

CONSEIL SUPERIEUR DE LA SECURITE SOCIALE

Audience publique du vingt-deux décembre deux mille seize

Composition:

M.	Pierre Calmes, président de chambre à la Cour d'appel,	président
Mme	Carine Flammang, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
Mme	Michèle Raus, conseiller à la Cour d'appel,	assesseur-magistrat
M.	John Rennel, cultivateur, Waldbredimus,	assesseur-employeur
M.	Jean-Claude Delleré, délégué permanent, Lannen,	assesseur-assuré
M.	Francesco Spagnolo,	secrétaire



ENTRE:

X, né le [...], demeurant à [...],
appelant et intimé sur incident,
assisté de Maître Ardavan Fatholahzadeh, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

ET:

la Caisse nationale de santé, établie à Luxembourg,
représentée par le président de son comité-directeur actuellement en fonction et substituée de
plein droit dans les droits et obligations de la Caisse de maladie des employés privés,
intimée et appelante sur incident,
comparant par Madame Nadine Hirtz, attaché, demeurant à Luxembourg.

Par requête déposée au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale le 24 décembre 2015, X a relevé appel d'un jugement rendu par le Conseil arbitral de la sécurité sociale le 13 novembre 2015, dans la cause pendante entre lui et la Caisse nationale de santé, et dont le dispositif est conçu comme suit: Par ces motifs, le Conseil arbitral de la sécurité sociale, statuant contradictoirement et en premier ressort, vidant le jugement avant dire droit du 26 avril 2013, donne acte à la partie défenderesse de sa réserve concernant un remboursement supplémentaire inscrite dans la note du 2 août 2011, déclare le recours non fondé et en déboute.

Les parties furent convoquées pour l'audience publique du 8 décembre 2016, à laquelle Monsieur le président fit le rapport oral.

Maître Ardavan Fatholahzadeh, pour l'appelant, déclara renoncer au moyen tiré de la violation du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 et il maintint les autres moyens et les conclusions de la requête d'appel déposée au siège du Conseil supérieur le 24 décembre 2015.

Madame Nadine Hirtz, pour l'intimée, conclut à l'irrecevabilité de l'appel et interjeta appel incident en ce qui concerne le calcul de la prise en charge effectué par la Caisse de maladie des employés privés; pour le surplus, elle conclut à la confirmation du jugement du Conseil arbitral du 13 novembre 2015.

Après prise en délibéré de l'affaire le Conseil supérieur rendit à l'audience publique de ce jour, à laquelle le prononcé avait été fixé, l'arrêt qui suit:

La demande d'autorisation du 20 octobre 2007 tendant à l'autorisation d'un transfert pour une intervention chirurgicale aux Etats-Unis de A, a, en raison d'une technique opératoire moins contraignante qui n'est pas courante en Europe, été autorisée préalablement par le médecin-conseil de l'Union des caisses de maladie (l'UCM).

Par décision du 1^{er} septembre 2008 la réclamation contre le remboursement partiel de cette intervention, a été rejetée au motif qu'en l'absence de convention bi-latérale entre les Etats-Unis et le Luxembourg en matière de sécurité sociale, la prise en charge des frais médicaux dispensés aux Etats-Unis est effectuée suivant les taux et tarifs applicables au Luxembourg, ce montant ayant été majoré de 100% tel que prévu par l'article 26, alinéa 4 des statuts de l'UCM.

L'assuré a fait opposition contre cette décision au motif, d'une part, que le transfert aux Etats-Unis a été préalablement autorisé par l'UCM et, d'autre part, que si le traitement avait été effectué en France, le coût aurait été beaucoup plus élevé et, finalement, que la décision du 1^{er} septembre 2008 n'est pas motivée conformément aux dispositions du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure non contentieuse.

Par décision du 18 décembre 2008, le comité directeur a déclaré l'opposition contre la décision du 1^{er} septembre 2008 non fondée et a maintenu la tarification appliquée précédemment en reprenant la motivation de la décision dont opposition.

