RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1289/2004 **ATAS/567/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 13 juillet 2004

En la cause

FONDATION X_____ EN FAVEUR DES PERSONNES MENTALEMENT HANDICAPEES, comparant par Maître Claude BRETTON-CHEVALIER, en l'étude de laquelle elle élit domicile. recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de Lyon 97, case postale 425, 1211 GENEVE 13 intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mme Valérie MONTANI et Mme Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. L'enfant M_____ (ci-après le recourant), né le septembre 2000, est atteint d'une infirmité congénitale depuis la naissance. Il touche à ce titre des prestations de l'assurance-invalidité.

2. Par demande du 8 juillet 2002, le recourant a sollicité de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) l'octroi de subsides pour la formation scolaire spéciale et les mesures pédago-thérapeutiques dispensées par le jardin d'enfants X_____, institution gérée par la Fondation X_____ EN FAVEUR DES PERSONNES MENTALEMENT HANDICAPEES (ci-après la FONDATION), que l'enfant devait fréquenter depuis le mois d'août 2002.

3. Par décision du 21 mai 2003, l'OCAI a rejeté cette demande, au même titre que celle de six autres enfants, au motif qu'une prise en charge de la formation scolaire spéciale dispensée par la FONDATION n'était possible qu'au niveau de l'école enfantine, et par conséquent dans le canton de Genève à partir de 4 ans uniquement, en application de la loi genevoise sur l'instruction publique.

4. Dans les délais ont fait opposition à cette décision, d'une part, le recourant, d'autre part la FONDATION.

5. Par décision sur opposition du 15 juillet 2003, l'OCAI a rejeté l'opposition du recourant. Il n'a pas tranché l'opposition déposée par la FONDATION.

6. Par acte du 16 septembre 2003, le recourant et la FONDATION ont déclaré recourir contre cette décision. Au fond, ils en demandaient l'annulation et la prise en charge de la formation spéciale. Préalablement, ils constatent que la FONDATION a la qualité pour recourir.

7. Dans son préavis du 14 octobre 2003, l'OCAI conclu au rejet du recours. Il conteste à titre préalable la qualité pour recourir de la FONDATION et demande que le recours soit déclaré irrecevable sur ce point.

8. Après un nouvel échange d'écritures, la cause a été convoquée en comparution des mandataires, en date du 30 mars 2004.

   A cette occasion étaient convoquées également les six autres causes concernant le même complexe de faits, les mêmes décisions de refus et dans lesquelles la FONDATION était également partie.

   Il a été décidé d'accord entre les parties que la présente procédure serait une cause pilote et serait instruite jusqu'à la solution juridique définitive sur les deux questions posées, à savoir la qualité pour agir de la FONDATION et le droit aux prestations. Les autres affaires seraient suspendues dans l'intervalle. Comme il est

apparu, par ailleurs, que l'OCAI n'avait pas tranché, à tort, l'opposition formée par la FONDATION, les parties ont décidé de corriger ce vice de procédure. L'OCAI devait rendre une décision sur opposition à l'encontre de la FONDATION, puis les recours contre cette décision sur opposition dans les 7 affaires seraient joins aux affaires au fond.

La directrice de la FONDATION a expliqué que le refus de la prise en charge de la formation spéciale à un âge préscolaire touchait doublement la FONDATION puisque les séjours n'étaient plus payés par l'OCAI et n'entraient dès lors plus dans le calcul de la subvention de la FONDATION. Il y a en effet un lien direct entre le nombre d'enfants inscrits au jardin d'enfants X_____ et la facturation qui en découle, ainsi que l'octroi des subventions. La question de la qualité pour agir ne s'était pas posée jusqu'à ce jour parce que la FONDATION est reconnue par l'OFAS depuis la fin 1993 et que durant les 10 années qui ont suivi, l'OCAI a toujours admis la prise en charge de la formation spéciale pour des enfants en âge préscolaire. L'OCAI a précisé que cette pratique était erronée, selon l'OFAS. Il a souhaité que l'on vérifie si l'autorisation délivrée en 1993 à la FONDATION était encore en vigueur.

