[AZA 7]
I 510/00 Mh

Ière Chambre

MM. et Mme les juges Schön, Président, Widmer, Meyer,
Lustenberger et Ferrari. Greffier : M. Wagner

Arrêt du 29 avril 2002

dans la cause
Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud, avenue Général-Guisan 8, 1800 Vevey, recourant,

contre
A._____, recourant, représenté par son père, B._____, lui-même représenté par Me Jean-Marie Agier, avocat, FSIH, place du Grand-Saint-Jean 1, 1003 Lausanne,

et
Tribunal des assurances du canton de Vaud, Lausanne

A.- A._____, né en 1982, a bénéficié de diverses prestations de l'assurance-invalidité, en particulier de subsides pour la formation scolaire spéciale dispensée par sa mère à domicile. Il a suivi des séances de musicothérapie auprès de C._____ et, depuis 1997, auprès de D._____. Le 13 juin 1997, B._____, père de A._____, a présenté une demande de prise en charge de la musicothérapie.
Selon un rapport médical du 10 octobre 1997 du docteur E._____, généraliste et médecin traitant de l'assuré, la musicothérapie favorise la détente, diminue les spasmes et améliore le sommeil de A._____, ce qui ressortit aux mesures médicales. Elle a également pour but l'amélioration de la tactilité (vibrations), l'accoutumance aux sons, les tentatives de chants, la prosodie vocale et l'apprentissage de la parole, ce qui relève de la pédagogie thérapeutique.
Dans un préavis du 6 août 1998, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a nié que la musicothérapie soit dans le cas de A._____ une mesure de nature pédago-thérapeutique, au motif que ce qui ressortit aux mesures médicales est au premier plan par rapport à ce qui relève de la pédagogie thérapeutique.
Par décision du 7 octobre 1998, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud a rejeté la demande.

B.- Par jugement du 25 janvier 2000, le Tribunal des assurances du canton de Vaud a admis le recours formé par A._____ contre cette décision, réformé celle-ci en ce sens qu'il a droit à la prise en charge de la musicothérapie depuis le 1er juin 1996 et retourné le dossier à l'office AI afin qu'il procède conformément aux considérants.

C.- L'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il demande l'annulation dans la mesure où il met à la charge de l'assurance-invalidité la musicothérapie à partir de janvier 1997.
A._____ conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours. L'OFAS ne s'est pas déterminé.

D.- Le 29 avril 2002, la Ière Chambre du Tribunal fédéral des assurances a tenu audience.
Considérant en droit :

1.- Le litige porte sur le point de savoir si l'intimé, dont il est constant qu'il a droit à partir du 1er juin 1996 à la prise en charge de la musicothérapie comme mesure de nature pédago-thérapeutique, n'y a plus droit depuis le 1er janvier 1997, date de l'entrée en vigueur de l'art. 8ter RAI.

2.- Des subsides sont alloués pour la formation scolaire spéciale des assurés éducables qui n'ont pas atteint l'âge de 20 ans révolus mais qui, par suite d'invalidité, ne peuvent suivre l'école publique ou dont on ne peut

attendre qu'ils la suivent. La formation scolaire spéciale comprend la scolarisation proprement dite ainsi que, pour les mineurs incapables ou peu capables d'assimiler les disciplines scolaires élémentaires, des mesures destinées à développer soit leur habileté manuelle, soit leur aptitude à accomplir les actes ordinaires de la vie ou à établir des contacts avec leur entourage (art. 19 al. 1 LAI).
Selon l'art. 19 al. 2 let. c LAI, ces subsides comprennent des indemnités particulières pour des mesures de nature pédago-thérapeutique qui sont nécessaires en plus de l'enseignement de l'école spéciale, telles que des cours d'orthophonie pour les assurés atteints de graves difficultés d'élocution, l'enseignement de la lecture labiale et l'entraînement auditif pour les assurés durs d'oreille, la gymnastique spéciale destinée à développer la motricité des assurés souffrant de troubles des organes sensoriels ou d'une grave débilité mentale.
Aux termes de l'art. 19 al. 3 LAI, le Conseil fédéral précisera les conditions nécessaires selon l'art. 19 al. 1 LAI pour l'octroi des subsides et en fixera le montant. Il édictera des prescriptions sur l'octroi de subsides correspondants pour des mesures dispensées à des enfants invalides d'âge préscolaire, notamment pour la préparation à la formation scolaire spéciale, ainsi que pour des mesures en faveur d'enfants invalides qui fréquentent l'école publique.

