

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Jugement du 12 septembre 2013

Présidence de Mme THALMANN, juge unique
Greffière : Mme Barman Ionta

* * * * *

Cause pendante entre :

P._____, à [...], demanderesse, représentée par Me Corinne Monnard Séchaud, avocate à Lausanne,

et

T._____, à [...], défenderesse.

Art. 3 al. 1 LCA; 32 al. 2 CGC

E n f a i t :

A. P._____ (ci-après: la demanderesse) était affiliée en 2009 et 2010 auprès de T._____ (ci-après: la défenderesse) pour l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal (loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994, RS 832.10) et les assurances complémentaires soumises à la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1) (HC Assurance combinée d'hospitalisation; SC soins complémentaires; ID Pro Vista, capital décès/invalidité suite accident; IM SanaVista, capital décès/invalidité par suite de maladie; MU Mundo; SA Alterna).

Dans le courant de l'année 2001, la demanderesse a été atteinte d'un cancer du sein. En raison de cette maladie, elle a dû subir une mastectomie complète du sein droit en avril 2001, suivie, en mai 2001, d'une tumorectomie au sein gauche. Ces prestations ont été remboursées, sous déduction de la franchise, par l'assurance obligatoire des soins, respectivement l'assurance complémentaire LCA.

Dans un rapport opératoire relatif à une intervention chirurgicale du 2 mars 2006, le Dr D._____, spécialiste en chirurgie plastique, reconstructive et esthétique, a posé les diagnostics de luxation de prothèse sous-pectorale droite en sous-claviculaire, asymétrie de volume en défaveur du sein gauche et synéchie post tumorectomie quadrant supéro externe gauche. Le rapport mentionnait en outre ce qui suit :

"Intervention:

1. Révision sein droit: ablation de prothèse, capsulectomie complète, correction du pli infra-mammaire, remplacement de prothèse par volume plus petit.
2. Sein gauche: comblement du défaut quadrant supéro-externe après libération de synéchies, lambeau fascio sous-cutané perforant inter costal latéral.

Indication: Patiente ayant eu une mastectomie D et tumorectomie G. Reconstruction du sein par prothèse anatomique sous pectorale D et

reconstruction plaque aréolo-mamelonnaire D. Correction sein G partielle avec prothèse anatomique.

La patiente [a] subi une mammo du sein D en octobre 2005, suivi, quelques semaines plus tard d'un IRM. Elle remarque, après le 1^{er} examen, une douleur et une tuméfaction au niveau du sein D. L'examen clinique révèle une déformation du sein avec tuméfaction sous claviculaire. Douleurs à la palpation. Le contrôle de l'IRM, fait après la mammo, révèle un déplacement complet de la prothèse avec ascension de celle-ci. Il est supposé que lors de la mammo, la compression a créé une luxation de prothèse et une rupture de la capsule péri-prothétique, permettant l'ascension sous-claviculaire. A part cela, différence de volume des deux seins, bien que la patiente n'ait pas changé de poids. Sein D reconstruit > G. On fait un moulage en plâtre qui révèle une différence de 75 ml entre les deux seins. On corrigera donc ceci avec une prothèse plus petite.

La dépression supéro-latérale, due à la synéchie et la tumorectomie de ce quadrant-là au sein G accentue la symétrie. C'est pourquoi elle sera reconstruite par un lambeau sous-cutané, de rotation, basé sur une perforante intercostale latérale du 5^{ème} espace intercostal. Admettons que le volume du lambeau de reconstruction du sein G soit d'env. 10 à 15 ml, que la capsule représente également une quinzaine de ml, la prothèse qui sera utilisée pour la reconstruction D sera d'env. 350 ml. On préférera une Mentor préformée en gel de silicone cohésif de 355 ml."

Selon un rapport opératoire relatif à une intervention chirurgicale du 17 mai 2006, le Dr D._____ a posé le diagnostic d'asymétrie mammaire post-reconstruction - due à un excès de graisse pôle supérieur post-mastectomie droite et atrophie pôle supérieur sein gauche post-pose de PAC, et a procédé à l'intervention suivante :

"Lipexérèse pôle supérieur droit. Lipo-filling sous cicatrice du PAC."

Les deux opérations de mars et mai 2006 ont également fait l'objet d'un remboursement par l'assurance obligatoire des soins, respectivement la défenderesse.

Il résulte d'un rapport opératoire relatif à une intervention chirurgicale du 13 mars 2008 qu'une nouvelle intervention a été réalisée par le Dr D._____, après avoir posé le diagnostic de luxation proximale prothèse sous pectorale sein droit post reconstruction post mastectomie. Ce rapport mentionnait notamment ce qui suit:

"Intervention:

Révision sein droit: excision de la prothèse, création d'une nouvelle poche sous-pectorale selon Heden et remplacement de la prothèse préformée anatomique puis liposculpture quadrant supéro externe sein gauche (site d'une cicatrice rétractile).

Indication: Status après mastectomie et reconstruction bilatérale La patiente a déjà été opérée plusieurs années auparavant pour une capsulectomie. Elle est droitnière, utilise beaucoup son bras droit pour couper le tartare (spécialité du restaurant qu'elle tient avec son mari). Il est possible qu'une luxation de prothèse se soit faite dans les premières semaines après l'ancienne révision. Actuellement, tuméfaction sous claviculaire importante créant une douleur du quadrant supéro externe du sein gauche par cicatrice post tumorectomie."

Cette opération a également été prise en charge par T._____.

B. Le 9 avril 2009, la Clinique de M._____ a adressé à cette assurance une demande de garantie pour une hospitalisation en division privée avec date d'entrée le même jour.

Par lettre du 15 avril 2009, T._____ a informé la clinique qu'avant de se déterminer sur la prise en charge de ce séjour, elle adressait ce jour une demande de rapport médical et lui ferait part de sa décision dès réception de celui-ci.