Par requête déposée le 5 février 2009 l'assurée a fait contester la conformité de la décision entreprise avec les dispositions du règlement grand-ducal 8 juin 1979 relatif à la procédure non contentieuse. Par ailleurs l'assurée a demandé la communication intégrale de son dossier sur

base du même règlement. Finalement l'assurée a demandé que l'application de l'ancien article 341 du code de la sécurité sociale, suivant lequel les avis du Contrôle médical de la sécurité sociale à caractère médical et à portée individuelle s'imposent aux institutions et administrations concernées, soit écartée, pour être contraire à l'article 95 de la Constitution et à l'article 6.1 du CEDH, toute personne ayant le droit, à la fois, à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial et à un recours effectif. L'assurée a demandé la nomination d'un expert chargé de se prononcer sur la nature et la complexité des opérations litigieuses et l'estimation du coût de ces dernières.

Par jugement du 26 avril 2013, le Conseil arbitral a dit que c'était à bon droit que la Caisse de maladie des employés privés (la CMEP) avait procédé à une tarification sur base de l'article 26 des statuts de l'UCM et a nommé expert le docteur Francis BROUTCHOUX, médecin-conseil auprès du Conseil arbitral, avec la mission de contrôler la tarification opérée par la CMEP et de dire si elle est conforme à l'article 26 des statuts de l'UCM et de la nomenclature en vigueur au moment de l'opération et de préciser si la technique opératoire pratiquée aux Etats-Unis est susceptible de justifier une prise en charge supérieure à celle pratiquée par la CMEP.

Le docteur Francis BROUTCHOUX est venu à la conclusion dans son analyse exhaustive que contrairement à ce qu'affirme la famille de l'assurée, l'opération effectuée aux Etats-Unis aurait pu être effectuée au Luxembourg pour un prix très sensiblement inférieur et qu'il n'est pas exact que l'opération réalisée aux Etats-Unis constitue un progrès par rapport à ce qui aurait pu être réalisé en Europe et plus particulièrement à Luxembourg et, finalement, que la tarification opérée est correcte.

Par jugement du 13 novembre 2015 le Conseil arbitral a entériné ces conclusions et a déclaré le recours non fondé, tout en donnant acte à la partie défenderesse de sa réserve quant à un remboursement supplémentaire inscrit dans sa note du 2 août 2011. Le Conseil arbitral a par ailleurs donné à considérer qu'il n'était pas établi que les devis de l'hôpital Necker et du CRFI de Brolles de 35.715,31 euros, respectivement, 49.111,20 euros auraient été pris en charge par l'organisme français en cas d'une autorisation de transfert pour le France. Le Conseil arbitral a encore estimé qu'ayant opté pour un transfert à l'étranger, alors que l'opération était réalisable au Luxembourg, l'assurée ou son représentant légal avait nécessairement accepté en connaissance de cause les dispositions de l'article 26 des statuts de l'UCM et que les avis médicaux divergents versés en cause ne permettaient pas d'admettre que l'intérêt supérieur de l'enfant aurait justifié la demande de transfert aux Etats-Unis.

Contre ce jugement appel a été interjeté régulièrement par requête déposée le 24 décembre 2015. A l'appui de son appel, l'appelant fait plaider que la décision du comité directeur du 18 décembre 2008 aurait été prise en violation de l'article 9 du règlement grand-ducal 8 juin 1979 relatif à la procédure non contentieuse, que l'expertise du docteur Francis BROUTCHOUX serait à annuler, alors qu'elle ne serait pas contradictoire, les parties n'ayant pas été entendues et qu'elle ne serait pas impartiale. L'appelant demande encore, à titre subsidiaire, le paiement de la somme de 3.677,52 euros sous peine d'astreinte sur base de la note de la Caisse nationale de santé (la CNS) du 2 août 2011. L'appelant demande en outre que l'intérêt supérieur de l'enfant, respectivement, les dispositions de l'article 9 et suivants de la Convention relative aux droits de l'enfant de New-York du 20 novembre 1989 soient prises en considération. Finalement, l'appelant demande la condamnation de l'intimée au paiement d'une indemnité de procédure et des frais et dépens des deux instances.

L'intimée souleva en premier lieu l'irrecevabilité de l'appel, le mandataire ayant déclaré dans l'acte d'appel déposé le 24 décembre 2015, qu'il agissait pour le compte de X, le père de A, alors que cette dernière, née le 11 septembre 1990, était cependant majeure à ce moment-là.

