

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1177/2009

ATAS/824/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 19 juin 2009

En la cause

Monsieur F _____, domicilié à Meyrin, comparant avec élec-
tion de domicile en l'étude de Maître MAUGUE Eric

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue
de Lyon 97, Genève

intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente; Juliana BALDE, Doris WANGELER, Isabelle DUBOIS et Maya CRAMER, Juges, Evelyn BOUCHAARA et Christine BULLIARD MANGILI, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur F _____, né en 1953, sans emploi, bénéficie de l'aide de l'Hospice général. Le 7 octobre 2005, il a déposé une (nouvelle) demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OCAI).
2. Au vu des diagnostics posés par ses médecins traitants, l'OCAI l'a soumis à une expertise médicale confiée à la Policlinique médicale universitaire de Lausanne, fonctionnant en qualité de COMAI. Les experts ont retenu les pathologies suivantes : trouble somatoforme douloureux, épisode dépressif modéré à sévère, cervico-lombobrachialgies et dorsalgies non spécifiques chroniques, ainsi que gonalgies bilatérales avec ostéotomie de valgisation au genou gauche. Ils ont évalué la capacité de travail de l'assuré à 50% dans tout type d'activité adaptée. Ils ont encore précisé que l'épisode dépressif était à considérer comme un diagnostic indépendant et non une simple manifestation d'accompagnement du trouble somatoforme douloureux; la situation sociale a été décrite comme altérée et il a été souligné que la problématique chronifiée ne semblait pas avoir montré d'issue favorable en dépit d'une prise en charge thérapeutique a priori adéquate; globalement, les ressources de l'assuré étaient sérieusement effondrées; dans ce contexte, le pronostic médical de la capacité de travail n'était pas favorable mais au contraire, susceptible de s'aggraver avec le temps. Les médecins ont émis l'avis que les thérapies psychiatriques mises en œuvre pourraient éventuellement améliorer légèrement la thymie de l'assuré, sans toutefois, vraisemblablement, avoir de répercussion favorable quant à une reprise complète du travail (rapport d'expertise du 27 juin 2007).
3. Sur questions du docteur L _____, médecin du Service médical régional AI (ci-après : SMR), les experts ont encore ajouté qu'il était impossible de dater précisément l'évolution d'une manifestation somatoforme en présence d'un substrat organique préexistant, que la thymie dépressive était certainement présente depuis de nombreuses années mais semblait s'être exacerbée dès 2005 et remplissait depuis lors les critères d'intensité suffisante pour que les experts retiennent la coexistence de l'épisode dépressif et du trouble somatoforme douloureux. Il leur était par contre difficile de mettre en évidence les éléments ayant conduit à l'exacerbation du trouble thymique; le refus de prestations AI notifié en 2004 avait pu en être l'une des composantes, principalement par ce qu'il représentait en termes de non-reconnaissance itérative des difficultés rencontrées par l'intéressé. Enfin, les experts ont souligné que l'assuré leur avait paru authentiquement démuni et limité dans ses ressources, sans qu'ils aient de raison de soupçonner une quelconque exagération des symptômes.
4. Le 29 janvier 2008, le docteur L _____ a considéré que le trouble dépressif avait pris une certaine importance après la survenance du trouble somatoforme douloureux et qu'il était en partie secondaire au refus de prestations que l'assurance-

invalidité avait opposé à l'assuré en 2004. En outre, le docteur L_____ a retenu qu'une amélioration était possible moyennant traitement et qu'il convenait donc de limiter les conséquences négatives sur la capacité de travail. En conclusion, après avoir exclu la part ne relevant pas de l'AI, mais tout en comptant largement, le docteur L_____ a estimé que seule la moitié de l'incapacité de travail fixée par les experts, soit 25 %, pouvait être admise.

