REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1231/2007 **ATAS/688/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 19 juin 2007

En la cause

Monsieur D_____, domicilié , GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BAERTSCHI Karin	Recourant

contre

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

Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente, Christine BULLIARD MANGILI et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur D_____ Joao, né le 1953, a déposé une demande de prestations d'assurance invalidité le 30 août 2002 en raison de problèmes de dos.

2. Dans son rapport à l'Office cantonal de l'assurance invalidité (ci-après OCAI) du 12 septembre 2002, le Dr A_____ indiquait que son patient présentait des lombalgies chroniques depuis 5 ans sur spondylarthrose lombaire L5 et un syndrome anxio-dépressif réactionnel. Il lui était impossible de travailler en tant que maçon et une reconversion professionnelle lui semblait difficile. Il était en incapacité totale de travail depuis le 12 octobre 2001.

3. En date du 3 juin 2004, une expertise rhumatologique fut confiée au Dr B_____ et le 21 septembre 2004, la Dresse C_____ a été mandatée pour procéder à une expertise psychiatrique.

4. Dans son expertise du 3 août 2004, le Dr B_____ a posé le diagnostic de lombalgies chroniques modérées, discopathies L5-S1, petite hernie discale médiane L4-L5 sans conflit disco-radiculaires. Il a conclu que la corrélation entre l'anamnèse et l'examen clinique et radiologique était mauvaise, l'existence d'une discopathie discrète expliquait mal l'importance des douleurs décrites par le patient. Ces lésions vertébrales pouvaient toutefois générer des douleurs d'effort lors d'activités lourdes fréquentes chez les maçons ou manœuvres sur chantier. Une activité professionnelle ne comportant pas le port de charges lourdes pourrait être effectuée vraisemblablement à 100%.

5. Au plan psychiatrique, l'expertise du 25 janvier 2005 de la Dresse C_____ posait les diagnostics d'état dépressif majeur sévère et personnalité de type évitant. Le patient présentait un état dépressif devenu chronique et le pronostic était mauvais. Les limitations étaient importantes sur le plan psychique et mental. La capacité de travail était nulle.

6. Une nouvelle expertise psychiatrique fut confiée au Dr D_____ le 9 mai 2005. Le rapport d'expertise du 26 septembre 2005 concluait à l'absence de symptômes psychiatriques majeurs et ne permettait pas de retenir un diagnostic psychiatrique. D'un point de vue psychiatrique, l'activité exercée jusqu'ici était encore exigible à 100 %. D'un point de vue physique, l'atteinte plutôt modérée de la colonne lombaire devrait permettre une activité professionnelle à 100 % ne comprenant pas le port de charges lourdes et permettant un changement fréquent de position.

7. Par décision du 19 décembre 2005, l'OCAI a refusé l'octroi d'une rente au motif que les troubles somatoformes douloureux présentés par l'assuré ne constituaient pas

une atteinte à la santé invalidante. Le degré d'invalidité retenu de 14 % ne donnait pas droit à une rente d'invalidité.

8. Par décision du 20 décembre 2005, l'OCAI a également refusé le droit à un reclassement. Seule une aide au placement pouvait lui être accordée.

9. Par courrier du 6 janvier 2006, complété le 30 janvier 2006, l'assuré a formé opposition aux décisions précitées et sollicité l'assistance juridique. Une attestation de l'Hospice général du 5 janvier 2006 était jointe à l'opposition ainsi que les justificatifs du paiement de son loyer.

10. Dans un courrier du 16 janvier 2006, le médecin traitant indiquait que l'atteinte à la colonne lombaire ne permettait plus à l'assuré d'effectuer un travail lourd et que les troubles somatoformes douloureux devaient faire l'objet d'un nouvel examen, celui-ci présentant un état dépressif surajouté.

11. Dans le délai imparti, l'assuré a complété son opposition. Il contestait en substance l'expertise du Dr D_____ qui était en contradiction avec celle de la Dresse C_____ et l'avis exprimé par le Dr B_____ lequel retenait une incapacité de travail de 60% sur le plan rhumatologique. L'assuré sollicitait que soient ordonnées deux nouvelles expertises et réitérait sa demande d'assistance juridique.

12. Par décision du 19 février 2007, l'OCAI a rejeté l'opposition au motif que l'assuré ne présentait pas de troubles somatoformes douloureux avec comorbidité psychiatrique et que les critères posés par la jurisprudence en la matière n'étaient pas réalisés en l'espèce. Il a, dans la même décision, rejeté la demande d'assistance juridique au motif que l'affaire n'apparaissait pas sur le plan des faits comme sur celui du droit suffisamment complexe pour justifier l'assistance d'un avocat dans la procédure d'opposition. L'opposant étant pris en charge par l'Hospice général, les conseils d'un assistant social auraient très bien pu entrer en ligne de compte en lieu et place de l'aide d'un avocat.

13. En date du 26 mars 2007, l'assuré recourt contre la décision sur opposition du 19 février 2000. Il conteste l'expertise du Dr D_____ dans laquelle il est difficile de déceler de façon claire les troubles dont il souffre malgré les 55 pages d'expertise. Le recourant conclut à ce qu'une nouvelle expertise psychiatrique et rhumatologique soit confiée à des spécialistes neutres. Il conteste également le refus d'assistance juridique et demande l'annulation de la décision y relative.

14. Le recours a donné lieu à l'ouverture de deux causes, la présente cause pour traiter la question de l'assistance juridique et la cause A/1224/2007 pour juger la question au fond.

15. Par courrier du 11 mai 2007, l'OCAI a indiqué n'avoir rien à ajouter à la motivation de sa décision sur opposition.

16. La cause a été 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

2. A teneur des art. 37 al. 4 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) et 27D al. 1 de la loi relative à l'office cantonal des assurances sociales du 20 septembre 2002 (LOCAS), l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur pour la procédure devant la caisse ou l'office lorsque les circonstances l'exigent.

   Conformément à l'art. 19 al. 3 du règlement d'exécution de la loi relative à l'office cantonal des assurances sociales du 23 mars 2005 (RLOCAS), le refus de l'assistance juridique peut être attaqué par la voie du recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales.

   Le Tribunal de céans est dès lors compétent pour statuer sur le recours contre la décision de l'office refusant l'assistance juridique gratuite pour la procédure d'opposition.

3. a) Dans la procédure administrative en matière d'assurances sociales, l'assistance 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 155 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, les conditions d'octroi de l'assistance juridique gratuite sont en principe remplies si les conclusions ne paraissent pas vouées à l'échec, si l'assistance d'un avocat est nécessaire ou du moins indiquée et si le requérant est dans le besoin.

   La réglementation cantonale a une teneur identique à la législation fédérale. Elle prévoit que l'assistance juridique est octroyée conformément aux prescriptions fédérales en matière de contentieux dans l'assurance-vieillesse et survivants, dans l'assurance-invalidité, dans les allocations perte de gain et dans les prestations complémentaires. Elle ne peut être accordée que si la démarche ne paraît pas vouée à l'échec, si la complexité de l'affaire l'exige et si l'intéressé est dans le besoin ; ces conditions sont cumulatives (art. 27D al 1 LOCAS et 19 al. 1 et 2 RLOCAS).

b) Un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent être considérées comme sérieuses, de sorte qu'une partie disposant des moyens nécessaires renoncerait, après mûre réflexion, à s'y engager en raison des frais auxquels elle s'exposerait. Le procès ne l'est en revanche pas lorsque les chances de succès et les risques d'échec s'équilibrent à peu près ou que les perspectives de succès ne sont que légèrement inférieures (ATF 129 I 135 consid. 2.3.1).

La situation s'apprécie sur la base d'un examen provisoire et sommaire et, en cas de doute, l'assistance judiciaire doit être octroyée, la décision étant laissée au juge du fond (ATF non publié du 8 décembre 2000, 5P. 362/2000).

c) L'affaire doit être d'une complexité telle que l'on ne peut attendre de l'assuré qu'il forme opposition sans l'assistance d'un conseil.

La question de savoir si l'assistance d'un avocat est nécessaire ou du moins indiquée doit être tranchée d'après les circonstances concrètes objectives et subjectives. Pratiquement, il faut se demander pour chaque cas particulier si, dans des circonstances semblables et dans l'hypothèse où le requérant ne serait pas dans le besoin, l'assistance d'un avocat serait judicieuse, compte tenu du fait que l'intéressé n'a pas lui-même des connaissances juridiques suffisantes et que l'intérêt au prononcé d'un jugement justifierait la charge des frais qui en découle (ATF 103 V 47; 98 V 118; cf. aussi ATF 130 I 182 consid. 2.2; 128 I 232 consid. 2.5.2 et les références). Ces conditions d'octroi de l'assistance judiciaire, posées par la jurisprudence sous l'empire de l'art. 4 aCst., sont applicables à l'octroi de l'assistance gratuite d'un conseil juridique dans la procédure d'opposition (ATFA non publié du 29 novembre 2004, I 557/04, consid. 2.1, publié à la Revue de l'avocat 2005 n° 3 p. 123). Toutefois, le point de savoir si elles sont réalisées doit être examiné à l'aune de critères plus sévères dans la procédure administrative (KIESER, ATSG-Kommentar, n° 20 ad art. 37).