Sur quoi des délais ont été accordés aux parties et l'instruction auprès de l'OFAS sur la question de la reconnaissance du jardin d'enfants X_____ a été ordonnée.

9. Après interpellation de l'OFAS le 2 avril 2004, celui-ci a confirmé le 8 avril 2004 que la décision de reconnaissance d'école spéciale de l'AI du 15 septembre 2004 pour le jardin d'enfants de la FONDATION était toujours en vigueur.

10. En date du 8 avril 2004, l'OCAI a rendu sa décision sur opposition à l'encontre de la FONDATION, pour les sept causes concernées. Il a déclaré irrecevable l'opposition formée par la FONDATION au motif que celle-ci n'avait qu'un intérêt indirect au recours de sorte que les conditions de l'art. 59 LPGA n'étaient pas remplies.

11. Par recours du 13 mai 2004, la FONDATION a contesté cette décision et conclu à ce qu'il soit constaté qu'elle avait qualité pour former opposition contre les décisions de l'OCAI relatives aux enfants en cause, et qu'elle avait qualité pour recourir au sens de l'art. LPGA. Elle se référait à la jurisprudence fédérale. Elle allègue être directement et très concrètement touchée par l'issue des litiges pour deux raisons. D'une part, parce que les prestations individuelles, lorsqu'elles sont allouées, le sont directement à la FONDATION par l'OCAI. D'autre part, parce qu'il existe un lien très étroit entre l'octroi des prestations individuelles et la subvention globale d'exploitation allouée par l'assurance-invalidité. Elle rappelle que chaque trimestre la FONDATION facture directement à l'OCAI compétent les journées que tous les enfants au bénéfice d'une décision d'octroi de prestations de

formations scolaires spéciales ont effectivement passées au jardin d'enfants. En l'état, et vu le refus de l'OCAI, la FONDATION n'a pas englobé les journées passées par les sept enfants concernés dans les facturations établies depuis août 2002. A la fin de l'année civile, la FONDATION remplit à l'attention de l'OFAS une demande de subvention aux frais d'exploitation et d'équipement, accompagnée de la liste des enfants au bénéfice d'une décision d'octroi de subsides. Le nombre d'enfants pris en charge par l'AI influe directement sur le montant de la subvention globale d'exploitation. La FONDATION se réfère aux pièces produites, qui démontrent que si le nombre de journées de séjour AI diminue le montant de la subvention globale d'exploitation versée par l'OFAS diminue également. La FONDATION rappelle qu'en cas de refus des prestations individuelles ce ne sont pas les parents qui sont sollicités, la FONDATION devant chercher auprès d'autres instances ou autorités les revenus permettant de financer la prise en charge des enfants. Elle rappelle que l'intérêt qu'elle fait valoir, bien qu'il lui soit propre, a pour but ultime une cause d'utilité publique, la FONDATION remplissant une tâche étatique, à savoir la prise en charge des personnes mentalement handicapées. L'intérêt de la FONDATION est dès lors d'autant plus digne de protection. Par ailleurs, contrairement à ce que pense l'OCAI, la non-prise en charge par l'assurance-invalidité de la formation scolaire spéciale n'a pas pour conséquence une baisse de fréquentation de l'école mais une augmentation de la proportion des enfants non pris en charge par l'AI par rapport à l'X_____ des enfants.

12. Par pli du 18 juin 2004 le Tribunal de céans a informé les parties de ce que la question relative à la légitimité active de la FONDATION était gardée à juger (soit la présente cause, A/1289/2004).

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

   Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

   b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

   - elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ;

Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique,

téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique notamment sur les contestations en matière d'assurance-invalidité (cf. art. 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après LPGA), entrée en vigueur au 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce. Les conditions de forme du recours sont donc celles des art. 56 et 60 LPGA. Interjeté dans les forme et délai requis, le présent recours est recevable à la forme.

4. La question est de savoir si la FONDATION a la qualité pour agir et peut donc faire opposition à la décision de l'OCAI puis recourir devant la juridiction de céans. Cette question relève du fondement matériel de l'action, de sorte que l'absence de cette qualité entraîne non l'irrecevabilité mais le rejet de la demande. Le point de savoir si une partie a qualité pour agir est en effet une question de fond (cf. ATF du 30 décembre 2003 cause B59/03 et réf. cit.).