Le 20 avril 2009, T._____ a adressé au Dr D._____ le courrier suivant:

"Avant de nous déterminer, nous aimerions obtenir de plus amples renseignements sur ce cas et vous prions de répondre aux demandes ci-après à l'attention de notre médecin- conseil, le Dr Q._____, [...].

1. Le diagnostic précis ?
2. Le type de traitement prodigué ou le type d'intervention pratiqué ?
3. Ce séjour relève-t-il d'un des articles 17 à 19 de l'OPAS ? Si oui, lequel ?
4. Ce traitement relève-t-il de la chirurgie esthétique ?"

Le 1^{er} mai 2009, le Dr D._____ a adressé à T._____ le rapport opératoire relatif à l'intervention chirurgicale du 9 avril 2009 et dont la teneur est la suivante:

"Diagnostic: 1) Status après reconstruction mammaire bilatérale: Bride cicatricielle latérale sein gauche.
2) Manque de projection aréolo-mamelonnaire sein droit.

Intervention: 1) Plastie multiple en Y-V sein gauche.
2) Greffe dermo-graisseuse aréolo-mamelonnaire droite, prise sus-pubienne.

Indication: Patiente ayant eu une reconstruction bilatérale avec prothèses sous-musculaires. La cicatrice de mastectomie qui est un prolongement entre le quadrant supéro et inféro-externe gauche tire. Cette restauratrice est gênée dans ses mouvements. La gêne s'accroît, éventuellement avec une légère fibrose sous-jacente due à l'évolution cicatricielle et aux changements hormonaux. En même temps, le manque de projection de l'aréole à droite peut être amélioré par une greffe dermo-graisseuse.

Opération: 1) Dessin de multiples Y. Incision de ceux-ci jusque dans le tissu sous cutané, ce qui libère toute la cicatrice. Après contrôle de l'hémostase, mobilisation des lambeaux en V. Suture en 2 plans: Dexon 3/0 en sous-cutané et Monofil 3/0 en surjets intra-dermiques multiples. Stéristrips et pansement légèrement compressif.
2) Incision sus-pubienne pour excision d'une strie de peau. Désépidermisation de celle-ci en gardant un tout petit peu de graisse. Celle-ci est roulée sur elle-même puis sera placée en sous-aréolaire mamelonnaire droit pour augmenter la projection. Suture du site donneur par surjet intra-dermique de Prolène 3/0. Pansement simple."

Le 11 mai 2009, T._____ a informé la demanderesse et la clinique de M._____ que, selon les indications de son médecin-conseil, ce traitement chirurgical ne relevait pas des prestations générales en cas de maladie décrite dans la LAMal et a refusé de prendre en charge le séjour hospitalier.

Le 27 mai 2009, le Dr D._____ a écrit ce qui suit au médecin-conseil de T._____ :

"Je suis choqué par le refus de prise en charge de cette intervention réparatrice.

Il s'agit d'une patiente qui a souffert d'un cancer de sein bilatéral.

Au niveau du sein gauche, la cicatrice latérale tire et ceci est dû au changement corporel par prise de poids modeste chez une patiente qui se maintient bien mais néanmoins qui tire sur des cicatrices non élastiques.

Elle est très gênée dans ses mouvements quotidiens notamment en tant que copropriétaire d'un restaurant où elle sert toute la journée.

Au niveau du sein droit, la reconstruction du mamelon, d'une prise en charge obligatoire par les caisses maladie, est insuffisante. Ce manque de projection complet crée une dissymétrie.

Je rappelle que cette dissymétrie n'est pas due à des conséquences naturelles de la nature mais bien à des cancers bilatéraux.

Il me semble donc complètement déplacé et erroné que votre assurance refuse la prise en charge."

Le 30 juillet 2009, T. _____ a adressé au Dr D. _____ une demande de renseignements complémentaires aux fins d'établir l'état exact de la situation.

Par lettre du 22 octobre 2009, ce praticien a répondu notamment en ces termes:

"1. Les dates auxquelles les mastectomies effectuées sur les seins gauche et droit ont eu lieu ?

Mastectomie droite avril 2001, biopsie large. Sein gauche, mai 2001 (les Docteur F. _____ et Docteur N. _____, Hôpital de [...]). Il n'y a donc pas eu de mastectomie complète à gauche mais une tumorectomie importante.

2. Les dates auxquelles les reconstructions par prothèses sur les seins gauche et droit ont eu lieu ?

Reconstruction initiale faite par le Docteur B. _____ en 2003. Je n'ai pas de rapport opératoire par rapport à cette intervention.

3. Des photographies illustrant le status pré-opératoire du 09 avril 2009

Photographies annexées.

4. Une copie des protocoles opératoires relatifs aux hospitalisations des années 2006 et 2008 qui ont eu lieu à la Clinique de M. _____.

Les protocoles opératoires sont annexés également."

Dans une prise de position du 5 novembre 2009, le Dr K. _____, spécialiste en médecine interne générale, médecin-conseil de T. _____, a indiqué qu'après consultation des quatre protocoles opératoires et des photographies, les traitements sur les seins gauche et droit étaient esthétiques.

Par lettre du 10 novembre 2009, T._____ a confirmé son refus de prise en charge de l'intervention chirurgicale.

Le 17 décembre 2009, le Dr D._____ s'est exprimé comme suit:

"J'ai pris connaissance de votre courrier du 10 novembre 2009 qui m'a surpris.

La correction de la cicatrice du sein gauche est celle d'une cicatrice de mastectomie qui est devenue plus sensible ces derniers mois vu une légère prise de poids, mais pas d'obésité quelle qu'elle soit, chez cette patiente qui a maintenant 52 ans.

La correction du sein droit est également une correction de reconstruction après ablation pour maladie néoplasique.

Il s'agit donc de suite de prise en charge obligatoire."

Dans un avis du 4 janvier 2010, le Dr R._____, spécialiste en médecine interne générale et médecin-conseil de T._____, a indiqué notamment ce qui suit:

"Constatations:

Sein droit

Intervention du 9.4.2009 à visée purement esthétique sans valeur de maladie selon rapport et cliché.