L'intimée interjeta par ailleurs appel incident en se réservant le droit de réclamer le cas échéant ultérieurement le remboursement de la prise en charge effectuée par la CMEP pour autant que le tarif a été doublé conformément à l'article 26, alinéa 4 des statuts de l'UCM. Pour le surplus l'intimée demande la confirmation du jugement entrepris.

Quant à l'appel principal:

Quant à la recevabilité de l'appel principal:

Il est vrai que l'acte d'appel a été interjeté au nom de X, le père de A, pourtant majeure. Au début de la procédure non-contentieuse, A était effectivement mineure.

A l'audience du 8 décembre 2016, A était présente à côté de son avocat. Il faut dès lors admettre qu'en indiquant dans l'acte d'appel qu'il représentait le père de A, Maître Ardavan FATHOLAHZADEH a commis une faute purement matérielle qui n'a pas causé un quelconque grief et qu'il s'agit dès lors de rectifier. Par sa présence, A, a du moins, tacitement confirmé le mandat qu'elle a conféré à Maître Ardavan FATHOLAHZADEH.

Le moyen d'irrecevabilité n'est partant pas fondé.

Quant à l'application du règlement grand-ducal du 8 juin 1979:

A l'audience du 8 décembre 2016, Maître Ardavan FATHOLAHZADEH a renoncé au moyen tiré de la violation du prédit règlement. Il y a lieu de lui en donner acte.

Quant à la nullité de l'expertise du docteur BROUTCHOUX:

L'article 472 du NCPC dispose que l'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent.

L'article 366 du NCPC dispose que lors de l'exécution d'une mesure d'instruction, les parties peuvent se faire assister par l'une des personnes habilitées par la loi.

Le principe du contradictoire des opérations d'expertise est dès lors expressément consacré par le NCPC.

Le principe du contradictoire signifie que l'expert doit mettre en mesure les parties de critiquer les opérations qu'il mène. A ce titre, il est tenu, en matière civile, de convoquer les parties aux opérations d'expertise. De même il doit leur fournir l'ensemble des documents sur lesquels il se fonde pour forger son opinion (cf. Le Juge et l'Expert, par Olivier Leclerc, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 443, n° 408).

Même dans le cas d'une expertise médicale, les parties concernées doivent être mises en mesure de discuter les conclusions du rapport, même si elles n'assistent pas aux opérations en raison de l'intimité que présuppose l'examen médical (op. cit. n° 411).

Si cette expertise purement technique ne nécessitait pas la convocation des parties (cf. Chronique de droit judiciaire privé, par Thierry HOSCHEIT, Pas 32, page 56), le technicien qui a procédé seul dans le cadre d'investigations purement matérielles ou techniques, devait cependant rétablir le contradictoire en soumettant le résultat de ses travaux à la discussion des parties avant qu'il ne puisse déposer son rapport (op. cit. page 58).

En l'occurrence l'expert BROUTCHOUX n'a pas soumis son rapport, préalablement au dépôt, aux parties pour leur permettre de formuler leurs observations.

S'agissant d'une question fondamentale, la nullité tirée de la violation du principe du contradictoire est à considérer comme une nullité d'ordre public, soumise à la seule preuve de la violation du contradictoire (cf. Le droit judiciaire privé, par Thierry Hoscheit, page 396; Cour d'appel, 7^e chambre, 28 mai 2003, n° 23996 du rôle; Cassation civile 2^{ème} chambre civile, 20 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 202; Cass. civile, 2^{ème} chambre civile, 24 novembre 1999, Bull.civ. II, n° 174).

Par arrêt du 7 novembre 2016 la Cour de Cassation française (n° 15-22.585) a une nouvelle fois réaffirmé ce principe en se basant sur l'article 16 du code de procédure civile français, qui est de la même teneur que l'article 65 du NCPC qui dispose que le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il résulte de tout ce qui précède que l'expertise du docteur BROUTCHOUX est à annuler, alors qu'en omettant de soumettre son rapport aux observations des parties avant de le déposer, il a violé le principe du contradictoire qui est un principe d'ordre public.

