montant de 8 000 EUR pour frais et dépens, plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la requérante.

### C. Intérêts moratoires

129. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

## PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare*, à l'unanimité, la présente requête recevable ;
2. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 quant au droit d'être entendu équitablement ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 quant au droit d'être entendu publiquement ;
4. *Dit*, par 5 voix contre 2, qu'il y a eu violation de l'article 8 ;
5. *Dit*, par 5 voix contre 2,
  - a) que l'Etat défendeur doit verser à la requérante, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir en francs suisses au taux applicable à la date du règlement :
    - i. 15 000 EUR (quinze mille euro) pour dommage moral ;
    - ii. 8 000 EUR (huit mille euros) pour frais et dépens ;
    - iii. tout montant pouvant être dû à titre d'impôt par la requérante ;
  - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;

6. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 8 janvier 2009, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Søren Nielsen  
Greffier

Christos Rozakis  
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée en partie dissidente commune aux juges Vajić et Jebens.

C.L.R  
S.N.

## OPINION EN PARTIE DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES VAJIĆ ET JEBENS

1. Nous ne partageons pas la conclusion de la majorité selon laquelle il y a eu violation de l'article 8 de la Convention dans la présente affaire.

2. Nous prenons comme point de départ le constat, souligné par la Cour à maintes reprises, que l'on se trouve dans un domaine où l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation (voir, par exemple, les arrêts *Van Kück c. Allemagne*, n° 35968/97, § 71, CEDH 2003-VII, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 72, CEDH 2002-VI, et *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 58, CEDH 2002-I).

3. Nous tenons également à rappeler qu'il revient au premier chef aux autorités nationales, singulièrement aux instances juridictionnelles, d'interpréter et d'appliquer le droit interne et que ce n'est pas à la Cour de substituer sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire (voir la jurisprudence citée au paragraphe 51 de l'arrêt).

4. En statuant dans la présente affaire, le Tribunal fédéral des assurances s'est fondé sur un critère bien établi dans sa jurisprudence selon lequel le remboursement des frais de l'opération de conversion sexuelle n'est permis qu'après l'écoulement d'un délai d'observation de deux ans. Celui-ci s'explique, comme le soutient le Tribunal fédéral des assurances, par le fait qu'il garantit un équilibre entre les intérêts de la personne concernée, qui doit prendre sans hâte une décision aux conséquences importantes quant à une intervention irréversible, d'une part, et l'intérêt public visant à éviter les opérations inutiles, d'autre part.

Cette règle a été élaborée par le Tribunal fédéral dans deux arrêts de principe en 1988. Ces deux arrêts ont été dûment publiés dans le Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral. Cette jurisprudence a été confirmée ultérieurement par un arrêt de 1995, puis maintenue dans le cadre de la nouvelle loi fédérale sur l'assurance maladie, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996, et par deux arrêts de 2004 (paragraphe 34-37 de l'arrêt). Il s'agissait donc d'une règle claire et prévisible : la requérante, dûment représentée par un avocat devant les instances internes, ne pouvait donc pas de bonne foi ignorer son existence.

5. Il faut aussi rappeler qu'il ressort d'une expertise médicale du 27 octobre 2004 que la requérante avait commencé une thérapie hormonale en janvier 2003 et suivait un traitement psychothérapeutique et endocrinologique depuis mai 2003. Le 2 novembre 2004, la requérante soumit à la SWICA une demande de prise en charge des dépenses liées à l'opération de conversion sexuelle. Par une lettre du 29 novembre 2004, celle-ci refusa le remboursement des frais, rendant la requérante attentive à la règle du délai de deux ans. Malgré ce refus, la requérante, sans contester préalablement cet avertissement, a pris la décision de subir l'opération, qui s'est déroulée avec succès le 30 novembre 2004. C'est donc en pleine

connaissance de cause que la requérante a décidé de ne respecter ni le délai légal, à savoir l'une des conditions fixées pour la prise en charge des frais liés à une opération de conversion sexuelle, ni l'avertissement de la SWICA.

6. Eu égard notamment à ladite expertise, dont les conclusions sont sans équivoque, nous estimons qu'il n'existe pas de véritable raison de croire que la SWICA aurait refusé la prise en charge des frais liés à l'opération de conversion sexuelle si la requérante avait attendu l'échéance du délai de deux ans qui prenait fin en mai 2005, c'est-à-dire après deux ans à compter du moment où elle avait commencé à suivre régulièrement un traitement psychothérapeutique et endocrinologique. En tout état de cause, les tribunaux nationaux ne mettant nullement en cause la liberté pour la requérante de définir son appartenance sexuelle, on ne saurait donc considérer comme insupportables les souffrances et les sentiments de frustration provoqués éventuellement par un retard supplémentaire de six mois.

7. Compte tenu de tout ce qui précède, nous estimons que dans la présente affaire un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurances, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part, et qu'il n'y a donc pas eu violation de l'article 8.