RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/228/2004 **ATAS/458/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 8 juin 2004

1ère Chambre

En la cause

Madame R_____,
recourante

contre

KPA/CPT ASSURANCE / CAISSE MALADIE, intimée
domiciliée Tellstrasse 18 à Berne

EN FAIT

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

---

1. Madame R_____, née le juin 1931, est affiliée auprès de KPT/CPT ASSURANCE (ci-après CPT). Elle souffre de lymphoedèmes du membre supérieur gauche avec des douleurs importantes post-opératoires, ainsi que d'algies climato-dépendantes. Un traitement de physiothérapie a été mis en place avec drainage lymphatique. Durant l'année 2001 l'assurée a suivi 90 séances selon la position 7312, toutes prises en charge par la CPT.

2. Par décision du 30 mai 2002, la CPT l'a cependant informée qu'une seule séance par semaine serait remboursée pour l'année 2002. Par décision sur opposition du 19 juillet 2003, elle a finalement accepté deux séances par semaine jusqu'au 31 décembre 2002.

3. Interrogé par la CPT, le Docteur A_____, médecin traitant, spécialiste en médecine interne et en angiologie, a déclaré le 19 décembre 2002 :

> « Le status post-opératoire du sein gauche et de manière consécutive brachial gauche entraîne une douleur permanente de tout le membre supérieur gauche ; lorsque j'ai fait la connaissance de la patiente en 1990, les douleurs étaient insupportables et de multiples traitements antalgiques avaient déjà eu lieu, sans succès.
>
> La physiothérapie est antalgique à 50% et contre le lymphoedème à 50%.
>
> Actuellement, il a été possible de stopper les médicaments antalgiques grâce à la physiothérapie, ce qui épargne le tube digestif. La physiothérapie contre le lymphoedème reste efficace mais indispensable.
>
> L'opération du sein a eu lieu en 1973 et les douleurs étaient telles que les conseils de spécialistes ont abouti à un traitement chirurgical en 1978 à visée antalgique mais dont le succès est resté mitigé. De 1978 à 1990, la patiente a vu plusieurs spécialistes contre les douleurs.
>
> Concernant les maladies vasculaires, je suis moi-même angiologue FMH.
>
> Après une séance de physiothérapie, la patiente a moins de douleurs pendant trois jours environ, ce qui implique la nécessité d'avoir deux séances de physiothéapie par semaine, pour une durée indéterminée, en réalité « à vie ».
>
> A ce jour, il s'agit du seul traitement qui s'est révélé efficace pour cette patiente et chaque fois que la physiothérapie a été interrompue, les douleurs ont repris et le lymphoedème s'est aggravé. Il existe en outre d'importantes variations thermiques du membre supérieur qui sont maîtrisées par la physiothérapie seule.

La situation actuelle est donc tolérable pour la patiente, à condition que la physiothérapie se poursuive.

Si vous jugez nécessaire que la patiente revoie à nouveau des spécialistes de la douleur, c'est toujours envisageable mais jusqu'à présent, j'ai constaté plutôt des effets adverses des médicaments antalgiques chez la patiente, alors qu'on en attendrait un bénéfice ».

4. Par décision du 8 janvier 2003, la CPT a annoncé qu'elle ne prendrait en charge, pour l'année 2003, que 72 séances de drainage lymphatique.

5. L'assurée a formé opposition le 20 janvier 2003.

6. Le Docteur B_____, médecin conseil de la CPT, généraliste FMH, s'est rendu à son domicile le 8 octobre 2003 :

« L'examen que j'ai fait auprès de la patiente a montré que la situation était parfaitement maîtrisée quant à l'œdème, ceci un jour après le dernier traitement. Je connais plusieurs dames du même âge qui ont subi une mammectomie avec curage ganglionnaire présentant un œdème nettement supérieur à celui que j'ai observé chez la patiente. Ces patientes font en moyenne un traitement annuel de neuf séances de drainage lymphatique lorsque la situation devient plus critique. Force est de constater que le traitement est mené parfaitement puisqu'il n'y a aucun œdème chez cette patiente au moment de l'examen.

Ma proposition consisterait à diminuer progressivement les séances et de passer à quatre séances par deux semaines à trois séances par deux semaines, c'est-à-dire en moyenne une séance tous les cinq jours, versus tous les trois et demi-jours. Me référant à une expérience personnelle où j'ai réussi à motiver le mari garagiste à apprendre à faire quelques massages allant dans le sens d'un drainage lymphatique d'abord sous la conduite d'un physiothérapeute et je pense que l'instruction du mari pour un geste pareil pourrait être bénéfique. Chez un mari comme Monsieur R_____ que j'ai vu très attentionné envers sa femme je pense que le contact immédiat pourrait s'avérer gratifiant pour lui. Etant donné que la patiente est très collaborante, je pourrais également imaginer qu'on pourrait davantage insister sur les exercices de gymnastique qui pourraient avoir un effet favorable ».

