RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1979/2003** **ATAS/598/2004**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## 4ème chambre

## du 21 juillet 2004

En la cause

**Enfant S_____**, soit pour elle son père Monsieur S_____, Recourante

contre

**OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE**, rue de Lyon 97, GENEVE intimé

**Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Karine STECK et Valérie MONTANI, juges.**

## EN FAIT

1. S_____, née le mai 1996, est atteinte d'une mucopolysaccharidose de type III (maladie de Sanfilippo) classée sous chiffre 454 de l'ordonnance sur les infirmités congénitales (OIC). Cette affection entraîne une perte progressive des acquisitions cognitives et psychomotrices.

2. Les parents de l'enfant ont déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité, qui a accordé diverses prestations, notamment la formation scolaire spéciale ainsi qu'un traitement logopédique.

3. Une demande d'allocation pour personnes impotentes de l'AI a été formée auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI) en date du 16 juillet 2002, et le questionnaire ad hoc rempli.

4. Par décision du 1er juillet 2003, l'OCAI a octroyé à l'assurée une contribution aux frais de soins spéciaux pour une impotence moyenne dès le 1er juillet 2001.

5. Le père de l'assurée a formé opposition le 21 juillet 2003, alléguant que sa fille souffrait d'une maladie génétique extrêmement rare et qu'elle avait besoin d'aide pour tous les actes de la vie, de sorte qu'une impotence grave devait lui être reconnue.

6. L'OCAI, par décision du 29 septembre 2003, a rejeté l'opposition du père de l'enfant, au motif que S_____ n'avait pas besoin d'aide régulière pour se relever, s'asseoir et se coucher.

7. Le père de l'assurée a interjeté recours le 10 octobre 2003, alléguant que le niveau de compréhension de sa fille était fortement altéré par sa maladie et que même pour se lever, s'asseoir et se coucher elle avait besoin d'une personne pour lui montrer quoi faire et la guider.

8. Dans sa réponse du 2 décembre 2003, l'OCAI expose que selon le questionnaire signé par le père de l'enfant et le Docteur A_____, l'assurée n'a pas besoin de l'aide de tiers pour se lever, s'asseoir et se coucher. L'infirmière de santé publique de l'OCAI a procédé à une enquête sur place ; dans son rapport du 30 juin 2003, elle a conclu à l'octroi d'une contribution aux soins spéciaux pour impotence moyenne, l'enfant nécessitant une aide régulière et importante pour l'accomplissement de cinq actes ordinaires de la vie ainsi qu'une surveillance permanente. Après avoir soumis le dossier au Service médical régional AI (SMR), l'OCAI conclut au rejet du recours, rappelant qu'avec l'entrée en vigueur de la 4ème révision de la LAI, les contributions aux soins spéciaux pour mineurs impotents seront remplacées par une allocation pour impotent, dont le montant est doublé pour les personnes vivant chez elles.

9. Dans sa réplique du 17 décembre 2003, le père de l'assurée soutient que sa fille doit être aidée et guidée pour tous les actes de la vie quotidienne. Il produit un certificat établi en date du 27 octobre 2003 par le Dr B_____, responsable thérapeutique d'établissement hospitalier, attestant que S_____ n'effectue aucun des actes de la vie quotidienne, ni spontanément de façon adaptée, ni sur demande.

10. Invité à se déterminer, l'OCAI a persisté dans ses conclusions.

## 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. Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue en instance unique sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, notamment (cf. art. 56V alinéa 1 lettre a) LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

Les dispositions de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à la LAI (art. 1*a* à 70), sauf dérogation expresse (article 1 alinéa 1 LAI).

Interjeté dans les formes et délai légaux, le recours est recevable (articles 56 et 60 LPGA).

3. Selon l'article 20 alinéa 1 LAI, dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003, les mineurs impotents au sens de l'article 9 LPGA, qui ont 2 ans révolus et ne sont pas placés dans un établissement pour bénéficier des mesures prévues aux art. 12, 13, 16, 19 ou 21 ont droit à une contribution pour les soins spéciaux qu'ils reçoivent.