L'expertise du docteur BROUTCHOUX n'était pas une expertise médicale dans le sens propre du terme, puisque la mission de l'expert ne consistait pas à examiner l'une des parties, mais il s'agissait d'une expertise technique qui avait pour objet deux volets, à savoir, d'une part, la nature et la complexité des opérations subies par A, et, d'autre part, l'estimation du coût des opérations comme base de remboursement.

Quant au premier volet, l'expert était venu à la conclusion que l'intervention était réalisable au Luxembourg et il a renvoyé à ce propos à l'avis du chirurgien pédiatrique luxembourgeois et médecin traitant de A qui avait estimé que l'opération était faisable au Luxembourg et qui avait rendu attentive A aux risques de l'opération envisagée aux Etats-Unis.

Il résulte de l'article 26 des statuts de l'UCM qu'en cas de traitement autorisé avec un pays avec lequel le Luxembourg n'est pas lié par un instrument bi- ou multilatéral, comme c'est le cas en l'occurrence, le remboursement se fait au tarif applicable au Luxembourg, « ce tarif étant doublé » lorsque le traitement n'est pas possible dans un Etat lié au Luxembourg par un instrument bi- ou multilatéral comprenant l'assurance maladie, « le montant maximal de la prise en charge est doublé ».

Il résulte d'un courrier envoyé le 12 novembre 2007 à la famille X, que l'UCM a rendu attentive cette dernière au fait que la prise en charge serait limitée si l'opération devait être effectuée aux Etats-Unis.

Dès lors, lorsque l'intervention autorisée est réalisée aux Etats-Unis, comme c'est le cas en l'occurrence, l'assuré ne peut obtenir, lorsque l'opération ne peut être effectuée dans un pays avec lequel le Luxembourg a une convention comprenant l'assurance maladie, que le double du tarif fixé par analogie aux tarifs luxembourgeois par le Contrôle médical.

En l'occurrence l'appelante a reçu un remboursement correspondant au double du tarif luxembourgeois.

Il résulte des propres pièces de l'appelante, que l'opération était faisable au Luxembourg et en France. Cela résulte du courrier que le docteur KIEFFER, chirurgien pédiatrique et médecin traitant de l'appelante, a envoyé à la famille X le 25 octobre 2007. Cela résulte également du certificat médical du docteur PAULY du 2 août 2007. Cela résulte finalement des devis émanant d'hôpitaux français versés par la partie appelante à la CNS, suivant lesquels l'opération pouvait être réalisée en France.

Il en résulte que la prise en charge est régie par l'article 26, alinéa 3 des statuts de l'UCM, l'article 26 alinéa 4 des statuts de l'UCM ne trouvant application que si le traitement ne peut être effectué dans un pays lié au Luxembourg par une convention.

Il n'y a dès lors pas lieu de renvoyer le dossier devant un autre expert pour savoir si la technique opératoire pratiquée aux Etats-Unis était susceptible de justifier une prise en charge plus importante.

Le deuxième volet de l'expertise BROUTCHOUX concernait la vérification de la tarification.

L'article 26, alinéa 3 des statuts de l'UCM dispose ce qui suit:

« En cas de traitement autorisé dans un pays avec lequel le Luxembourg n'est pas lié par un instrument bi- ou multilatéral en matière d'assurance maladie, la prise en charge est effectuée sur base des tarifs applicables au Luxembourg, ou, à défaut, sur base des tarifs fixés par le Contrôle médical par analogie aux tarifs luxembourgeois. La prise en charge du traitement en milieu hospitalier est effectuée jusqu'à concurrence du coût moyen d'hospitalisation déterminé pour la période concernée. »

L'opération étant réalisable au Luxembourg la prise en charge doit être effectuée sur base des tarifs applicables au Luxembourg si l'opération avait été réalisée au Luxembourg.

L'appelante conteste plus particulièrement que la tarification opérée le 11 avril 2008 par la CMEP tient compte de ce que l'opération au Luxembourg aurait nécessité, deux, sinon trois interventions.

