

diese Betrachtungsweise mit dem Argument, die Anwendung der Rechtsprechung gemäss BGE 134 V 392 bedinge, dass nach Abschluss der Heilbehandlung tatsächlich eine rentenbegründende Invalidität bestehe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Aufgrund der Akten sei vielmehr davon auszugehen, dass die Versicherte ihre angestammte Tätigkeit aus medizinischer Optik grundsätzlich auch nach ihrer auf Ende Oktober 2004 erfolgten Pensionierung hätte weiterführen können.⁵⁰

PETRA FLEISCHANDERL, LUZERN

Schweiz-EU/Suisse-UE

La présence du médical sur le droit: Commentaire de l'arrêt 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme dans un litige entre une caisse-maladie et un assuré transsexuel

Par Prof. VALERIE JUNOD*

L'assurance-maladie peut-elle refuser de payer une opération de conversion sexuelle au motif que l'assuré(e) n'a pas respecté un délai d'observation de deux ans?

Voilà la question soumise successivement au tribunal cantonal d'Argovie, au Tribunal fédéral des assurances et finalement en janvier 2009 à la Cour européenne des droits de l'homme.

Max Schlumpf est né homme en 1937. Bien que tourmenté dès son enfance par son identité sexuelle, il attend que ses enfants aient atteint l'âge adulte et que son épouse soit décédée pour entreprendre les démarches menant à un changement de sexe. Ce n'est donc qu'en 2003, à l'âge de 66 ans, qu'il débute un traitement psychothérapeutique et endocrinologique. En automne 2004, les médecins confirment le diagnostic de transsexualisme. Peu après, M. Schlumpf demande à sa caisse-maladie la prise en charge des coûts futurs de son opération de conversion sexuelle. La caisse refuse principalement au motif que le délai d'attente de deux ans – exigé depuis 1988 par la jurisprudence du Tribunal fédéral pour un remboursement par l'assurance-maladie de base – n'est pas écoulé.¹ Malgré ce refus, Max

* Professeur de droit des affaires à la Faculté des hautes études commerciales, Université de Lausanne, valerie.junod@unil.ch. L'auteur remercie ses trois relecteurs: Betty et Charles-André Junod et Grégoire Nicolet.

¹ En Suisse, le droit au remboursement social des coûts d'une telle opération a été progressivement reconnu à partir de 1988. Ainsi, l'ATF 114 V 153 du 6 juin 1988 (confirmé par l'ATF 114 V 162 du 16 septembre 1988) a renversé la jurisprudence établie en 1979 par l'ATF 105 V 180, laquelle refusait toute prise en charge. Ces deux arrêts de 1988 ont cependant introduit une période d'observation de deux ans («Il résulte de cette documentation médicale que les opérations de changement de sexe – lesquelles sont pratiquées en Suisse depuis une quinzaine d'années – doivent être réservées au cas grave du transsexualisme vrai, dit de haute intensité», qui échappe aux possibilités de traitement par la seule psychothérapie et l'hormono-

Schlumpf décide de subir l'opération, six mois avant l'expiration dudit délai. Celle-ci est un succès. En 2005, sa nouvelle identité, Nadine Schlumpf, est enregistrée à l'état civil.

M^{me} Schlumpf attaque la décision de refus de remboursement de sa caisse. Le Tribunal cantonal lui donne partiellement raison, mais la caisse fait recours au Tribunal fédéral des assurances (TFA, aujourd'hui intégré au Tribunal fédéral). Confirmant ses précédents arrêts² imposant un délai d'attente, d'observation et de test de deux ans, le Tribunal fédéral nie le droit au remboursement des frais de l'opération par l'assurance de base.³

thérapie. Le diagnostic doit donc être posé très soigneusement, pour éviter toute confusion avec d'autres troubles psychiques analogues, non irréversibles. En conséquence, l'opération ne peut être envisagée qu'à partir de l'âge de 25 ans, après des investigations médicales très approfondies – psychiatriques et endocrinologiques – et une période d'observation d'au moins deux ans.» ATF 114 V 153, consid. 4.a).

Par la suite, dans l'ATF 120 V 463 du 7 juin 1994, toujours sous l'empire de l'ancienne loi fédérale sur l'assurance-maladie (ALAMA), le TFA est revenu sur le considérant 4.c) de son arrêt 114 V 153. Pour des raisons intitulées de «bon sens», il a admis, en sus de l'ablation déjà remboursée des organes génitaux d'origine, le remboursement des opérations visant à pourvoir l'assuré d'organes correspondants à son nouveau sexe. L'arrêt K 46/05 du 13 février 2006 a encore amélioré la prise en charge des coûts connexes; ainsi, l'opération chirurgicale consistant à mettre en place un implant pénien à un transsexuel doit également être prise en charge par l'assurance-maladie de base.