3.- Sur la base de cette délégation législative, le Conseil fédéral a réglementé les mesures de formation scolaire spéciale aux art. 8 ss RAI (Ordonnance du 25 novembre 1996, en vigueur depuis le 1er janvier 1997). L'art. 8ter al. 1 RAI dispose que l'assurance prend à sa charge les frais d'exécution des mesures de nature pédago-thérapeutique qui sont nécessaires pour compléter l'enseignement spécialisé. L'art. 9 al. 1 RAI dispose que l'assurance prend à sa charge les frais d'exécution des mesures de nature pédago-thérapeutique qui sont nécessaires pour permettre à l'assuré de participer à l'enseignement de l'école publique. L'art. 10 al. 1 RAI dispose que l'assurance prend à sa charge les frais d'exécution des mesures de nature pédago-thérapeutique qui sont nécessaires en âge préscolaire pour la préparation à la fréquentation de l'école spéciale ou de l'école publique.
Selon l'art. 8ter al. 2 RAI, les mesures comprennent :

a. la logopédie pour les assurés selon l'art. 8 al. 4 let. e RAI;
b. l'entraînement auditif et l'enseignement de la lecture labiale pour les assurés selon l'art. 8 al. 4 let. c RAI;
c. les mesures nécessaires à l'acquisition et à la structuration du langage pour les assurés selon l'art. 8 al. 4 let. a RAI;
d. la gymnastique spéciale destinée à développer la motricité perturbée pour les assurés selon l'art. 8 al. 4 let. a, b et c RAI.

4.- Interprétant la disposition litigieuse, les premiers juges ont été d'avis que la liste des mesures de nature pédago-thérapeutique énumérées à l'art. 8ter al. 2 RAI est exemplative, comme l'était celle figurant à l'art. 8 al. 1 let. c RAI (ATF 121 V 14 consid. 3b, 114 V 24 consid. 2b), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996. Subsidiairement, ils ont considéré que le nouveau texte de l'ordonnance était contraire à la loi.
Ce jugement s'avère toutefois contraire à la jurisprudence.
En effet, selon l'arrêt M. du 23 septembre 1999 (VSI 2000 p. 232), l'art. 8ter al. 2 RAI contient une énumération exhaustive des mesures de nature pédago-thérapeutique prises en charge par l'assurance-invalidité pour compléter l'enseignement spécialisé. Il en va de même de l'énumération de mesures de l'art. 9 al. 2 RAI (arrêt O. du 2 septembre 1999; VSI 2000 p. 74).
Il ressort, au moins implicitement de ces deux arrêts, que ces dispositions nouvelles, introduites le 1er janvier 1997, entrent dans le cadre de la délégation de compétence donnée au Conseil fédéral.

5.- La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre.
Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi. Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires, du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (ATF 126 II 80 consid. 6d, 126 III 104 consid. 2c, 126 V 58 consid. 3, 105 consid. 3 et les références).

Qu'il s'agisse du texte français ("telles que"), allemand ("wie") ou italien ("come"), le sens littéral de l'art. 19 al. 2 let. c LAI est clair. Cette disposition légale énumère de manière exemplative les mesures de nature pédago-thérapeutique qui sont nécessaires en plus de l'enseignement de l'école spéciale (ATF 114 V 24 consid. 2b; VSI 2000 p. 204 consid. 2).

Ce sens littéral dégagé correspond d'ailleurs à la volonté du législateur, lors de la révision de la LAI par la novelle du 5 octobre 1967, d'énumérer dans la loi les mesures de nature pédago-thérapeutique (message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi modifiant la loi sur l'assurance-invalidité, du 27 février 1967, FF 1967 I 700).
Mais, comme ni la loi, ni l'ordonnance ne définissent la notion de mesures de nature pédago-thérapeutique, la liste figurant à l'art. 19 al. 2 LAI permet aussi d'en déterminer le contenu.

6.- Comme l'art. 8ter al. 2 RAI contient une liste exhaustive des mesures de nature pédago-thérapeutique (cf. VSI 2000 p. 232), il faut examiner si cette disposition réglementaire est conforme à la loi ou à la Constitution.

a) Le Tribunal fédéral des assurances examine en principe librement la légalité des dispositions d'application prises par le Conseil fédéral. En particulier, il exerce son contrôle sur les ordonnances (dépendantes) qui reposent sur une délégation législative. Lorsque celle-ci est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, le tribunal doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. A cet égard, une norme réglementaire viole l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer.
Dans l'examen auquel il procède à cette occasion, le juge ne doit toutefois pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause. Il doit au contraire se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but (ATF 127 V 7 consid. 5a, 126 II 404 consid. 4a, 573 consid. 41, 126 V 52 consid. 3b, 365 consid. 3, 473 consid. 5b et les références).