Etant donné que l'expert BROUTCHOUX avait été chargé de contrôler la tarification faite par la CMEP et de dire si elle est conforme aux dispositions de l'article 26, alinéas 3 et 4 des statuts de l'UCM et de la nomenclature en vigueur au moment de l'opération et l'expertise du docteur BROUTCHOUX ayant été annulée, il s'agit de nommer, avant tout autre progrès en cause, un expert avec la mission de vérifier si la tarification opérée par la CMEP est conforme à l'article 26, alinéa 3 des statuts de l'UCM, applicable en l'espèce et si cette tarification tient compte de toutes les interventions que le traitement aurait nécessitées au Luxembourg.

Quant à l'intérêt supérieur de A au regard des les dispositions de l'article 9 et suivants de la Convention relative aux droits de l'enfant de New-York du 20 novembre 1989:

L'article 9 de cette Convention est conçu comme suit:

« 1. Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant.

4. Lorsque la séparation résulte de mesures prises par un Etat partie, telles que la détention, l'emprisonnement, l'exil, l'expulsion ou la mort (y compris la mort, quelle qu'en soit la cause, survenue en cours de détention) des deux parents ou de l'un d'eux, ou de l'enfant, l'Etat partie donne sur demande aux parents, à l'enfant ou, s'il y a lieu, à un autre membre de la famille les renseignements essentiels sur le lieu où se trouvent le membre ou les membres de la famille, à moins que la divulgation de ces renseignements ne soit préjudiciable au bien-être de l'enfant. Les Etats parties veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande

n'entraîne pas en elle-même de conséquences fâcheuses pour la personne ou les personnes intéressées. »

La partie appelante est restée en défaut d'expliquer dans quelle mesure, il y aurait eu en l'espèce violation des articles 9 et suivants de la Convention du 20 novembre 1989.

Quant au montant de 3.667,52 euros réclamé par l'appelante sous peine d'astreinte:

L'intimée affirme qu'elle n'a reçu aucune facture originale acquittée pour ce montant. L'appelante affirme qu'elle n'a versé qu'une seule facture en original qui englobait ce montant. Cette affirmation est restée à l'état de pure allégation. L'appel n'est partant pas fondé sur ce point, de sorte que le jugement entrepris, qui a donné acte à la CNS de sa réserve concernant un remboursement supplémentaire inscrit dans la note du 2 août 2011 est à confirmer.

Quant à l'appel incident de la CNS:

La CNS interjeta appel incident et demanda qu'elle se réservait le droit de réclamer ultérieurement la restitution de la partie de la prise en charge correspondant à la majoration prévue par l'article 26, alinéa 4 des statuts. Etant donné cependant que l'intimée n'a pas demandé la réformation du jugement entrepris en totalité ou en partie, cet appel incident est à déclarer non fondé.

Par ces motifs,

le Conseil supérieur de la sécurité sociale,

statuant sur le rapport oral de son président et les conclusions contradictoires des parties à l'audience,

reçoit l'appel principal en la forme,

donne acte à Maître Ardavan FATHOLAHZADEH qu'il renonce à soulever le moyen tiré de la violation du règlement du règlement du 8 juin 1979;

dit l'appel d'ores et déjà partiellement non fondé;

le déclare d'ores et déjà partiellement fondé;

réformant partiellement;

annule le rapport d'expertise du docteur BROUTCHOUX du 29 août 2013;

pour le surplus et avant tout autre progrès en cause,

nomme expert le docteur Constant ARENDT, médecin spécialiste en chirurgie pédiatrique, exerçant à Luxembourg,

avec la mission de vérifier si la tarification opérée par la CMEP est conforme à l'article 26, alinéa 3 des statuts de l'UCM, applicable en l'espèce et si cette tarification tient compte de toutes les interventions que le traitement aurait nécessitées au Luxembourg,

autorise l'expert à s'entourer de tous renseignements utiles et nécessaires à l'accomplissement de la mission lui confiée et même à entendre de tierces personnes et l'invite à dresser un rapport écrit et motivé à déposer au secrétariat du Conseil supérieur de la sécurité sociale à Luxembourg dans les meilleurs délais;

reçoit l'appel incident;

le dit non fondé;

réserve pour le surplus.

La lecture du présent arrêt a été faite à l'audience publique du 22 décembre 2016 par Monsieur le Président Pierre Calmes, en présence de Monsieur Francesco Spagnolo, secrétaire.

Le Président,
signé: Calmes

Le Secrétaire,
signé: Spagnolo