Sur le plan conventionnel, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la Cour) a – en tout cas partiellement – reconnu un droit à la prise en charge des coûts d'une opération de conversion sexuelle. Dans son arrêt *Van Kück c. Allemagne* du 12 septembre 2003 (n° 35968/97), une assurance-maladie privée avait – à tort selon la Cour – refusé le remboursement de l'opération de conversion sexuelle, au motif que celle-ci n'aurait pas été médicalement nécessaire.

² ATF 114 V 153 du 6 juin 1988 susmentionné (premier arrêt à poser cette condition du délai d'attente); ATF 114 V 162 du 16 septembre 1988 (reprenant quasiment à l'identique les considérants de l'ATF 114 V 153); arrêt K 40/95 du 12 juin 1995 (non publié); arrêt du 10 décembre 1999, RAMA 2 (2000) KV 106 p. 63 (refus de remboursement de l'opération de conversion sexuelle avant l'échéance des deux ans); arrêt K 142/03 du 24 juin 2004 (refus de remboursement d'une épilation définitive du visage effectuée avant l'échéance du délai); arrêt K 98/04 du 29 novembre 2004 (même refus de l'épilation définitive réalisée pendant le délai d'épreuve).

³ Arrêt K 110/05 du 5 décembre 2005 («Angesichts der Schwere und [praktischen] Irreversibilität des Eingriffs kommt einer möglichst zückerhaften Diagnosestellung ausserordentlich grosse Bedeutung zu. Deshalb erscheint aus rechtlicher Sicht auch unter Berücksichtigung des aktuellen Standes der Medizin nach wie vor eine erhebliche Zurückhaltung und Vorsicht als angebracht. Durch das Erfordernis einer zweijährigen medizinisch begleiteten Beobachtungsphase wird diesem Aspekt in angemessener Weise Rechnung getragen. Gleichzeitig bietet diese Praxis Gewähr für die notwendige Rechtssicherheit im Spannungsfeld zwischen dem Lebensdruck der Betroffenen einerseits und dem zwingenden Gebot, ungerechtfertigte derartige Operationen zu vermeiden, andererseits.»).

M^{me} Schlumpf ne s'arrête pas là: elle attaque la Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la Cour). Elle s'y plaint d'une violation des articles 6⁴ (procès inéquitable) et 8⁵ (atteinte à la vie privée) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La Cour accueille sa plainte, à l'unanimité pour les deux premiers motifs de procédure et à une majorité de 5 juges contre 2 s'agissant de l'ingérence dans sa vie privée.⁶ Le chapitre ci-dessous explique en quoi consistent ces trois violations, tandis que les deux chapitres suivants en tirent les conclusions pour la Suisse.

En quoi la Suisse a-t-elle violé la CEDH?

La Cour retient une triple violation de la CEDH.

Tout d'abord, M^{me} Schlumpf critiquait le refus de principe du TFA de prendre en compte les déclarations de ses experts médicaux en faveur d'une opération chirurgicale rapide, c'est-à-dire sans délai d'attente. La Cour européenne la suit, estimant que ce refus viole le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH), car «la décision sur la nécessité d'une opération de conversion sexuelle doit s'appuyer sur des connaissances médicales spécialisées», et n'est donc pas «une affaire d'appréciation juridique». Dès lors, «il est disproportionné de ne pas admettre des opinions» d'experts

⁴ «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 [...]» Depuis les arrêts *Feldbrugge c. Pays-Bas* du 25 mai 1986, *Deumeland c. Allemagne* du 29 mai 1986, *Salesi c. Italie* du 26 février 1993, *Schuler-Zörgggen c. Suisse* du 24 juin 1993, les litiges de sécurité sociale relèvent des contestations «de caractère civil».

⁵ «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale... 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.»

⁶ Arrêt de la Cour du 8 janvier 2009 dans l'affaire *Schlumpf c. Suisse* (requête n° 29002/06).

⁷ Voir déjà l'arrêt *Van Kück* (la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle en fonction de leur effet curatif sur un transsexuel n'est pas affaire d'appréciation juridique.» § 54).

médicaux, médecins et psychiatres, le tribunal n'étant pas admis à se substituer à leurs opinions ici décisives.⁸

Ensuite, M^{me} Schlumpf se plaignait de ce que le TFA ait refusé de l'entendre elle et ses experts lors d'une audience publique. La Suisse rétorquait au contraire que l'audition publique n'était pas nécessaire, l'affaire pouvant être tranchée sur pièces. La Cour se range du côté de M^{me} Schlumpf, rappelant que la nécessité d'une telle opération n'est ni une question purement juridique, ni une question purement technique. Par conséquent, il ne peut être dérogé à la règle qui exige *au moins une* audience publique devant un tribunal.

Le troisième grief invoqué devant la Cour soulevait directement la question de l'admissibilité du délai d'attente de deux ans, au regard du droit fondamental au respect de la vie privée protégé par l'art. 8 CEDH. Le jugement de la Cour sur ce point est doublement intéressant.

D'abord, parce que la Cour reproche à la Suisse de n'avoir pas pris de mesures positives pour protéger *effectivement* ce droit de M^{me} Schlumpf. Le refus de remboursement des frais de l'opération émanant d'une caisse-maladie privée, il ne pouvait être question d'une *ingérence de l'Etat*. Cependant, pour la Cour, la Suisse a l'*obligation positive* de tenir «dûment compte des problèmes liés à [la] transsexualité [de M^{me} Schlumpf] dans le cadre du litige qui l'opposait à sa compagnie d'assurance», ce qui implique que la Suisse, en particulier les tribunaux, doit trouver un juste équilibre entre «l'intérêt général et les intérêts de l'individu».

Ensuite, tranchant le fond, la Cour se montre sévère dans l'appréciation de l'*intérêt public* pouvant justifier un délai d'attente. Le seul intérêt public entrant ici en considération était la volonté d'éviter des opérations inutiles ou hâtives⁹. Cet intérêt doit être concret et effectif et faire l'objet d'un «examen attentif et soigneux» par les tribunaux nationaux, puis par la Cour européenne. C'est pourquoi cet intérêt ne légitime le délai d'attente que si les médecins sont d'avis qu'une opération serait inutile ou hâtive. Or, dans la plupart des cas, et en particulier dans celui de M^{me} Schlumpf,

⁸ Voir déjà l'arrêt *Van Kück* critiquant la cour d'appel allemande pour s'être fondée «sur des suppositions générales concernant le comportement de l'homme et de la femme, [en substituant] son propre jugement à celui de la requérante sur des sentiments et expériences très intimes, nonobstant le fait qu'elle ne disposait d'aucune compétence en matière médicale» § 81.

⁹ Le gouvernement suisse, suivant le TFA, admettait qu'il s'agissait là du seul intérêt justifiant le délai d'attente de deux ans, des considérations d'économie budgétaire n'ayant pas été invoquées. Cf. arrêt *Schlumpf*, au § 109.

la détermination des médecins en faveur d'une opération rapide signifie qu'il n'y a pas d'intérêt public à imposer un délai d'attente. La Cour va même plus loin puisqu'elle considère qu'il ne saurait y avoir «quoi que ce soit d'irréfêchi 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»¹⁰. L'insistance du TFA en faveur du délai de deux ans est d'autant plus mal placée que cette exigence n'a aucune base dans une loi ou dans une ordonnance, mais a simplement été dégagée par ledit tribunal. De surcroît, cette jurisprudence remonte à 1988 et ne tient pas compte des progrès réalisés par la médecine dans le diagnostic du transsexualisme.

Quels enseignements peut-on tirer de cet arrêt?

Cet arrêt est intéressant pour ses implications en droit des assurances sociales.

Premièrement, il met en avant la suprématie du jugement médical sur l'appréciation juridique s'agissant de questions telles que la nécessité d'une opération médicale. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, c'est aux médecins, et non aux juges, de dire si une opération est nécessaire et quand elle doit avoir lieu. Dans la mesure où la Suisse concède que le délai d'attente est fondé sur des considérations médicales (pour rappel, le souci d'éviter des opérations hâtives ou inutiles), ce sont aux médecins de se prononcer sur le caractère approprié d'un délai d'attente. Le juge est donc tenu de prendre en compte leurs rapports d'expertise, de les entendre, et de se baser sur leurs conclusions pour trancher ce point.