   En l'espèce, la norme définissant le cercle des personnes pouvant recourir est celle de l'art. 59 LPGA qui prévoit que « quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir ».

   Cette définition reprend quasiment mot à mot celle de l'art. 103 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire, applicable au recours devant le Tribunal fédéral qui prévoit qu' « a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée ». Il y a donc lieu de se référer à la jurisprudence fédérale rendue en la matière, de même qu'à celle relative à l'art. 60 de la loi de procédure administrative genevoise dont le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que les conditions étaient les mêmes que celles de l'art. 103 OJ, applicable par le biais de l'art. 98 a al. 3 OJ. Cette norme prévoit, s'agissant des autorités de dernières instances cantonales, que la qualité pour recourir devant celles-ci et les motifs du recours doivent être admis au moins aussi largement que pour le recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral.

   Ces conditions ont été précisées à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral. Selon la jurisprudence, en effet, le recourant doit être touché dans une mesure et une

intensité plus grande que la généralité des administrés, et l'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé mais qui peut être un intérêt de fait- doit se trouver avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il faut donc que le recourant ait un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage, de nature économique, matérielle ou idéale (conf. ATF 121 II 359 ; 121 II p. 39; 120 1b 48; voir également l'ATF 1a . 47/2002 du 16 avril 2002).

Comme cela ressort du dossier, la FONDATION en faveur des personnes mentalement handicapée est une fondation de droit privé, constituée en 1986 à Genève. Son but est la prise en charge de personnes mentalement handicapées ou atteintes de troubles du comportement et de la personnalité en leur assurant notamment l'accueil, l'hébergement, l'éducation et la formation. La FONDATION s'intéresse également à toutes activités touchant à la vie des personnes mentalement handicapées. C'est en 1993 que la FONDATION a créé le jardin d'enfants X_____, qui accueille des enfants mentalement handicapés ou présentant des troubles du comportement, principalement en âge préscolaire, soit entre deux et cinq ans. La FONDATION a obtenu la reconnaissance d'école spéciale au sens de l'assurance-invalidité fédérale, par l'OFAS, autorisation toujours en vigueur comme cela a été rappelé plus haut. Chaque trimestre, elle adresse à l'OCAI une facture relative aux journées effectivement passées par les enfants au bénéfice d'une prise en charge en école spéciale. Elle reçoit de l'OFAS chaque année une subvention aux frais d'exploitation et d'équipement. Par exemple pour l'année 2001, l'OFAS a attribué au jardin d'enfants X_____ une subvention aux frais d'équipement de 461 fr. et 250'515 fr. à titre de subvention aux frais d'exploitation. Cette subvention est directement en relation avec le nombre de journées de séjour pris en charge par l'AI, comme cela ressort de l'annexe à la subvention accordée pour 2001. Il ressort de cette annexe, en effet, que les journées de « séjours AI » ont constitué en 2001 le 80,03% des journées totales et que le montant des charges prises en considération pour les journées de séjour AI, de 492'913 fr. correspond au 80,03% de celle-ci.

Il ressort de ce qui précède que l'intérêt de la FONDATION à la présente procédure est concret, direct et actuel. Comme l'a expliqué par ailleurs la FONDATION dans ses écritures, le fait que des enfants ne soient pas pris en charge par l'AI n'a pas pour conséquence qu'ils ne fréquentent plus la FONDATION ou le jardin d'enfants mais que les frais de cette fréquentation n'étant pas pris en charge par l'assurance-invalidité fédérale, les subventions en découlant sont diminuées, et la FONDATION doit trouver par d'autres biais les moyens de les financer.

En conséquence, la FONDATION avait qualité pour faire opposition à la décision de l'OCAI, de même qu'elle a qualité pour recourir dans la présente procédure.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Constate que la Fondation X_____ a la qualité pour recourir.

3. En conséquence annule la décision sur opposition du 8 avril 2004 qui déclare irrecevable l'opposition.

4. Condamne l'OCAI à verser à la recourante, à titre de dépens, la somme de 1'000 fr.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La Présidente :
Yaël BENZ	Isabelle DUBOIS

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe