RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1621/2003 **ATAS/557/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 13 juillet 2004

1ère Chambre

En la cause

R_____, domiciliée chez et représentée par son père recourante
Monsieur R_____, comparant par Maître Claude BRECHBUHL en l'étude duquel il élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, intimé
domicilié rue de Lyon 97 à Genève

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. L'enfant R_____ est née prématurée le septembre 1995. Elle a été mise au bénéfice de mesures médicales du 12 septembre 1995 jusqu'à la reprise d'un poids de 3000 gr, pour le traitement de l'infirmité congénitale OIC 494, puis de séances de physiothérapie du 28 février 1996 au 30 septembre 1997, pour le traitement de l'infirmité congénitale OIC 395.

2. Le 24 octobre 2001, ses parents ont déposé une demande de prestations AI visant à la prise en charge de séances d'ergothérapie.

3. Dans un rapport du 1er décembre 2001, la Doctoresse A_____, spécialiste FMH en pédiatrie, médecin traitant, a posé les diagnostics suivants : troubles de la motricité fine et dyspraxie, troubles de la coordination, troubles de l'attention chez une ancienne prématurée. Elle préconise un suivi médical et des séances d'ergothérapie. Le traitement d'ergothérapie a débuté le 26 octobre 2001 et se déroule à raison d'une fois par semaine.

   Madame B_____, ergothérapeute, la décrit comme une enfant hyperactive qui se disperse rapidement et passe d'une activité à l'autre rapidement sans l'investir et affirme que le traitement paraît « tout à fait indiqué » (cf. courrier adressé à la Doctoresse A_____ le 14 mars 2002).

   Par courrier du 20 mars 2002, la Doctoresse A_____ a confirmé à l'attention de l'OCAI que les troubles dont souffre R_____ étaient à mettre en rapport avec les troubles cérébraux dus à sa prématurité. Le médecin précise, le 30 mai 2002, que les conditions du chiffre 390 OIC n'ont pas été posées à la fin de l'échéance du chiffre 395 OIC. Elle déclare encore le 9 janvier 2003, que R_____ remplit les conditions du chiffre 404 OIC, ses troubles étant dus à sa prématurité. Ils se manifestent par une hyperactivité, des difficultés d'attention soutenue, des troubles de la motricité fine et globale, des difficultés de manipulation et des signes neurologiques minimes avec troubles de la coordination et troubles sensoriels de type stéréognosie, graphesthésie.

   La Doctoresse A_____ a encore rempli le 5 février 2003 un formulaire permettant de déterminer le droit aux prestations en relation avec un syndrome d'hyperactivité (chiffre 404 OIC). Elle a ainsi répondu que l'enfant présentait ou avait présenté des troubles de la perception, des troubles de la concentration, de la

faculté d'attention, qu'elle n'avait en revanche pas constaté de troubles du comportement dans le sens d'une atteinte pathologique de l'affectivité ou du contact, ni de troubles des pulsions, ni un abandonisme de la petite enfance, ni une maladie grave du cerveau. Elle relevait par ailleurs une intelligence normale.

3. Par décision du 12 mars 2003, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a rejeté la demande, au motif que « les récents renseignements médicaux en notre possession ne nous permettent pas d'admettre que les troubles présentés par votre fille correspondent aux graves troubles décrits sous le chiffre 390 OIC. De plus, les conditions de l'infirmité congénitale N° 404 (troubles cérébraux) diagnostiquée par la Doctoresse A_____ ne sont pas remplies, en particulier en ce qui concerne les troubles du comportement et les troubles des pulsions ».

4. Monsieur R_____ et son épouse, représentés par Maître Claude BRECHBUHL, ont formé opposition. Ils considèrent que l'hyperactivité et les troubles de la concentration dont souffre l'enfant entrent parfaitement dans la définition du chiffre 404 OIC.

5. Sur demande de l'OCAI, la Doctoresse A_____ remplit à nouveau le 11 juin 2003 le même type de formulaire, y répond de la même façon et ajoute que les symptômes sont présents simultanément.