Sein gauche

Manque la valeur de maladie selon la jurisprudence qui précise que les déficits esthétiques suite à une maladie ou un accident ne sont pas considérés comme maladie au sens de l'art. 2 al 1 LAMal. Font exception les défauts considérables qui causent des problèmes de santé ou des diminutions de fonction avec valeur de maladie (par exemple des cicatrices qui provoquent d'importantes douleurs ou qui limitent sensiblement la mobilité).

Dans le cadre de Mme P._____, le Dr D._____ mentionne uniquement une cicatrice qui «tire» suite à un changement corporel par prise de poids modeste et qui est devenue plus sensible.

Conclusions

L'intervention entreprise le 9 avril 2009 sur les 2 seins ne remplit pas les conditions émises dans la jurisprudence et par conséquent n'incombe pas à l'assureur maladie."

Dans une prise de position du 8 janvier 2010, le Dr Q._____, spécialiste en médecine interne générale et médecin-conseil de T._____, a écrit ce qui suit:

- "1) Le manque de projection de l'aréole du sein droit est clairement un problème esthétique.
- 2) Je ne pense pas que la gêne occasionnée par la cicatrice du sein gauche ait valeur de maladie mais au vu de la lettre du Dr D._____, j'aimerais avoir l'avis du Dr R._____."

Il figure au dossier différentes factures pour un montant total de 6'789 fr. 15 (1'232 fr. pour deux jours d'hospitalisation et 2'889 fr. 70, 97 fr. 45, 940 fr. et 1'630 fr. pour d'autres frais).

Par décision du 27 janvier 2010, T._____ a refusé la prise en charge par l'assurance obligatoire des soins des interventions chirurgicales effectuées, au motif que ces dernières n'avaient pas valeur de maladie.

A la suite de l'opposition de l'assurée, le Dr R._____ a maintenu ses conclusions dans une prise de position du 28 avril 2010.

Par décision sur opposition du 10 juin 2010, T._____ a confirmé son premier prononcé.

C. Le 14 juillet 2010, P._____ a déposé auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal un acte intitulé "recours et requête", au terme duquel elle prenait, avec dépens, les conclusions suivantes:

- "I. Le recours est admis.
- II. La décision sur opposition du 10 juin 2010 est réformée en ce sens que T._____ est condamnée à prendre en charge les frais médicaux et hospitaliers consécutifs à l'intervention subie au niveau des seins par P._____ le 9 avril 2009.
- II bis Subsidiairement la décision sur opposition rendue le 10 juin 2010 par T._____ est annulée, la cause étant renvoyée à T._____ pour nouvelle décision.

- III. T. _____ est tenue de prendre en charge l'ensemble des frais liés aux interventions du 9 avril 2009 tant en qualité d'assurance obligatoire des soins, que d'assureur maladie LCA (couverture privée)."

En substance, elle allègue que l'opération en cause avait pour but de traiter des douleurs intenses à l'endroit de la cicatrice latérale post-tumorectomie au sein gauche (fibrose cicatricielle) et de lui redonner la possibilité de se mouvoir normalement, les tensions engendrées par la cicatrice l'entravant considérablement dans ses mouvements, en particulier dans son activité de restauratrice et le maintien de cette situation lui étant insupportable, ce qui exclut une qualification d'opération esthétique. Elle soutient en outre que l'ensemble des opérations consécutives à la mastectomie du sein droit et à la tumorectomie du sein gauche subies en 2001 ayant toujours été prises en charge par T. _____ jusqu'à cette dernière intervention, elle n'avait pas lieu de douter de la prise en charge de l'intervention du 9 avril 2009, raison pour laquelle la demande de garantie n'a été formulée que tardivement.

La demanderesse a produit diverses pièces dont un rapport médical du 6 juillet 2010 du Dr D. _____, dont il résulte notamment ce qui suit:

"Le médecin soussigné certifie que l'intervention pratiquée chez Madame P. _____ le 09.04.2009 à la Clinique de M. _____ avait comme but principal: la correction d'une cicatrice latérale au niveau du sein gauche.

Par correction de cicatrice, on entend une plastie de la cicatrice pour la rendre plus souple, pour enlever son effet de rétention fibro-élastique pour permettre une libération de la mobilité du bras et de l'épaule du même côté. La correction de cicatrice ne sert pas à la rendre plus fine, plus belle, plus esthétique. Si grâce à une correction la cicatrice devenait plus discrète, tant mieux mais le but est de rendre la zone plus longue et élastique pour le confort de la mobilité.

La patiente avait comme gêne pré-opératoire: tensions à chaque fois qu'elle faisait une abduction ou extension du bras et de l'épaule gauche. Celle-ci était moins symptomatique une dizaine d'années auparavant mais avec les changements corporels dus à l'âge notamment, les tissus deviennent plus amples mais les cicatrices elles ne s'allongent pas.

Si la limitation de l'épaule ne pouvait pas être mesurée en degrés, la présence d'un «frein» à la mobilité était constante depuis en tout cas 3 ans.

C'est la raison pour laquelle l'intervention a été indiquée et pour laquelle il me semble que le refus de prise en charge par la caisse maladie est injustifié."

Elle a produit également les certificat d'assurance, police et attestation d'assurance 2009 suivants :

[...]

Dans sa réponse du 30 septembre 2010, T. _____ a conclu au rejet du recours. Elle soutient en substance que cette opération est esthétique. Elle a notamment produit un rapport du 22 septembre 2010 du Dr R. _____ dont la teneur est la suivante:

"Dans un premier temps, je relève que le Dr D. _____ - contrairement à ce qu'il rapportait dans son avis du 27 mai 2009 - n'évoque plus la question du sein droit dans son courrier du 6 juillet 2010. J'en déduis qu'il ne conteste plus notre refus de prise en charge des frais concernant le sein droit.