Deuxièmement, l'arrêt européen signale aux Etats qu'ils doivent se garder de tout schématisme en matière de couverture d'assurance, en tout cas pour ce qui touche à la vie privée et la protection de l'identité sexuelle des transsexuels. La Suisse ne peut pas imposer systématiquement un délai

¹⁰ Ce passage est repris des arrêts *Van Kück* au § 59, *I. c. Royaume-Uni* au § 61, et *Goodwin c. Royaume-Uni* au § 52. Dans la première de ces deux affaires, la Cour avait conclu qu'il était disproportionné d'exiger d'une transsexuelle «qu'elle prouve la nécessité médicale d'un traitement, dùt-il s'agir d'une intervention chirurgicale irréversible» (§§ 56 et 82). La plupart des médecins ayant examiné la patiente s'étaient prononcés en faveur de la conversion sexuelle, mais certains étaient néanmoins d'avis qu'il existait des alternatives non chirurgicales, telle la psychothérapie.

d'attente de deux ans, car appliquer une telle règle (générale et abstraite) rend impossible la pesée concrète des intérêts publics et privés en jeu. Or, pour que l'intérêt de l'individu à bénéficier d'une opération de conversion sexuelle cède le pas, l'Etat doit pouvoir démontrer qu'il existe un intérêt prépondérant à lui refuser la prise en charge financière des coûts de cette opération. Tel sera rarement le cas lorsque les médecins se rangent à l'avis du patient désireux de changer au plus vite de sexe. C'est la première fois que la Suisse se voit ainsi contrainte d'adopter des mesures positives avec effet en droit des assurances sociales.¹¹ On peut cependant concevoir d'autres cas de figure où la prise en charge sociale d'une prestation médicale dépend de facteurs non médicaux (p. ex. refus de remboursement d'un médicament non inscrit sur la Liste des spécialités).

Troisièmement, chaque fois qu'un droit de l'homme est invoqué, la Suisse ferait bien d'ancrer dans une loi ou dans une ordonnance les restrictions à la couverture d'assurance. Dans l'affaire *Schlumpf*, le délai d'attente n'était fondé «que sur la jurisprudence». Même si la Cour ne conteste pas frontalement l'admissibilité d'un tel procédé judiciaire, le lecteur de l'arrêt en retire tout de même l'impression qu'une règle aussi importante aurait mérité d'être entérinée par le législateur ou le gouvernement.

Quatrièmement, si la Cour n'exclut pas explicitement la prise en compte de règles purement jurisprudentielles, elle exige en revanche que celles-ci soient réexaminées à l'aune de l'évolution des connaissances médicales.¹² Ainsi, une règle à connotation médicale comme celle du délai d'attente de deux ans ne peut pas être maintenue sans réexamen pendant des décennies (1988–2009) lorsque la communauté médicale doute de sa nécessité. Autrement dit, lorsqu'une règle juridique s'appuie sur des

¹¹ Les arrêts suisses mentionnés sous notes 1 et 2 n'ont pas du tout examiné la question juridique de la prise en charge sociale sous l'angle du droit au respect de la vie privée des transsexuels. Tout au plus y trouve-t-on une interrogation sur la possible inégalité de traitement qui consistait, à l'époque, à admettre le remboursement de l'opération de conversion sexuelle pour les personnes souffrant de pseudo-hermaphroditisme (cf. RAMA 1985 N° K 630 p.17) et à la refuser aux transsexuels (cf. ATF 114 V 153).

¹² Paradoxalement, dans l'affaire *Goodwin* susmentionnée, la Cour avait conclu que «l'état des connaissances médicales ou scientifiques», en particulier les questions toujours ouvertes quant à la nature et aux causes du transsexualisme, ne saurait fournir «un argument déterminant quant à la [non-]reconnaissance juridique des transsexuels» § 83. On rappellera que l'incertitude quant aux causes scientifiques de la transsexualité avait longtemps justifié, dans la jurisprudence de la Cour, la large marge d'appréciation reconnue aux Etats (cf. par ex. l'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998, §§ 55–56).

connaissances médicales, la première doit évoluer avec les secondes. Malheureusement, la Cour ne dit rien sur le degré d'évidence scientifique d'une conclusion médicale nécessaire pour «invalider» une règle jurisprudentielle. Néanmoins, la médecine fondée sur les preuves («evidence-based medicine») semble ici avoir déteint sur le droit.

Quelle conclusion pour l'avenir?