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 dans la procédure d'opposition (art. 61 let. f LPGA), 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. Si la procédure en cause présente des risques importants pour la situation juridique de l'intéressé, l'assistance gratuite d'un défenseur est en principe accordée. Sans cela, elle ne le sera que si, à la difficulté relative de l'affaire, s'ajoutent des problèmes de fait ou de droit auxquels le requérant ne pourrait faire face seul (ATF 130 I 182 consid. 2.2 et les références citées) et que les conseils fournis par le représentant d'une association, un assistant social, un spécialiste ou toute autre personne de confiance désignée par une institution sociale n'entrent pas en ligne de compte. En plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, il faut mentionner les circonstances qui

tiennent à la personne concernée, comme sa capacité de s'orienter dans une procédure (ATFA non publié du 29 novembre 2004, I 557/04, consid. 2.2, et la référence; cf. aussi ATFA non publié du 12 janvier 2006, I 501/05, consid. 4.1, prévu pour la publication dans le Recueil officiel).

d) Enfin, l'assuré doit être dans le besoin, en ce sens qu'il n'est pas en mesure d'assumer les frais d'assistance juridique sans compromettre les moyens nécessaires à son entretien normal et modeste. Les prescriptions fédérales en matière de contentieux dans l'assurance-vieillesse et survivants, dans l'assurance-invalidité, dans les allocations perte de gain et dans les prestations complémentaires précisent que pour déterminer le besoin économique de l'assuré, il convient de prendre en considération les revenus effectifs, y compris ceux du conjoint faisant ménage commun, et, au titre des dépenses, le montant mensuel de base selon les directives de la Conférence suisse des préposés aux offices des poursuites et des faillites, augmenté d'un supplément de 30%. A ce montant, il y a lieu d'ajouter notamment, le loyer et les charges, les primes d'assurance-maladie et les impôts.

4. L'OCAI estime que l'affaire n'apparaît pas suffisamment complexe pour justifier l'assistance d'un avocat dans la procédure d'opposition. Il relève par ailleurs que le recourant, qui est financièrement pris en charge par l'Hospice général, aurait pu bénéficier des conseils d'un assistant social et remplacer ainsi l'aide d'un avocat.

5. 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).

   En l'espèce, le recourant, qui souffre de troubles somatoformes douloureux, a été soumis à deux expertises dont les conclusions sont en totale contradiction, le confrontant ainsi à la problématique délicate de la valeur probante des expertises. Par ailleurs, les conclusions de l'expert rhumatologue demandent également à être

interprétées, voire complétées, en ce qui concerne sa capacité de travail résiduelle. L'OCAI a rejeté la demande de rente sur la base de ces éléments. Il apparaît dès lors que l'état de fait et les questions de droit relatives notamment au caractère invalidant des troubles somatoformes douloureux rendaient la cause particulièrement complexe.

Il est par ailleurs incontestable que le litige, qui porte sur le droit à une rente, a une portée considérable pour l'assuré (cf. ATFA non publié I 319/2005 du 14 août 2006, consid 4.2 et 4.2.2 et les références citées; ATFA non publié du 11 mai 2001, I 87/2001 consid. 4). Il est également constant que le recourant, maçon et ressortissant portugais, ne dispose d'aucune connaissance juridique et que, sur le plan linguistique, il est douteux qu'il possède suffisamment le français pour comprendre les subtilités de la procédure et défendre sa cause de manière satisfaisante.

Par conséquent, il y a lieu de constater que l'intervention d'un avocat était nécessaire dans le cadre de la procédure d'opposition, l'aide d'un assistant social n'étant pas suffisante en particulier pour l'examen des critères juridiques fixés par la jurisprudence en matière de troubles somatoformes douloureux.

Le recours doit dès lors être admis et le dossier renvoyé à l'intimé pour examen des autres conditions du droit à l'assistance juridique en tenant compte - s'agissant de la condition des chances de succès - de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral qui considère que l'évaluation du degré d'invalidité dans les cas de symptomatologie douloureuse sans substrat organique avéré et en présence de contradictions relevées dans le cadre de l'opposition, est une question délicate qui ne peut manifestement se faire au cours de l'examen sommaire réservé à l'autorité chargée d'examiner le droit à l'assistance juridique et de l'appréciation anticipée des preuves à laquelle elle peut se livrer dans ce cadre. En pareilles circonstances, cet examen doit être laissé à l'autorité chargée de statuer au fond (ATF non publié du 5 avril 2007, I 380/06 consid. 6.3).

Le recourant obtenant gain de cause, il a droit à des dépens qui seront fixé à 500 fr.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule la décision sur opposition du 19 février 2007 s'agissant du dispositif relatif à l'assistance juridique.

3. Renvoie la cause à l'intimé pour examen des autres conditions de l'assistance juridique et nouvelle décision au sens des considérants.

4. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 500 fr. à titre de dépens.

5. 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.

Le greffier	La présidente
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

La greffière-juriste : Catherine VERNIER

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