   Est réputée impotente toute personne qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne (article 9 LPGA). L'impotence est grave lorsque l'assuré est entièrement impotent. Tel est le cas s'il a besoin d'une aide régulière et importante d'autrui pour tous les actes ordinaires de la vie et que son état nécessite, en outre, des soins permanents ou une surveillance personnelle (article 36 alinéa 1 RAI). L'impotence est moyenne si l'assuré, même avec des moyens auxiliaires, a besoin (a) d'une aide régulière et importante d'autrui pour accomplir la plupart des actes ordinaires de la vie ou (b) d'une aide régulière et importante d'autrui pour accomplir au moins deux actes ordinaires de la vie et nécessite, en outre, une surveillance personnelle permanente (article 36 alinéa 2 RAI).

   Pour l'évaluation de l'impotence due à l'invalidité d'un mineur, il ne peut être pris en considération que le surcroît d'aide et de surveillance personnelle nécessaire par rapport aux mineurs du même âge ne souffrant d'aucun handicap (RCC 1986 p. 503 ; chiffre 8089 de la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence de l'assurance-invalidité (ci-après CIIAI).

   Les actes ordinaires de la vie les plus importants se répartissent en six domaines : 1/ se vêtir, se dévêtir ; 2/ se lever, s'asseoir, se coucher ; 3/ manger ; 4/ faire sa toilette ; 5/ aller aux toilettes ; 6/ se déplacer (dans la maison ou à l'extérieur), établir des contacts avec l'entourage (chiffre 8006 CIIAI).

   Il résulte du formulaire de demande rempli par le père de l'assurée et le Docteur A_____, médecin-traitant, en juillet 2002, que S_____ a besoin d'aide régulière et importante pour cinq actes ordinaires de la vie. Elle n'a en revanche pas besoin d'aide pour se lever, s'asseoir et se coucher (cf. pièce no. 8, fourre 1, dossier OCAI). Lors de l'enquête effectuée à domicile le 27 mai 2003, l'infirmière a également constaté et confirmé que l'enfant n'avait pas besoin d'aide par rapport à un autre enfant pour se relever, s'asseoir et se coucher (cf. rapport du 30 juin 2003, pièce no. 3, fourre 5 , dossier OCAI).

Le père de l'assurée soutient que sa fille a en réalité besoin d'une aide importante et régulière aussi pour se lever, s'asseoir et se coucher, dans la mesure où son état mental ne lui permet pas de le faire de manière adaptée, spontanément ni sur demande, ce que le Docteur B_____ a confirmé (cf. pièce recourante). De surcroît, l'enfant se lève la nuit pour déambuler dans l'appartement et il faut la raccompagner par la main et la recoucher.

Si l'on peut admettre que l'assurée est en mesure, fonctionnellement, de se lever, de s'asseoir et de se coucher, force est de constater qu'elle ne le fait pas d'elle-même, ou alors de façon inadaptée ainsi que l'a affirmé le Dr B_____. La nuit, l'enfant doit être prise par la main, raccompagnée au lit et couchée. Elle ne répond pas aux injonctions et aux consignes les plus simples sans l'aide de ses parents ou des intervenants du Centre de jour.

Le Tribunal de céans constate que l'assurée, âgée de 7 ans en 2003, n'est pas en mesure d'accomplir d'elle-même les actes de se lever, s'asseoir et se coucher, en raison de son état de santé mental, sans l'aide de tiers. Il s'agit là indiscutablement d'une aide indirecte et d'un surcroît d'aide par rapport à une enfant valide du même âge (RCC 1984 p. 368 ; 1980 p. 62).

Au vu de ce qui précède, le Tribunal considère qu'il se justifie d'admettre cette aide indirecte pour les actes ordinaires de se lever, s'asseoir et se coucher, dès l'âge de 6 ans révolus ; on peut en effet admettre qu'une enfant de cet âge comprenne les consignes et accomplisse ces fonctions d'elle-même, sans l'aide des parents ou de tiers. L'assurée a droit en conséquence à une contribution aux soins spéciaux pour impotence grave dès cette date.

**PAR CES MOTIFS,**
**LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

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

**A la forme :**

1. Reçoit le recours ;

**Au fond :**

2. L'admet partiellement ;

3. Dit et prononce que l'enfant S_____ S_____ a droit à une contribution aux soins spéciaux pour impotence grave dès l'âge de 6 ans révolus ;

4. Invite l'OCAI à rendre une décision en ce sens ;

5. Dit que la procédure est gratuite ;

6. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

7. 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).

| Le greffier : | La Présidente : |
|---|---|
| Walid BEN AMER | Juliana BALDE |

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