6. Invité à se déterminer, le Docteur C_____, médecin conseil de l'OCAI, constate que « les tests effectués récemment montrent comme principaux problèmes des difficultés d'attention et de concentration. De plus la Doctoresse A_____ indique très clairement qu'il n'y a ni troubles des pulsions, ni troubles du comportement. Dès lors les critères pour reconnaître une OIC 404 ne sont pas remplis ». Le Docteur C_____ conclut dès lors au refus de la prestation (cf. note du 17 juin 2003).

7. Par décision sur opposition du 27 juin 2003, l'OCAI a confirmé sa décision de rejet, considérant que l'enfant ne présente actuellement pas de troubles du comportement dans le sens d'une atteinte pathologique de l'affectivité ou du contact ni de troubles des pulsions. L'OCAI a ainsi constaté que les conditions du N° 404 OIC et partant de l'art. 13 LAI n'étaient pas remplies.

8. Les parents de l'enfant ont interjeté recours le 1er septembre 2003 contre ladite décision sur opposition. Ils affirment que les conditions du chiffre 404 OIC sont réunies, rappellent que R_____ a fait de très nets progrès dès qu'elle a été prise en charge par un ergothérapeute, considèrent que la circulaire de l'OFAS appliquée par l'OCAI est trop contraignante en ce qui concerne le chiffre 404 OIC

et considèrent que quoiqu'il en soit, R_____ a droit aux mesures médicales nécessaires.

9. Dans son préavis du 29 septembre 2003, l'OCAI conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée.

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 assesseur à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGA, 84 LAVS et 69 LAI).

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Elle est applicable au cas d'espèce, la décision litigieuse datant du 12 mars 2003.

4. Aux termes de l'art. 13 al. 1 LAI, les assurés ont droit aux mesures médicales nécessaires au traitement des infirmités congénitales (art. 3 al. 2 LPGA) jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. Les infirmités congénitales sont énumérées dans une liste figurant en annexe de l'ordonnance concernant les infirmités congénitales du 9 décembre 1985 (OIC). Sont réputées infirmités congénitales les infirmités présentes à la naissance accomplie de l'enfant. La simple prédisposition à une maladie n'est pas réputée infirmité congénitale. Le moment où une infirmité congénitale est reconnue comme telle n'est pas déterminant (art. 1 OIC).

   L'art. 2 OIC précise que sont réputés mesures médicales nécessaires au traitement d'une infirmité congénitale tous les actes dont la science médicale a reconnu qu'ils sont indiqués et qu'ils tendent au but thérapeutique visé d'une manière simple et adéquate.

   Il n'est pas contesté que les conditions du chiffre 390 OIC ne sont ici pas réalisées. Il y a en revanche lieu de déterminer si ou non le chiffre 404 OIC est applicable.

   Le chiffre 404 OIC vise les troubles cérébraux congénitaux ayant pour conséquence prépondérante des symptômes psychiques et cognitifs chez les sujets d'intelligence normale, lorsqu'ils ont été diagnostiqués et traités comme tels avant l'accomplissement de la neuvième année (syndrome psycho-organique, psycho-syndrome dû à une lésion diffuse ou localisée du cerveau et syndrome psycho-organique congénital infantile).

   Selon la pratique administrative, les conditions du chiffre 404 OIC peuvent être considérées comme étant remplies si l'on constate au moins des troubles du

comportement, des pulsions, des troubles de la compréhension et de la perception, de la concentration ainsi que de la mémoire. Ces symptômes doivent être prouvés cumulativement, mais ne doivent pas nécessairement apparaître simultanément ; ils peuvent aussi se présenter successivement. Si seuls certains des symptômes sont constatés médicalement avant l'âge de neuf ans, les conditions du chiffre 404 OIC ne sont pas remplies.