Les cas de conversion sexuelle soumis pour remboursement aux assurances sociales demeurent rares. Cependant, l'arrêt *Schlumpf* pourrait avoir des ramifications au-delà de ce cadre étroit. En effet, le droit à la vie privée garanti par l'art. 8 CEDH est une notion large qui englobe l'intégrité physique comme morale de chaque individu.¹³ Selon les circonstances, il peut être renforcé par l'art. 2 CEDH protégeant le droit fondamental à la vie, voire par l'art. 3 CEDH interdisant les traitements inhumains.¹⁴ Dès lors, en cas de refus de remboursement d'un traitement médical, dont l'impact sur la vie ou la santé du patient est important, ce dernier trouve désormais dans l'arrêt *Schlumpf* des arguments supplémentaires pour recourir à Strasbourg. On décèle d'ailleurs une augmentation du nombre des affaires de santé qui aboutissent devant cette Cour.¹⁵ S'agissant des

¹³ «L'intégrité physique de la personne relève incontestablement de la notion de vie privée au sens de l'article 8.1. Par conséquent, toute atteinte de caractère médical, même mineure, à l'intégrité corporelle, s'analyse en une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée.» Arrêt *Beniderky c. Ukraine* du 15 novembre 2007, § 59.

¹⁴ La portée de l'art. 3 CEDH est plus large puisque la CEDH «astreint l'Etat à une obligation positive de protéger les individus des mauvais traitements graves, qu'ils soient de nature physique ou psychologique et quelle que soit leur origine. Ainsi, si les sévices concernés ont pour cause une maladie survenue naturellement et dont le traitement peut mettre en jeu la responsabilité de l'Etat mais n'est pas accessible ou est manifestement inadéquat, la question de la violation de cette disposition peut se poser.» Toutefois, dans l'affaire *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007, la Cour a préféré aborder sous l'angle de l'art. 8 CEDH la question de la prise en charge financière de l'opération de conversion sexuelle.

¹⁵ Cf. par exemple les affaires *X. c. France* du 31 mars 1992, *Vallée c. France* du 26 avril 1994 et *Kanakeya c. France* du 26 août 1994 (durée excessive de la procédure d'indemnisation ouverte pour contamination au virus HIV); *Z. c. Finlande* du 25 février 1997 (violation de l'art. 8 CEDH de par la divulgation, dans le cadre d'une procédure pénale, de l'identité d'une personne séropositive); *Mantovanelli c. France* du 18 mars 1997 (dans un litige sur la responsabilité du médecin, expertise médicale ordonnée sans respecter les droits des lésés découlant de l'art. 6 CEDH); *M.S. c. Suède* du 27 août 1997 (pas de violation de l'art. 8 CEDH en raison de la transmission d'un dossier médical confidentiel dans le contexte d'une demande de prestations d'invalidité par la patiente); *Paillot c. France* du 22 avril 1998 (violation de l'art. 6 CEDH pour durée excessive d'une procédure d'indemnisation liée à une infection par le

droits des transsexuels, la Cour avait déjà révolutionné le paysage juridique en jugeant, en 2002, que les Etats membres sont tenus d'adapter leur droit pour garantir une complète reconnaissance du nouveau statut sexuel, à égalité avec une personne née avec ce sexe.¹⁶

virus HIV); *Pretty c. Royaume-Uni* du 29 avril 2002 (pas de droit dérivé de la CEDH à l'assistance au suicide); *Roche c. Royaume-Uni* du 19 octobre 2005 (violation de l'art. 8 vu l'impossibilité pour le requérant d'avoir accès aux informations sur les risques liés à sa participation à des tests militaires chimiques); *Augusto c. France* du 11 janvier 2007 (retenant une violation de l'art. 6 CEDH pour non-communication de l'avis du médecin ayant évalué l'invalidité de l'assurée); *Berdenskiy c. Ukraine* du 15 novembre 2007 (procédure pour mettre en cause la responsabilité des médecins jugée inéquitable); *N. c. Royaume-Uni* du 27 mai 2008 (récapitulant l'abondante jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 3 CEDH en matière d'expulsion d'étrangers lorsque celle-ci a pour effet de priver ou de rendre plus difficile l'accès aux soins médicaux); *Carson et autres c. Royaume-Uni* du 4 novembre 2008 (niant une violation de l'art. 14 CEDH dans le cas d'un régime de pensions consacrant une inégalité de prestations selon le lieu de résidence); *Cobarrera c. Roumanie* du 2 juin 2009 (violation de l'art. 8 CEDH pour défaut de protection juridique efficace de l'intégrité physique d'une patiente ayant subi un dommage corporel à la suite d'une opération, voir de surcroît les nombreuses références jurisprudentielles citées); *C.C. c. Espagne* du 6 octobre 2009 (violation de l'art. 8 CEDH en raison de la révélation du nom de l'assuré et de sa séropositivité dans un jugement).