Sur la base des clichés, la cicatrice au sein gauche constitue une imperfection esthétique tout à fait minime J'ai beaucoup de peine à croire que cette cicatrice impliquerait des troubles fonctionnels (confort de la mobilité) et des gênes (tensions). Aussi, le Dr D. _____ n'a d'ailleurs jamais qualifié ce défaut de défaut revêtant une certaine ampleur.

Le Dr D. _____ a uniquement allégué que Madame P. _____ aurait présenté une cicatrice qui «tire». Je ne peux que confirmer mon avis du 14 janvier 2010.

De plus, je précise qu'il n'y a, au vu de l'historique des prestations, pas d'élément indiquant que Madame P. _____ aurait souffert d'une cicatrice qui tire. Dans le cas présent, des traitements conservateurs (p. ex: pommade assouplissant les cicatrices, de type contractubex) auraient pu remédier au problème allégué par le Dr D. _____. Cependant, selon l'historique des prestations, un seul traitement conservateur a été entrepris en 2008 (1 tube de 30g de Gorgonium). Ainsi, une intervention chirurgicale ne remplissait pas non plus le critère de l'adéquation posé par l'art. 32 LAMal."

Quant aux prétentions dérivant des assurances complémentaires (LCA), T. _____ a soutenu ne pas avoir la qualité pour

défendre contrairement au L._____ SA qui gère les assurances complémentaires. Dans l'hypothèse où sa qualité de défenderesse serait toutefois reconnue, elle a conclu au rejet de la demande en se fondant sur l'art. 32 al. 2 CG (conditions générales pour les assurances maladie complémentaires, édition 01.01.1997), en soutenant que l'annonce de l'intervention était tardive. Elle a en outre contesté qu'il s'agisse d'un cas de maladie.

Dans sa réplique du 30 novembre 2010, la demanderesse et recourante a maintenu ses conclusions et pris, à titre de conclusions complémentaires subsidiaires, que L._____ SA soit tenu de prendre en charge l'ensemble des frais liés aux interventions du 9 avril 2009 en qualité d'assureur maladie LCA. Elle a en outre contesté le défaut de légitimation passive de T._____.

Par courrier séparé, elle a requis l'appel en cause de L._____ SA. Appelé en cause par décision du 13 mai 2011, L._____ SA a conclu au rejet de la demande.

Les parties ont maintenu leurs conclusions dans leurs écritures ultérieures.

Le Dr D._____ a été interpellé par le juge instructeur. Il a répondu aux questions de la demanderesse comme il suit:

"1. Quelle est l'anamnèse de Mme P._____ ?

Réponse: En avril 2001, la patiente subit une mastectomie du sein droit avec curage axillaire pour carcinome canalaire invasif. Trois semaines plus tard, tumorectomie du sein gauche et pose d'un port-à-cath sous-clavier gauche.

Une reposition de cathéter sous-clavier doit être faite en juillet 2001. Ce traitement a été suivi de radiothérapie.

En 2003, reconstruction du sein droit par prothèse sous-musculaire.

La patiente me consulte le 23.02.2006 pour des douleurs au niveau du sein droit, en particulier du quadrant supéro-externe avec tuméfaction. Egalement, cicatrice dans le quadrant supéro-externe du sein gauche gênant la mobilité.

Le 02.03.2006, elle subit une révision du sein droit avec capsulectomie complète, changement de prothèse et correction du

pli inframammaire. Au niveau du sein gauche, libération des cicatrices et comblement par lambeau fascio-sous-cutané.

Les contrôles post-opératoires montrent qu'il y a un excès de graisse du pôle supérieur à droite et une dépression au niveau du site de l'ancien port-à-cath à gauche. Ceci est corrigé ambulatoirement par une petite lipoaspiration supérieure droite et lipo-filling du quadrant supéro-externe gauche le 17.05.2006. Ce traitement est considéré comme terminé le 06.06.2006.

Le 14.03.2007, la patiente se représente en consultation avec une nouvelle tuméfaction au niveau du quadrant supéro-externe du sein droit ainsi qu'une rétraction au niveau de la cicatrice latérale du sein gauche. Cette tuméfaction à droite crée une douleur continue dans les mouvements du bras droit et la cicatrice à gauche un tiraillement lors d'abduction de l'épaule. La patiente est tenancière active d'un restaurant, droitière. Elle participe au service et à la préparation de plats notamment la découpe au couteau de tartare, activités qui sont gênantes au niveau des symptômes. Après examen, on conclut qu'il y a une migration de la prothèse utilisée dans la reconstruction vers le haut créant cette tuméfaction.

Le 13.03.2008, la patiente subit une nouvelle révision du sein droit avec excision de la prothèse, création d'une nouvelle poche sous-pectorale selon Heden et remplacement de la prothèse préformée anatomique ainsi qu'une liposculpture complémentaire au niveau d'une cicatrice rétractile du sein gauche.

Au contrôle le 23.04.2008, les deux seins ne font plus mal, la correction du pôle supérieur est bonne. Il persiste par contre une hypotrophie complète du mamelon à droite.

Le 10.03.2009, la patiente se représente en consultation, soit un an après révision. Ses plaintes sont d'une tension dans le quadrant supéro-externe et inféro-externe du sein gauche, mais plus du sein droit. Celui-ci concerne néanmoins l'aréole et le mamelon au niveau de la projection.

L'examen clinique révèle que la patiente a pris un peu de poids et que les tissus sous-cutanés en-dessus et en-dessous de la cicatrice transverse du sein gauche sont sous tension, ce qui tire sur la cicatrice qui elle n'est pas élastique. Les mouvements de l'épaule gauche, notamment abduction et extension, tirent sur la cicatrice. De nouveau, vu son métier, cette gêne devient très fatigante au cours de la journée et les services du soir.

Le 09.04.2009, la patiente subit une révision de la bride cicatricielle du sein gauche par des multiples plasties en Y-V. En outre, une greffe dermo-graisseuse aréolo-mamelonnaire est faite pour améliorer la projection de ce mamelon reconstruit à droite. Au contrôle du 26.08.2009, la patiente dit [avoir] une importante diminution de la tension au niveau du sein gauche dont la cicatrice a été corrigée, lui permettant de bien lever les bras. Au dernier contrôle post-opératoire, le 06.10.2009, excellente évolution et le traitement est considéré comme terminé.