5. Le 21 février 2008, l'OCAI a communiqué à l'assuré un projet de décision dont il ressortait qu'il entendait lui refuser toute prestation. En effet, après comparaison des gains (en retenant une capacité de travail résiduelle de 75%), il était apparu que le degré d'invalidité ne s'élevait qu'à 22%. L'OCAI ajoutait que la plupart des critères jurisprudentiels permettant de reconnaître un caractère invalidant au trouble somatoforme douloureux étaient absents et que l'atteinte était encore susceptible de s'améliorer avec le traitement.
6. Le 7 mars 2008, agissant par son mandataire, l'assuré a contesté le projet, requis l'octroi d'une rente et demandé à être mis au bénéfice de l'assistance juridique.
7. Le même jour, il a été hospitalisé au sein du département de psychiatrie des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG), suite à un abus médicamenteux, pour une durée de 5 jours. Le résumé de séjour y relatif, daté du 18 mars 2008, fait état d'un trouble dépressif récurrent, épisode actuel moyen, et d'un syndrome douloureux somatoforme persistant.
8. La doctoresse M_____, médecin adjoint au Centre de la douleur des HUG, a rendu un rapport en date du 15 mai 2008. Elle a retenu une série de troubles somatiques, ainsi qu'un trouble dépressif récurrent. Les tests pratiqués avaient démontré un score très élevé pour l'anxiété et élevé à très élevé pour la dépression.
9. Quant à la doctoresse N_____, médecin traitant de l'assuré depuis juillet 2005, elle a considéré que l'état de son patient s'était aggravé tant sur le plan somatique que psychique.
10. Le 14 juillet 2008, l'OCAI a rendu une décision formelle confirmant son projet et rejetant la requête d'assistance juridique, motif pris que ladite demande portait sur une procédure non contentieuse, une décision formelle n'ayant pas encore été rendue.
11. Par acte du 15 septembre 2008, l'assuré a interjeté recours contre cette décision, dont il requiert l'annulation, concluant, sous suite de dépens, notamment à l'octroi de l'assistance juridique pour la procédure devant l'office intimé. En substance, il fait valoir que la position de l'OCAI selon laquelle seule la procédure faisant suite à une décision formelle pourrait donner lieu à l'octroi de l'assistance juridique est trop restrictive. Il allègue par ailleurs que les conditions posées à l'octroi de l'assistance juridique étaient présentement réunies : il requerrait une décision

conforme, dans son dispositif, aux conclusions du rapport délivré par le Centre d'expertise médicale; l'assistance d'un avocat se révélait nécessaire eu égard aux développements de l'autorité en relation avec la jurisprudence sur les troubles somatoformes douloureux (domaine qui a été considéré à réitérées reprises comme complexe par le Tribunal cantonal des assurances sociales); l'intéressé était et est toujours financièrement dans le besoin.

12. Dans son mémoire de réponse du 15 octobre 2008, l'intimé relève que, sous réserve des règles générales de procédure fédérale et pour autant que l'aménagement des moyens de droit cantonaux permette aux personnes légitimées de se prévaloir efficacement du droit à l'assistance juridique, les délais et formes en sont fixés par le droit cantonal de procédure. Or, en l'espèce, c'est le règlement sur l'assistance juridique qui s'applique et son article premier précise que l'autorité compétente pour rendre les décisions relatives à l'octroi de l'assistance juridique est le Tribunal de première instance, assisté par le service de l'assistance juridique. En conséquence, l'OCAI a estimé ne pas être compétent pour se prononcer sur de telles requêtes.
13. Par courrier du 6 avril 2009, le Tribunal de céans a informé les parties de ce que la procédure portant sur le fond de l'affaire et celle liée à l'assistance juridique avaient été disjointes. Pour le surplus, les parties s'étant prononcées, la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. Est litigieuse en l'espèce le droit du recourant à l'obtention de l'assistance juridique pour la procédure devant l'administration, soit durant la procédure dite de préavis (art. 57a al. 1 LAI).
3. Aux termes de l'art. 37 LPGA, une partie peut, en tout temps, se faire représenter, à moins qu'elle ne doive agir personnellement, ou se faire assister, pour autant que l'urgence d'une enquête ne l'exclue pas (al. 1). Lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur (al. 4).
4. a) Dans son mémoire de réponse, l'intimé a décliné - après avoir rendu une décision en la matière - sa compétence pour statuer en matière d'assistance juridique dans la procédure diligentée par ses soins.

b) Dans la mesure où la question de la compétence même de l'OCAI pour se prononcer sur une demande d'assistance juridique est mise en doute par l'assureur lui-même, il y a lieu de se prononcer sur cet aspect en premier lieu selon les textes légaux régissant la question (cf. la LPGA, la loi cantonale sur l'Office cantonal des assurances sociales [du 20 septembre 2002; LOCAS] et son règlement d'exécution du 23 mars 2005 [ROCAS], ainsi que le règlement cantonal sur l'assistance juridique du 18 mars 1996 [RAJ]).

c) En premier lieu, si l'on prend en considération la réglementation cantonale relative à l'assistance juridique gratuite, on remarque que tant la LOCAS que son règlement d'application consacrent le droit du justiciable à l'obtention de l'assistance gratuite d'un conseil, lors de la procédure devant tant la Caisse de compensation que l'Office cantonal de l'assurance-invalidité, lorsque les conditions en sont remplies. Il ressort de la systématique de la loi et du règlement, ainsi que du texte des articles concernés (art. 27D LOCAS et 19 ROCAS), que ce sont les assureurs susmentionnés qui sont compétents pour rendre les décisions y relatives. Ceci a par ailleurs été confirmé implicitement par le Tribunal fédéral notamment dans un arrêt du 19 mars 2007 (I 904/06; consid. 2.1).

Ces dispositions sont par ailleurs en tous points conformes au droit fédéral. En effet, la LPGA, sans préciser quels sont les organes compétents pour se prononcer sur l'assistance juridique, fixe le principe du droit à l'assistance juridique à son art. 37 al. 4, moyennant que les conditions en soient remplies. Cela étant, ladite loi pose les règles générales applicables (notamment) dans la procédure devant les instances administratives compétentes en matière d'assurance sociale, c'est-à-dire les assureurs. Les alinéas 2 et 3 de l'art. 37, relatif à la représentation et à l'assistance de l'administré en procédure administrative, se réfèrent par ailleurs explicitement à l'assureur. On rappellera à ce propos que ledit article est inséré dans le chapitre « Procédure en matière d'assurances sociales » et non dans celui relatif au contentieux. Dans ce contexte, on voit mal pour quelle raison les offices AI, au contraire des autres assureurs appliquant la LPGA, ne seraient pas compétents pour rendre les décisions relatives à l'assistance juridique dans la mesure où cette dernière est requise pour la procédure diligentée par leurs soins. Le fait que la procédure ait été modifiée par la nouvelle du 16 décembre 2005, à compter du 1^{er} juillet 2006 (suppression de la procédure d'opposition et retour à l'ancienne procédure dite de préavis dans le domaine de l'assurance-invalidité), n'y change rien. En tous les cas, la question de la réglementation de l'assistance juridique n'a fait l'objet d'aucun débat devant les chambres fédérales et n'a généré aucune modification ad hoc de la législation dans ce cadre.

d) Enfin, le règlement cantonal sur l'assistance juridique auquel se réfère l'intimé ne lui est d'aucun secours. En effet, celui-ci ne saurait, d'une part, déroger valablement à une réglementation cantonale de rang supérieur (la LOCAS) et surtout à une loi fédérale (LPGA; cf. principe de la primauté du droit fédéral sur le droit can-

tonal). Il est en effet communément admis que les décisions des assureurs sociaux (y compris l'office intimé aux termes explicites de la réglementation cantonale) qui accordent ou refusent l'assistance gratuite d'un conseil juridique tel que prévue par l'art. 37 al. 4 LPGA sont directement attaquables par la voie du recours devant les tribunaux des assurances institués par les cantons (art. 56 al. 1 et 57 LPGA), dès lors qu'elles constituent des décisions d'ordonnement de la procédure au sens de l'art. 52 al. 1 LPGA (ATF 131 V 153 consid. 1). Il n'en va pas de même des décisions rendues par le Tribunal de première instance. D'autre part, une interprétation littérale de l'art. 3 al. 1 RAJ exclut d'emblée l'octroi de l'assistance juridique gratuite pour une procédure devant l'autorité administrative, dans la mesure où cette assistance est réservée aux procédures relevant des juridictions étatiques du canton, ainsi que pour les procédures par-devant un médiateur. Quand bien même, dans la pratique, le Tribunal de première instance accorderait l'assistance juridique de façon plus large, ce qui n'est au demeurant pas allégué, cela ne saurait avoir pour conséquence de retirer la compétence légale de statuer en la matière à l'intimé.

Il suit de ce qui précède que le grief du défaut de compétence invoqué par l'intimé doit être rejeté.

5. La question de la compétence *ratione materiae* étant résolue, il reste à examiner si c'est à juste titre que le droit à l'assistance a été nié au recourant.
6. Dans la procédure administrative en matière d'assurances sociales, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur lorsque les circonstances l'exigent (art. 37 al. 4 LPGA). La LPGA a ainsi introduit une réglementation légale de l'assistance juridique dans la procédure administrative (ATF 131 V 153 consid. 3.1; KIESER, ATSG-Kommentar : Kommentar zum Bundesgesetz über dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zurich 2003, n. 22 ad art. 37). La jurisprudence y relative rendue dans le cadre de l'art. 4 aCst. (cf. art. 29 al. 3 Cst.) sur les conditions de l'assistance judiciaire en procédure d'opposition (partie dans le besoin, conclusions non dépourvues de toute chance de succès, assistance objectivement indiquée d'après les circonstances concrètes [ATF 125 V 32 consid. 2 et les références ; VSI 2000 p. 164 consid. 3b p. 165]) continue de s'appliquer, conformément à la volonté du législateur (arrêts du Tribunal fédéral I 557/04 du 29 novembre 2004 consid. 2.1, publié à la Revue de l'avocat 2005 n. 3 p. 123, et I 386/04 du 12 octobre 2004 consid. 2.1; FF 1999 4242).

Or, cette jurisprudence n'est autre que celle prévalant avant l'entrée en vigueur de la LPGA, soit à l'époque où les offices AI rendaient déjà leurs décisions selon la procédure de préavis et applicable à cette dernière (voir, pour un cas d'application, l'arrêt du Tribunal fédéral du 12 avril 2002, I 295/01 et l'ATF 117 V 408 [conditions d'octroi de l'assistance juridique dans la procédure d'opposition devant l'assureur-accidents obligatoire] qui renvoie à l'ATF 114 V 228 [conditions objectives d'octroi dans la procédure d'audition devant les offices AI]). Les conditions

qui y sont exposées sont de ce fait applicables mutatis mutandis à l'actuelle procédure de préavis, au contraire de ce qui prévaut dans la procédure préalable au projet de décision (dans ce dernier cas, l'octroi de l'assistance juridique doit être tout à fait exceptionnel ; cf. VSI 2000, p. 166) . On ne voit en effet aucune raison de s'écarter des principes cités ci-avant. Le législateur n'a d'ailleurs pas jugé utile de prévoir, en matière d'assistance juridique en procédure administrative devant les organes de l'assurance-invalidité, une réglementation différente de celle codifiée aujourd'hui à l'art. 37 al. 4 LPGA, valable pour la procédure d'opposition.

Dès lors, la demande présentement litigieuse sera examinée à l'aune des conditions posées par ledit article et la jurisprudence y relative. Il convient toutefois de préciser que la requête à fin d'assistance juridique déposée dans le cadre de la procédure de préavis, si elle doit satisfaire aux mêmes critères que ceux valables en procédure d'opposition, doit être examinée sous un angle plus restrictif. Un degré de sévérité accru se justifie en effet eu égard aux circonstances et impacts de la procédure même de préavis, qui se distingue à maints égards de la procédure d'opposition. D'une part, notamment, la procédure de préavis a pour but principal de permettre à l'assuré de faire valoir son droit d'être entendu. Il ne s'agit pas d'une véritable voie de contestation ouverte à l'encontre d'une décision prise par l'administration, quand bien même l'intéressé a la possibilité d'alléguer tout grief à l'encontre du projet de décision rendu. Les conséquences liées au défaut de participation à la procédure de préavis, pour l'assuré, sont d'autre part bien différentes de celles attachées à la non-participation à la procédure d'opposition. En effet, si l'absence de contestation (sauf cas d'exception exhaustivement énumérés par la loi, tel l'empêchement non fautif) d'une décision sujette à opposition entraîne de facto son entrée en force à l'issue du délai d'opposition et donc l'impossibilité de la contester ultérieurement, sur le fond, par-devant les tribunaux, il en va tout autrement d'un projet de décision non contesté. L'administration rend alors une décision finale elle-même susceptible de recours. La participation ou, au contraire, la non-participation de l'intéressé à la procédure de préavis se révèle sans conséquence sur son droit de contester ensuite la décision finale devant l'autorité judiciaire.

7. La première condition à l'octroi de l'assistance juridique (indigence) est en l'espèce manifestement remplie, le recourant étant au bénéfice de l'assistance publique.
8. En ce qui concerne la seconde, soit l'assistance par un mandataire professionnel, il y a lieu de relever ce qui suit. En ce qui concerne le point de savoir si l'assistance d'un avocat est exigée (art. 37 al. 4 LPGA) et pas seulement justifiée par les circonstances (art. 61 let. f LPGA; arrêt du Tribunal fédéral du 24 janvier 2006, I 812/05, consid. 4.3), il y a lieu de tenir compte des circonstances du cas d'espèce, de la particularité des règles de procédure applicables, ainsi que des spécificités de la procédure administrative en cours. En particulier, il faut mentionner, en plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, les circonstances qui tiennent à la personne concernée, comme sa capacité de s'orienter dans une procédure.