b) La délégation législative à l'art. 19 al. 3 LAI donne à l'autorité exécutive la compétence de fixer le montant des subsides et de fixer les conditions de détail pour l'octroi de subsides en faveur de la formation scolaire spéciale (message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 24 octobre 1958, FF 1958 II 1288). Relativement imprécise, elle donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, ce que confirment les travaux parlementaires (BO 1967 CN 439 [Weibel, rapporteur]; [Wyler, rapporteur]).
Ayant reçu la compétence de préciser les conditions nécessaires pour l'octroi des subsides et d'en fixer le montant, le Conseil fédéral a également compétence pour préciser au préalable quelles sont les mesures de nature pédago-thérapeutique qui entrent en considération. L'établissement d'une liste n'est ainsi pas critiquable au regard des principes rappelés ci-dessus. Par ailleurs le fait que cette liste soit exhaustive ne permet pas, par ce seul fait, de conclure à l'illégalité du procédé dès lors qu'apparaît aussi nécessaire un tri entre les mesures les plus diverses envisagées, y compris celles qui ne remplissent pas tous les critères pédagogiques et thérapeutiques.
Enfin, on ne saurait considérer que l'art. 8ter al. 2 RAI sorte manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive. En réalité, le procédé relève plutôt d'un excès de pouvoir négatif dans la mesure où le Conseil fédéral n'aurait pas fait usage de tout son pouvoir (ATF 116 V 310 consid. 2, 111 V 248 consid. 2b; RCC 1991 p. 94 consid. 2; Pierre Moor, Droit administratif, vol. I : Les fondements généraux, 2ème édition, n°4.3.2.3 p. 376). Le problème est dès lors de savoir dans quelle mesure le juge peut l'y contraindre.

Or l'intervention du juge à l'égard des ordonnances se limite aux cas où elles sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence, surtout lorsque, comme en l'espèce, la délégation est imprécise. En retenant, suite à la liste exemplative de la loi, quatre mesures de nature pédago-thérapeutique nécessaires pour compléter l'enseignement spécialisé dont la prise en charge aura lieu, la disposition précitée de l'ordonnance n'est pas

contraire à la loi. Par ailleurs, le problème de la constitutionnalité ne paraît pas se poser en l'espèce, le fait que la musicothérapie ait pu représenter dans un cas d'espèce une mesure au sens de l'art. 19 al. 2 let. c LAI et de l'ancien art. 8 al. 1 let. c RAI (ATF 114 V 28 ss consid. 3b et 4) ne signifiant pas pour autant que l'art. 8ter al. 2 RAI opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer.
Enfin, il ne faut pas perdre de vue qu'il y a lieu, en principe, de traiter de la même manière les dispositions de l'ordonnance établies à la suite de la délégation contenue à l'art. 19 al. 3 LAI. Or, dans un arrêt K. du 29 avril 2002, destiné à la publication, (I 395/00), le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'art. 9 al. 2 RAI qui contient une liste exhaustive des mesures de nature pédago-thérapeutique nécessaires pour permettre à l'assuré de participer à l'enseignement de l'école publique est conforme à la délégation législative et à la Constitution fédérale.
7.- La musicothérapie ne figure pas dans la liste exhaustive des mesures de nature pédago-thérapeutique énumérées à l'art. 8ter al. 2 RAI. Il s'ensuit que l'intimé n'a plus droit à la prise en charge de la musicothérapie depuis le 1er janvier 1997, date de l'entrée en vigueur de cette disposition réglementaire. En conséquence, le jugement attaqué et la décision administrative litigieuse doivent être réformés en ce sens que l'intimé a droit à la prise en charge de la musicothérapie jusqu'au 31 décembre 1996.

8.- Sur le vu de l'issue du litige, l'intimé, qui succombe, ne saurait prétendre une indemnité de dépens pour l'instance fédérale (art. 159 al. 1 en corrélation avec l'art. 135 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances

prononce :

I. Le recours est admis et le jugement du Tribunal des assurances du canton de Vaud, du 25 janvier 2000, ainsi que la décision de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud, du 7 octobre 1998, sont réformés en ce sens que l'intimé a droit à la prise en charge de la musicothérapie jusqu'au 31 décembre 1996.

II. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.
III. Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au

Tribunal des assurances du canton de Vaud et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lucerne, le 29 avril 2002

Au nom du
Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ière Chambre :

Le Greffier :