7. Se fondant sur les constatations du médecin, la CPT, par décision sur opposition du 23 janvier 2004, a accepté le principe de deux séances par semaine pour l'année 2003, soit au total 104, tout en proposant une diminution progressive d'une séance tous les trois et demi-jours à en moyenne une séance tous les cinq jours ce qui reviendrait, pour l'année 2004, à 73 séances. L'assurance a par

ailleurs suggéré à l'intéressée de réessayer de porter un bandage compressif fait sur mesure qui devrait la soulager et permettre la diminution progressive du nombre de séances de physiothérapie.

8. L'assurée a interjeté recours le 9 février 2004 contre ladite décision sur opposition. Elle rappelle que seuls les traitements de physiothérapie avec drainage lymphatique lui procurent un soulagement physique rendant sa vie supportable ; que selon son médecin traitant, ce traitement est le plus économique dans une situation chronique, qu'étant donné qu'un traitement est efficace pour une durée de trois jours environ, deux séances de physiothérapie sont indispensables. L'assuré précise encore que le bandage compressif sur mesure pour le bras, supposé permettre la réduction du nombre de séances de physiothérapie, n'a pas eu l'effet escompté, bien qu'efficace. Répondant enfin à la suggestion du Docteur B_____ que son mari apprenne à faire quelques massages allant dans le sens d'un drainage lymphatique, elle ajoute que celui-ci souffre d'une polyarthrose se manifestant par des raideurs et une diminution de sa mobilité.

9. Dans ses observations du 26 avril 2004, la CPT souligne qu'elle ne demande nullement une interruption des séances de drainage lymphatique, mais une diminution, eu égard au principe de l'égalité de traitement. S'agissant du bas confectionné sur mesure, la CPT relève que son efficacité ne pourra être réellement mise en valeur que si la recourante le porte immédiatement après les séances de physiothérapie et le garde non seulement la nuit mais également durant la journée. Elle rappelle enfin qu'il a été prévu qu'après une période d'essai d'environ trois à six mois, la situation serait réévaluée.

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. 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'assurance maladie. Elle est applicable au cas d'espèce, la décision litigieuse datant du 25 mars 2003.

3. Le recours interjeté en temps utile devant la juridiction compétente est recevable (art. 56V de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 – LOJ – E 2 05 ; art. 86 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 – LAMal – RS 832.10).

4. La question litigieuse porte sur le nombre de séances de physiothérapie avec drainage lymphatique selon la position 7312 que l'intimée devrait prendre en charge par semaine pour l'année 2004.

5. L'art. 5 de l'ordonnance sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie - OPAS précise que les séances de drainage lymphatique en vue du traitement des oedèmes lymphatiques sont prises en charge, sur prescriptions

médicales, et elles sont pratiquées par un physiothérapeute formé spécialement dans cette thérapie.

Aux termes de l'art. 32 LAMal, les prestations mentionnées aux articles 25 à 31 doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'efficacité doit être démontrée selon des méthodes scientifiques. L'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations sont réexaminés périodiquement.

Selon le médecin traitant, les effets bénéfiques d'une séance de physiothérapie se prolongent pendant trois jours environ, «ce qui implique la nécessité d'avoir deux séances de physiothérapie par semaine, pour une durée indéterminée». Le médecin conseil de l'intimée, quant à lui, compare l'état de la recourante avec celui de plusieurs dames du même âge ayant subi une mammectomie avec curage ganglionnaire et présentant un œdème nettement supérieur, qui se contentent d'un traitement annuel de neuf séances de drainage lymphatique. Il propose dès lors une diminution progressive des séances.

En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant c'est que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description du contexte médical soit claire et enfin que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 122 V 160 consid. 1c et réf. ; ATFA non publié du 19 janvier 2000).

Force est de constater que le rapport du médecin conseil se borne à une comparaison du cas avec celui de dames qu'il connaît. En revanche, le médecin traitant, au demeurant spécialiste FMH en angiologie, a délivré un avis médical sérieux, détaillé et clair. Il n'y a dès lors pas lieu de s'écarter de ses conclusions. Le Tribunal de céans fixera dès lors à deux par semaine le nombre de séances de physiothérapie avec drainage lymphatique que l'intimée devra prendre en charge pour l'année 2004.

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. L'admet.

3. Dit que l'intimée devra prendre en charge pour l'année 2004 deux séances par semaine de physiothérapie avec drainage lymphatique.

4. Dit que la procédure est gratuite.

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 :
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