Se référant à sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a confirmé d'une part la légalité du chiffre 404 OIC dans sa teneur en vigueur à partir du 1er janvier 1996 et pour l'essentiel identique à la teneur actuelle, et d'autre part la conformité à l'ordonnance des directives administratives en vigueur depuis le 1er janvier 1996 qui n'ont pour l'essentiel pas subi de modification. La réglementation contenue dans l'ordonnance part de l'hypothèse médicalement vérifiée que l'infirmité congénitale aurait été diagnostiquée et traitée avant l'âge de neuf ans révolus si elle était de nature congénitale (RCC 1979 p. 429 ; RCC 1984 p. 35 ; VSI 1997 p. 126).

Le diagnostic et le début du traitement en temps voulu sont des conditions du droit aux prestations correspondantes de l'AI. L'absence de diagnostic et de traitement avant l'accomplissement de la neuvième année crée la présomption légale irréfragable qu'il ne s'agit pas d'un syndrome psycho-organique congénital (VSI 1997 p. 134). Il ne saurait être concédé qu'un diagnostic possible en temps voulu soit admissible après coup d'un point de vue objectif et il s'agit de ne pas interpréter la nécessité du traitement en raison d'un diagnostic posé a posteriori comme répondant à un besoin de traitement. Toutefois, il n'est pas exclu qu'il soit possible d'établir par des examens complémentaires intervenant après l'accomplissement de la neuvième année que, selon le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante, la symptomatique complète de l'infirmité congénitale du chiffre 404 OIC Annexe existait déjà au moment de la neuvième année révolue (VSI 1997 p. 133). Ensuite, il ne convient pas d'admettre déjà un traitement au sens de l'ordonnance lors de la constatation d'un besoin de traitement car, dans cette hypothèse, la notion juridique du traitement pourrait perdre la détermination requise et le chiffre 404 OIC Annexe ne pourrait pratiquement plus remplir la fonction de délimitation qui lui est attribuée (VSI 1997 p. 136).

Il est ainsi confirmé que les symptômes doivent se manifester cumulativement ; qu'ils ne doivent toutefois pas apparaître simultanément. Il suffit par conséquent que les troubles symptomatiques du SPO - syndrome psycho-organique - (chiffre 404 OIC) qui se dégagent de tous les éléments fournis par l'anamnèse puissent

être constatés avant l'âge de neuf ans révolus, étant entendu que ces symptômes ne doivent pas nécessairement se manifester simultanément ni perdurer au moment où les prestations sont effectivement allouées. A défaut d'un diagnostic et d'un traitement de l'infirmité avant l'âge de neuf ans révolus, le droit à des mesures médicales doit dès lors être nié.

5. En l'espèce, l'OCAI a considéré que les conditions du N° 404 OIC n'étaient pas réunies.

L'enfant accomplira sa neuvième année le 12 septembre 2004. Le diagnostic du N° 404 OIC a été posé formellement le 9 janvier 2003, mais le traitement d'ergothérapie a été préconisé par la Doctoresse A_____ selon un rapport du 1er décembre 2001 et a débuté le 26 octobre 2001 déjà. La condition relative à l'âge de neuf ans est quoi qu'il en soit réalisée.

Reste à examiner si la symptomatologie complète de cette infirmité congénitale est ici réalisée.

Les conditions du chiffre 404 OIC peuvent être considérées comme réunies si, avant l'âge de neuf ans, on constate au moins les troubles suivants :

- troubles du comportement dans le sens d'une atteinte pathologique de l'affectivité ou du contact
- troubles des pulsions
- troubles de la perception (troubles perceptifs et cognitifs)
- troubles de la concentration et
- troubles de la faculté d'attention

(circulaire concernant les mesures médicales de réadaptation de l'assurance-invalidité N° 404.5).

Force est de constater que la Doctoresse A_____ exclut expressément l'existence de troubles du comportement et de troubles des pulsions.

Selon les parents de l'enfant, ces troubles « resurgiront de façon absolument certaine dans les prochaines années si rien n'est entrepris pour les prévenir ».

C'est le lieu de rappeler ici que les symptômes doivent tous être survenus avant l'âge de neuf ans pour que le chiffre 404 OIC soit reconnu.

Dès lors, quand bien même le traitement d'ergothérapie est à l'évidence bénéfique à l'enfant, il ne saurait être mis à la charge de l'assurance-invalidité.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit le recours.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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