La patiente travaille à 100% sans gêne depuis cette correction.

2. Quelles sont les plaintes formulées par Mme P. _____ ?

Réponse: Ainsi que mentionné plus haut au niveau du sein droit en 2006 et en 2007, tension sous-claviculaire (pôle supérieur et supéro-externe) lors de ses mouvements.

Au niveau du sein gauche, en 2006 cicatrice adhérente et gênante lors de la mobilité. En 2009, tension le long de la cicatrice entre le

quadrant supéro et inféro-externe dans les mouvements d'abduction et d'extension de l'épaule.

3. *Quelles sont vos constatations objectives (examen clinique, examen particulier tel qu'EMG, laboratoire, etc.) ?*

Réponse: Il s'agit de constatation clinique ne nécessitant pas d'examen complémentaire. Ils ont été décrits dans la question 1.

- Sein droit: Tuméfaction dans le pôle supéro-externe dans la région sous-claviculaire qui a été traité en 2006 puis récidive de celle-ci en 2007 avec à la mobilité, augmentation de cette tuméfaction créant une tension sur le muscle et une douleur.

- Sein gauche: En 2006, cicatrice adhérente sur le bord latéral du sein (entre le quadrant supéro et inféro-externe de la cicatrice déprimée dans le pôle supérieur là où se trouvait le port-à-cath). En 2007, rétraction de la cicatrice sein gauche. En 2009, le sein gauche présente la cicatrice qui est sous tension (faisant une dépression visible entre le quadrant supéro et inféro-externe quand la patiente est en abduction et extension de l'épaule): ceci témoigne de l'inélasticité de la cicatrice qui agit comme un cordon freinant les mouvements susmentionnés.

4. *Quel était l'état pathologique de Mme P. _____ avant l'intervention chirurgicale du 09 avril 2009 ?*

Réponse: Voir la réponse 3.

5. *Quel est votre diagnostic ?*

Réponse: - Sein droit: Status après mastectomie selon Patey et radiothérapie.

Status après reconstruction par prothèse sous-musculaire.

Status après luxation de prothèse sous-musculaire et révision chirurgicale.

Status après deuxième luxation sous-musculaire et nouvelle révision chirurgicale. Actuellement, status stable de reconstruction mammaire et aréolaire.

-Sein gauche: Status après tumorectomie à cheval entre le quadrant supéro et inféro externe par voie extérieure créant une cicatrice déprimée et adhérente au plan profond entre les deux quadrants mentionnés.

Status après mise et ablation de port-à-cath sur une cicatrice déprimée du pôle supérieur.

Status après correction d'adhérence de la cicatrice à cheval entre le quadrant supéro et inféro-externe (sans l'allongement de celle-ci) par lambeau sous-cutané.

Cicatrice non élastique créant une bride lors d'extension et d'abduction de l'épaule.

Status après correction de celle-ci par plastie en Y-V.

6. *Confirmez-vous qu'après la mastectomie complète du sein droit en avril 2001, suivie en mai 2001, d'une tumorectomie importante au sein gauche, Mme P. _____ a subi en mars et mai 2006 deux nouvelles opérations ? Pouvez-vous décrire ces opérations ?*

Réponse: Voir réponse donnée dans l'anamnèse ainsi que la question 5.

7. Est-il exact que Mme P. _____ a subi, en mars 2008, une nouvelle opération destinée à traiter une luxation de la prothèse sous-pectorale droite et une tuméfaction sous-claviculaire importante, créant une douleur du quadrant supéro externe du sein gauche occasionnée par la cicatrice post-tumorectomie ?

Réponse: Oui. La correction de cicatrice du sein gauche a été faite par lipo-filling avec un succès modéré.

8. Est-il exact que l'opération du 9 avril 2009 avait pour but de traiter des douleurs intenses à l'endroit de la cicatrice latérale post-tumorectomie au sein gauche (fibrose cicatricielle) et de redonner à Mme P. _____ la possibilité de se mouvoir normalement ?

Réponse: Oui.

9. Pouvez-vous décrire en quoi Mme P. _____ était entravée considérablement dans ses mouvements, en particulier dans son activité de restauratrice ?

Réponse: Veuillez trouver cette réponse dans la question 1.

10. Est-il exact que seule la chirurgie effectuée le 9 avril 2009 était de nature à corriger de manière satisfaisante la pathologie subie par Mme P. _____ ?

Réponse: Oui.

11. Confirmez-vous la teneur de votre rapport du 6 juillet 2010 ?

Réponse: Oui."

S'agissant des questions de la défenderesse, le Dr D. _____ s'est prononcé comme suit:

"1. a. Le Dr D. _____ allègue dans son rapport médical du 6 juillet 2010 que l'opération n'a été effectuée que dans le but de remédier aux tensions que la patiente ressentait «à chaque fois qu'elle faisait une abduction ou extension du bras et de l'épaule gauche». Les tensions décrites peuvent-elles être assimilées à une maladie au sens de la LAMal à son sens ? b. L'intervention pratiquée chez Madame P. _____ le 9 avril 2009 à la Clinique de M. _____ a-t-elle été justifiée par un état pathologique ?

Réponse 1a: Oui. La patiente est limitée dans son arc de rotation donc une limitation de l'extension et de l'abduction.

Réponse 1b: Oui. La cicatrice est elle-même un état pathologique.

2. Au vu de l'historique des prestations, il n'y a pas d'élément indiquant que Madame P. _____ aurait souffert d'une cicatrice qui tire. Comment le Dr D. _____ prouve-t-il qu'il s'agisse d'une cicatrice qui «tire» ?

Réponse: En faisant l'examen clinique, en abduction et extension, on voit très bien que la cicatrice mise sous tension crée telle une coupe entre le quadrant supéro et inféro-externe. Et à la palpation, cette cicatrice est dure. Il s'agit plus d'un frein que d'un tiraillement.

3. Dans quelle mesure les prétendues tensions ont-elles empêché Madame P. _____ d'exercer ses activités quotidiennes ? Décrivez précisément et donnez-en des exemples concrets.

Réponse: La présentation dans le service de restauration implique que l'on garde un dos le plus droit possible et non voûté, et mettre ainsi les épaules en arrière. Ceci tant pour la statique de la colonne que pour les mouvements.

Le fait de ne pas pouvoir mettre l'épaule gauche autant en arrière. Cette tension est continue et fatigue également.

4. Le Dr D. _____ estime-t-il que l'opération a été effectuée dans le but de remédier au défaut esthétique ?

Réponse: Non.

5. L'intervention pratiquée chez Madame P. _____ était-elle médicalement indiquée ?

Réponse: Oui.

6. Madame P. _____ a-t-elle été atteinte d'une maladie psychique due au début esthétique de son sein resp. de [ses] seins ?

Réponse: Non.

7. Madame P. _____ a-t-elle été atteinte d'une maladie psychique due aux tensions décrites dans le rapport médical du 6 juillet 2010 ?

Réponse: Non.

8. Comment le Dr D. _____ parvient-il à prouver, actuellement, que la cicatrice posait des problèmes à Madame P. _____ ?

Réponse: Il s'agit d'un problème mécanique pur. Mettez une corde non élastique entre deux points donnés et tirez dessus, celle-ci va tirer sur les points de fixation et créer une tension. Le tissu cicatriciel longitudinal est un tissu non élastique. Les points de fixation sont les extrémités de la peau. La tension fait mal. L'élasticité d'une correction de cicatrice est donnée par la mise en place de peau non cicatricielle à travers la cicatrice initiale (plastie Y-V ou aussi plastie en Z ou lambeau de rotation ou même greffe de peau totale dans certain cas).

9. Selon le Dr R. _____ l'imperfection avant l'opération sur le plan esthétique est tout à fait minime. Le Dr D. _____ est-il d'accord avec cette allégation ?

Réponse : Oui. Les opérations n'ont jamais été faites à but esthétique.

10. Selon la lettre du Dr D. _____ du 27 mai 2009 adressée à T. _____ «au niveau du sein droit, la reconstruction du mamelon (...) est insuffisante. Ce manque de projection crée une dyssymétrie». Peut-on en déduire que l'opération a été effectuée dans le seul but de remédier à un défaut esthétique ?

Réponse: La reconstruction mammaire après mastectomie totale est à prise en charge obligatoire des Caisses Maladies. Celle-ci implique également la reconstruction du mamelon. Le mamelon n'a pas de fonction mécanique mais fait partie intégrale d'un sein reconstruit. Un mamelon plat et sans projection crée une dissymétrie.

La chirurgie de reconstruction tente à rendre les tissus altérés par la maladie ou les accidents le plus normal possible.

La chirurgie esthétique tente à rendre les tissus le plus beau possible (dont la définition est celle du patient). Cette chirurgie là n'est pas à charge des Caisses Maladies.

Dans le cas présent, il s'agit uniquement de chirurgie réparatrice.

11. Contrairement à ce qu'il rapportait dans sa lettre du 27 mai 2010, le Dr D. _____ n'évoque plus la question de la prise en charge de l'opération portant sur le sein droit dans son courrier du 6 juillet 2010. Peut-on déduire que le Dr D. _____ ne conteste plus notre refus de la prise en charge des frais concernant le sein droit ?

Réponse: Non.

12. Se référant à la question 11: Le Dr D. _____ comment explique-t-il le fait qu'il demande la prise en charge des frais du sein droit dans sa lettre du 27 mai 2010 et qu'il ne demande plus lesdits frais dans sa lettre du 6 juillet ? Le Dr D. _____ comment explique-t-il cette contradiction ?

Réponse: A force de remplir à des questionnaires pour lesquels, dans le sens de la chirurgie réparatrice, les interventions sont à prise en charge obligatoire, je n'ai pas fait de deuxième demande par oubli ou par inattention.

13. L'opération effectuée était-elle une ultima ratio ? Un traitement conservateur tel qu'une pommade assouplissant les cicatrices aurait-il été suffisant afin de remédier au problème allégué par le Dr D. _____ ?

Réponse: Il n'y a aucune pommade qui assouplit les cicatrices. En effet, la maturation cicatricielle naturelle qui dure 6 à 12 mois après création de celle-ci (qui dépend de la vie naturelle de cellules appelées myofibroblastes) fait qu'une fois celle-ci atteinte, une cicatrice ne change plus. Le massage d'une cicatrice qui est en train d'évoluer et qui n'a pas atteint sa maturation peut simplement accélérer la vitesse de cette maturation. La pommade n'est qu'utile comme interface graisseuse permettant un massage. Il n'y a pas de pommade qui assouplisse les cicatrices.

14. La cicatrice pouvait-elle être qualifiée de bien guérie avant l'opération en question ?

Réponse: Le mot « guéri » ne veut absolument rien dire. Le status ante n'est pas atteint.

Une plaie fermée ne veut pas dire qu'il s'agisse d'une cicatrice fonctionnelle.
En l'état d'une bride, je répondrai donc qu'il s'agit d'une cicatrice «mal guérie».

15. L'intervention chirurgicale remplissait-elle le critère de l'adéquation posé par l'art. 32 LAMal ?

Réponse: Oui.

16. Pour quelle raison le Dr D._____ ne nous a pas informés sur l'opération avant d'effectuer ladite opération ?

Réponse: La chirurgie réparatrice faisant partie de la chirurgie à prise en charge obligatoire ne m'a pas été nécessaire de vous informer avant ladite opération."

Les parties se son déterminées sur ces réponses.

Lors de l'audience de conciliation du 1^{er} novembre 2012, T._____ a admis sa qualité pour défendre s'agissant de l'assurance de base ainsi que s'agissant de l'assurance complémentaire. P._____ a retiré ses conclusions contre L._____ SA, lequel a été déclaré hors de cause et de procès. Les parties ont en outre été informées que les procédures fondées sur la LAMal et la LCA étant différentes, la disjonction des causes serait prononcée en cas d'échec des pourparlers transactionnels.

A la suite de l'audience, par écriture du 15 novembre 2012, T._____ Maladie a déclaré ce qui suit :

"Faisant suite à l'audience d'instruction du 1^{er} novembre dernier, il y a lieu de préciser, quant aux entités ayant la qualité pour défendre, que, conformément aux extraits du registre du commerce (ci-joints), le portefeuille LCA de T._____ (fondation) a été transféré à T._____ et le portefeuille LAMal de T._____ (fondation) a été repris par T._____ Maladie, après approbation de toutes les autorités fédérales compétentes. En conséquence, il sied de relever que T._____ (et non pas T._____) a qualité pour défendre concernant la partie du litige relevant de l'assurance privée LCA. Par ailleurs, seule T._____ Maladie a qualité pour défendre dans le litige ayant trait à l'assurance obligatoire des soins."

Elle a produit trois extraits du registre du commerce du [...] dont il résulte notamment ce qui suit, s'agissant de T._____ :

"Fusion: reprise des actifs et passifs de la fondation " [...]" à [...] (CH- [...]), selon contrat de fusion du 23.03.2005, décision de l'autorité de surveillance de la fondation transférante du 4.08.2005 et bilan au 31.12.2004 présentant des actifs de CHF 70'201'260,30, des passifs envers les tiers de CHF 58'270'268,77, soit un actif net de CHF 11'930'991,53 [comme précédemment]

Fusion: reprise des actifs et passifs de la fondation " [...]" à [...] (CH- [...]), selon contrat de fusion du 23.03.2005, décision de l'autorité de surveillance de la fondation transférante du 4.08.2005 et bilan au 31.12.2004 présentant des actifs de CHF 124'722'450,23, des passifs envers les tiers de CHF 100'241'536,64 soit un actif net de CHF 24'480'913,59 [comme précédemment]

Fusion: reprise des actifs et passifs de la fondation " [...]" à [...] (CH- [...]), selon contrat de fusion des 23 et 24.03.2005, décision de l'autorité de surveillance de la fondation transférante du 4.08.2005 et bilan au 31.12.2004 présentant des actifs de CHF 43'845'027,06, des passifs envers les tiers de CHF 31'203'570,25, soit un actif net de CHF 12'641'456,81 [comme précédemment]

[...]

Statuts adaptés au nouveau droit et également modifiés sur des points non soumis à publication.

Transfert de patrimoine: selon contrat du 20.04.2011 et selon décision de l'autorité de surveillance du 08.12.2011, la fondation a transféré des actifs de CHF 633'786'434.26 et des passifs envers les tiers de CHF 426'521'588.90 à la société " T. _____ Maladie" à [...] (CH- [...]). Contre-prestation: aucune

Transfert de patrimoine: selon contrat du 20.04.2011 et selon décision de l'autorité de surveillance du 08.12.2011, la fondation a transféré des actifs de CHF 208'374'831.35 et des passifs envers les tiers de CHF 133'366'788.17 à la société " T. _____" à [...] (CH- [...]). Contre-prestation: aucune

Fusion: reprise des actifs et des passifs de la fondation " [...]", à [...] (CH- [...]), selon contrat de fusion du 20.04.2011, décision de l'autorité de surveillance de la fondation transférante du 22.12.2011 et bilan au 01.01.2011 présentant des actifs de CHF 983'000.00 et des passifs envers les tiers de CHF 0.00

Fusion: reprise des actifs et des passifs de la fondation " [...]", à [...] (CH- [...]), selon contrat de fusion du 20.04.2011, décision de l'autorité de surveillance de la fondation transférante du 22.12.2011 et bilan au 01.01.2011 présentant des actifs de CHF 11'000.00 et des passifs envers les tiers de CHF 0.00"

Concernant T._____, dont le but est l'exploitation des branches d'assurances non vie, l'extrait indique sous faits particuliers:

"Reprise de biens envisagée: la société envisage dans le cadre de transferts de patrimoine de reprendre divers actifs et passifs (dont des immeubles et des portefeuilles d'assurances) sans contre-prestation pour elle."

Concernant T. _____ Maladie, dont le but est, selon l'extrait, de pratiquer en tant que caisse-maladie au sens de l'art. 12 LAMal l'assurance-maladie obligatoire et l'assurance facultative d'indemnités journalières, cet extrait mentionnait sous faits particuliers:

"Reprise de biens envisagée: la société envisage dans le cadre de transferts de patrimoine de reprendre divers actifs et passifs (dont des immeubles et des portefeuilles d'assurances) sans contre-prestation pour elle."

Le 10 décembre 2012, la demanderesse et recourante a conclu à l'irrecevabilité des déterminations de T. _____ au motif qu'elles émanaient d'une société qui n'était pas partie à la procédure.

La disjonction de causes a été prononcée le 7 mai 2013, la cause relative à l'assurance de base étant enregistrée sous le numéro AM 34/10 et celle concernant l'assurance complémentaire sous le numéro AMC 1/13.

Par arrêt de ce jour, la Cour de céans a admis le recours interjeté par P. _____, annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à l'assurance pour instruction complémentaire sous la forme d'une expertise puis nouvelle décision.

E n d r o i t :

1. **a)** En vertu de l'art. 12 al. 3 LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10), les assurances complémentaires pratiquées par les caisses-maladie en plus de l'assurance-maladie sociale ne sont pas soumises à la LAMal, mais sont régies par le droit des assurances privées, à savoir par la LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1).

b) Conformément à l'art. 1 DTAs-AM (Décret du 20 mai 1996 relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie, RSV 173.431), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, le présent litige relève de la compétence du Tribunal des assurances, respectivement de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui lui a succédé à compter du 1^{er} janvier 2009 (cf. JT 2009 III 106).

Le 16 décembre 2009, le Grand Conseil a adopté le Décret abrogeant celui du 20 mai 1996 relatif à l'attribution au Tribunal cantonal des assurances de la compétence du contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie. Ce nouveau décret, qui a pour seul objet d'abroger le décret de 1996, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2011 dans le canton de Vaud, les contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés, y compris dans le contentieux des assurances complémentaires à l'assurance-maladie obligatoire, sont dans la compétence du juge ordinaire (cf. art. 85 al. 1 LSA [loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01]) et la législation de procédure civile s'applique. Néanmoins, les anciennes règles de compétence et de procédure s'appliquent lorsque la demande a été introduite avant le 1^{er} janvier 2011 (cf. art. 404 CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272]) et la procédure prévue aux art. 106 ss LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36) pour l'action de droit administratif doit être appliquée.

Il s'ensuit que la présente affaire, d'une valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., ressortit de la compétence du juge unique de la Cour de céans (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD, par renvoi de l'art. 107 LPA-VD).

2. A l'audience du 1^{er} novembre 2012, T. _____ a admis avoir la qualité pour défendre, tant pour l'assurance obligatoire des soins que pour

l'assurance complémentaire LCA, alors qu'elle l'avait contestée auparavant. Par écriture du 15 novembre 2012, T._____ Maladie a déclaré avoir la légitimation passive en matière d'assurance de base et précisé que T._____ l'avait concernant la partie du litige relevant de l'assurance privée LCA.

Comme le relève la demanderesse, les extraits du registre du commerce produits céans font état uniquement d'une reprise de biens envisagée et de transferts de certains actifs et passifs, et non d'une fusion. Il ne peut dès lors y avoir substitution de parties au sens procédural du terme, celle-ci ne pouvant avoir lieu d'office que s'il y a reprise de l'ensemble des actifs et passifs, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (cf. art. 15 LPA-VD et notes ad art. 63 et 64 aCPC, cf. également art. 83 CPC).

Il s'ensuit que T._____ n'est pas partie à la présente procédure. Seule T._____ a la légitimation passive s'agissant de l'assurance-maladie complémentaire selon la LCA.

3. A la différence de la couverture des soins de l'assurance-maladie sociale, les assurances-maladie complémentaires ne sont pas régies exhaustivement par la loi; elles relèvent, avec les restrictions propres au droit du contrat d'assurance régi par la LCA, du principe de la liberté contractuelle, qui implique non seulement la liberté de contracter ou de ne pas contracter, mais aussi d'aménager le contenu des rapports contractuels (Vincent Brulhart, *Droit des assurances privées*, Berne 2008, p. 120 ss).

Dans la pratique, les conditions d'assurance forment le contenu ordinaire et typique du contrat d'assurance; elles se subdivisent en conditions générales (art. 3 al. 1 LCA) et en conditions particulières, lesquelles font partie intégrante du contrat (Vincent Brulhart, *op. cit.*).

4. Selon l'art. 32 al. 2 CG, de T._____, l'assureur doit être informé dans les 5 jours au plus tard, de l'entrée de l'assuré dans un

hôpital ou une clinique. L'annonce doit avoir lieu avant l'entrée si une garantie de prise en charge est réclamée. En cas d'annonce tardive, l'assureur se réserve le droit de réduire ou de refuser les prestations.

En l'occurrence, aucune annonce n'a été faite dans le délai précité. La demande de garantie, adressée par la clinique de M. _____ à T. _____, est datée du jour de l'opération, soit le 9 avril 2009. Or il ne s'agissait pas d'une intervention devant être pratiquée dans l'urgence, qui aurait pu justifier que le délai de 5 jours ne soit pas respecté. Il n'est par ailleurs pas établi que l'intervention n'ait été prévue qu'à si bref délai qu'il n'ait pas été possible à la demanderesse d'annoncer le cas à l'assurance avant son entrée à la clinique. Le fait que la demanderesse ait cru que l'opération serait prise en charge parce que tel avait été le cas des précédentes interventions ne la dispensait pas de respecter cette clause réglementaire.

En conséquence, s'agissant d'une demande de garantie tardive, la défenderesse était en droit de refuser les prestations relevant de l'assurance complémentaire.

Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner, en l'espèce, si l'état de santé de la demanderesse au jour de l'intervention du 9 avril 2009 répondait aux conditions de la maladie, respectivement aux conditions des conséquences d'une maladie, singulièrement si les frais afférents à l'intervention - consistant à remédier aux conséquences d'une bride cicatricielle liée à une tumorectomie (sein gauche) et à corriger un manque de projection consécutive à une reconstruction incomplète post-masectomie (sein droit) - étaient à la charge de l'assurance complémentaire. La requête d'expertise médicale à cet égard est dès lors sans objet.

5. Il résulte des considérants qui précèdent que la demande déposée le 14 juillet 2010 par P. _____ contre T. _____ doit être rejetée.

Il n'est pas perçu de frais de justice, la procédure étant gratuite (art. 85 al. 3 aLSA, applicable *ratione temporis* en l'espèce en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC; cf. art. 113 al. 2 let. f CPC). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, ni à la partie demanderesse qui succombe, ni à la défenderesse qui a procédé sans l'assistance d'un mandataire et n'a donc pas dû engager de frais pour défendre ses intérêts (art. 55 LPA-VD, applicable par analogie en vertu de l'art. 109 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I. La demande déposée le 14 juillet 2010 par P._____ contre T._____ est rejetée.

- II. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

La juge unique :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède est notifié à :

- Me Corinne Monnard Séchaud (pour P._____)
- T._____

par l'envoi de photocopies.

Un appel au sens des art. 308 ss CPC ou un recours au sens des art. 319 ss CPC, selon que la valeur litigieuse est ou non supérieure à 10'000 fr., peut être formé dans un délai de 30 jours dès la notification du présent jugement en déposant au greffe du Tribunal cantonal un mémoire écrit et motivé. La décision objet de l'appel, respectivement du recours, doit être jointe.

La greffière :