Dès lors, le fait que l'intéressé puisse bénéficier de l'assistance de représentants d'associations, d'assistants sociaux ou encore de spécialistes ou de personnes de confiance œuvrant au sein d'institutions sociales permet d'inférer que l'assistance d'un avocat n'est ni nécessaire ni indiquée (arrêt du Tribunal fédéral du 29 novembre 2004, I 557/04, consid. 2.2). En règle générale, l'assistance gratuite est nécessaire lorsque la procédure est susceptible d'affecter d'une manière particulièrement grave la situation juridique de l'intéressé. Sinon, une telle nécessité n'existe que lorsque à la relative difficulté du cas s'ajoute la complexité de l'état de fait ou des questions de droit, à laquelle le requérant n'est pas apte à faire face seul (ATF 130 I 182 consid. 2.2 et les références).

S'agissant de la complexité de l'affaire - qui doit être telle que l'on ne peut attendre de l'assuré qu'il forme opposition sans l'aide d'un conseil - il convient de souligner que le Tribunal de céans a, à réitérées reprises, jugé que la question du caractère invalidant des atteintes psychiques, des fibromyalgies ou des troubles somatoformes douloureux était particulièrement délicate et nécessitait l'intervention d'un avocat pour l'examen des critères spécifiques posés par la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière (cf. ATAS/942/2005 du 1er novembre 2005; ATAS/232/2006 du 9 mars 2006; ATAS/812/2006 et ATAS/817/2006 du 19 septembre 2006; ATAS/43/2007 du 18 janvier 2007; ATAS/255/2007 du 7 mars 2007). La jurisprudence du Tribunal fédéral va d'ailleurs dans le même sens. Celui-ci a notamment jugé que si l'état de fait et les questions de droit relatives notamment au caractère invalidant du trouble somatoforme douloureux rendaient la cause particulièrement complexe et que l'issue de la procédure engagée avait une portée considérable pour l'assuré, comme c'est le cas du droit à la rente, l'intervention d'un avocat ne pouvait être refusée à ce dernier (cf. ATFA non publié du 14 août 2006, I 319/05 consid. 4; ATFA non publié du 11 mai 2001, I 87/01 consid. 4).

Dans le cas présent, le recourant a été soumis à une expertise multidisciplinaire dont les conclusions n'ont été que partiellement suivies par l'administration, suite à l'avis du médecin de son service médical. Dès lors, il se retrouvait confronté non seulement à la problématique de la valeur probante des documents médicaux, mais également à celle, complexe, de l'appréciation des critères permettant de qualifier d'invalidant ou non un trouble somatoforme douloureux (cette dernière pathologie constituant l'un des diagnostics retenus par les experts).

Dès lors, et quand bien même l'on se doit d'être particulièrement sévère sur la reconnaissance des critères posés à l'octroi de l'assistance juridique, force est de constater que le recourant n'était pas apte à se défendre, dans le cadre de pareilles problématiques, sans l'aide d'un professionnel. Le critère doit par conséquent être considéré comme rempli, ce d'autant plus que l'objet de la procédure est l'octroi ou non d'une rente d'invalidité dont la portée est considérable.

9. Quant, au critère des chances de succès, enfin, on peut relever ce qui suit. Le recourant a été soumis à une expertise pluridisciplinaire dont il n'y a pas lieu, en tous les cas à première vue (l'examen des chances de succès devant se faire *prima facie*), de douter de la valeur probante. Or, dans son projet de décision, l'intimé a avisé son assuré qu'il entendait ne pas en suivre les conclusions intégralement, sur la seule base d'un avis de son médecin conseil, qui considérait que l'intégralité de la problématique ne relevait pas de l'assurance-invalidité. En pareilles circonstances, on ne saurait, dans un examen sommaire des chances de succès, dire que la démarche du recourant - qui, on le rappelle, requérait de l'office qu'il suive les conclusions des experts - était vouée à l'échec, de sorte qu'il y a lieu de considérer que l'ultime critère posé à l'octroi de l'assistance juridique est également réalisé.
10. Il suit de ce qui précède que le recours doit être admis et le recourant mis au bénéfice de l'assistance juridique gratuite pour la procédure par-devant l'office intimé à compter de la date de sa demande, le 7 mars 2008.

Le dossier sera renvoyé à l'intimé pour qu'il fixe le montant des honoraires du mandataire du recourant.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision de l'intimé du 14 juillet 2008, dans la mesure où elle rejette la demande d'assistance juridique.
4. Dit que le recourant a droit à l'assistance juridique pour la procédure devant l'intimé à compter du 7 mars 2008.
5. Renvoie le dossier à l'intimé afin qu'il fixe les honoraires du mandataire du recourant.
6. Condamne l'intimé à verser au recourant la somme de 1'000 fr. à titre de participation à ses dépens pour la procédure de recours.
7. Renonce à la perception d'un émolument de justice.
8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Yaël BENZ

Karine STECK

La secrétaire-juriste : Laurence SCHMID-PIQUEREZ

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