¹⁶ Dans cette affaire jugée le 11 juillet 2002, la Grande Chambre de la Cour avait estimé à l'unanimité que le Royaume-Uni avait violé son obligation positive de garantir le droit au respect de la vie privée de Christine Goodwin dès lors que les lois anglaises en vigueur ne permettaient pas de reconnaître pleinement «la conversion sexuelle de l'intéressée sur le plan juridique». Ce défaut de reconnaissance juridique touchait notamment le régime de pensions de retraite et la possibilité d'épouser une personne du même sexe biologique/chromosomique. L'arrêt *Goodwin* a eu pour effet de renverser un courant de jurisprudence plus ancien (arrêt *Rees c. Royaume-Uni* du 17 octobre 1986 (confirmation du refus anglais d'adapter le registre des naissances; arrêt rendu à 12 voix contre 3); arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1990 (même objet et même conclusion de 10 juges sur 8, mais très belle opinion dissidente du juge Martens); arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni* du 22 avril 1997 (pas de violation de l'art. 8 CEDH de par le refus de reconnaître le lien de filiation entre un enfant né par insémination artificielle et son père transsexuel; arrêt rendu à 14 voix contre 6); arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* du 30 juillet 1998 (tousjours sur le registre des naissances anglais; arrêt rendu à 11 voix contre 9), mais en sens inverse arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992 (violation de l'art. 8 CEDH en raison de l'impossibilité d'obtenir la rectification de divers documents administratifs indiquant l'ancien sexe; arrêt rendu à 15 voix contre 6). La première affaire européenne de transsexualité remonte à 1980, mais la Cour avait alors pu refuser d'entrer en matière pour défaut d'épuisement des instances nationales (arrêt *Vin Ostertviček c. Belgique* du 6 novembre 1980). Le même jour que l'arrêt *Goodwin*, la Cour unanime a rendu un autre arrêt où elle consacre le droit des transsexuels d'épouser une personne du sexe opposé à leur «nouveau sexe» (affaire *L. c. Royaume-Uni*). Postérieurement à ces deux jurisprudences de 2002, la Cour a encore confirmé le droit des transsexuels à un traitement égal dans l'arrêt *Grant c. Royaume-Uni* du 23 mai 2006; puis, dans l'arrêt *L. c. Lituanie* du 11 septembre 2007, elle a retenu une violation de l'art. 8 CEDH au motif que la Lituanie n'avait pas adopté de législation d'application permettant le remboursement de l'opération de conversion sexuelle.

A terme, cette tendance devrait déboucher sur une *meilleure prise en compte des opinions médicales* dans la jurisprudence des tribunaux suisses. L'arrêt *Schlumpf* met en garde les tribunaux contre un schématisme juridique excessif lorsque l'assuré peut invoquer en sa faveur l'avis de nombreux médecins. En résumé, lorsqu'un droit fondamental est en jeu, la nécessité d'une intervention médicale s'apprécie avant tout sous l'angle médical. Si le juge national veut refuser la prise en charge financière par l'assurance, il doit développer un raisonnement qui tienne pleinement compte des preuves et avis médicaux les plus récents. La communauté médicale ainsi que les patients devraient apprécier ce clair signal en leur faveur.

En matière de discrimination subie par les transsexuels, on signalera encore un arrêt émanant cette fois-ci de la Cour européenne de justice des Communautés européennes (CJCE, aujourd'hui: Cour de justice de l'Union européenne). Dans l'affaire *Pitts and Cornwall County Council* du 30 avril 1996 (C-13/94; Recueil 1996 p. I-2143), la CJCE avait jugé que le droit de l'Union européenne, en particulier la directive 76/207/CEE, interdit le licenciement d'un travailleur transsexuel prononcé en raison d'un changement de sexe effectué ou prévu. En revanche, dans une affaire *Grant c. South-West Tins Ltd* (C-249/96, Recueil 1998, p. I-621), la CJCE n'est pas allée jusqu'à contraindre l'employeur à traiter sur pied d'égalité le partenaire du même sexe du travailleur, en particulier s'agissant de l'octroi d'une réduction sur le prix des transports.