RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1939/2006 **ATAS/677/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

du 26 juillet 2006

En la cause

Monsieur B_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître BRATSCHI Gilbert	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, sis rue de Lyon 97, 1211 GENEVE 13	intimé

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Monsieur B_____, né au Kosovo le 28 novembre 1959, a obtenu en 1986 un diplôme pour enseigner le français et a travaillé comme professeur dans une école pendant 4 ans avant de venir à Genève en 1990 où il a travaillé comme serveur.

2. Il est en incapacité de travail depuis le 20 août 2003 et est aidé par l'Hospice général depuis le 1er décembre 2003.

3. En date du 8 janvier 2004, il a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité en vue d'obtenir une orientation professionnelle en raison de dorso-lombalgies, de lombosciatalgies sur hernie discale et d'un état d'angoisse.

4. Par décision du 20 janvier 2005, l'Office cantonal de l'emploi a déclaré l'assuré inapte au placement et lui a nié le droit aux prestations d'assurance-chômage.

5. L'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a demandé une expertise rhumatologique au Dr A_____.

6. Selon le rapport établi le 9 août 2005 par cette spécialiste, l'assuré présente une raideur modérée du rachis lombaire associée à une discopathie L4-L5 modérée et une hernie discale stable. En tenant compte des inconvénients de la profession de serveur, il estime qu'une diminution de rendement de 20% peut être admise. Dans une activité professionnelle ne nécessitant pas le port régulier et quotidien de charges supérieures à quinze kilos sa capacité de travail est quasi complète.

7. Par décision du 20 octobre 2005, l'OCAI a refusé tout droit au reclassement pour le motif que le manque à gagner durable ne dépasse pas 20%. Il a considéré que l'assuré pourrait travailler à 80% comme serveur ou dans une activité adaptée telle qu'ouvrier d'usine ou de fabrique, ou employé de conditionnement sans avoir besoin d'une nouvelle formation ou d'un complément de formation. En l'absence de perte économique, les conditions d'octroi de mesures d'ordre professionnel ne sont pas remplies.

8. Par courrier du 28 octobre 2005, l'avocat consulté par l'assuré a demandé à l'OCAI son dossier ou en tous les cas les pièces médicales et a indiqué que son mandant se réservait le droit de faire opposition.

9. En date du 10 novembre 2005, l'assuré a adressé une demande d'assistance juridique au service de l'assistance juridique qui l'a renvoyé à saisir directement l'OCAI.

10. Il a par conséquent déposé, le 21 novembre 2005, une demande d'assistance juridique auprès de l'OCAI. Il a, à la même date, formé opposition à la décision de l'OCAI du 20 octobre 2005 en invoquant une diminution de la capacité de gain d'au

moins 50% qui lui donnerait droit à une demi-rente et à des mesures de reclassement. Il a produit à l'appui de son opposition un rapport de la Dresse C_____ adressé le 15 février 2004 à l'OCAI, celui du Dr D_____ du 2 septembre 2003 ainsi que deux rapports de radiologie de 1998 et 2003.

11. Par décision du 26 avril 2006, l'OCAI a refusé l'assistance juridique au motif que l'opposition était dénuée de chance de succès. Il a considéré que l'intégralité des pièces produites étaient connues de l'OCAI et de l'expert mandaté par celui-ci et qu'elles n'apportaient donc aucun élément nouveau.

12. En date du 29 mai 2006, l'assuré recourt auprès du tribunal de céans contre la décision de refus de l'assistance juridique. Il conteste le motif lié à l'absence de nouvelles pièces dans la mesure où les médecins traitants n'auraient pu que répéter un avis déjà exprimé et relève qu'il ne voit pas pour quelle raison l'avis d'expert devrait forcément primer sur celui du médecin traitant. Il se réfère pour le surplus aux arguments invoqués dans le cadre de son opposition. Enfin, il considère que l'OCAI, qui est juge et partie, devrait impérativement prendre du recul par rapport à sa propre position afin que les principes constitutionnels de l'interdiction de l'arbitraire, de l'impartialité de l'administration, de la justice et de l'équité soient respectés. Il conclut à l'annulation de la décision de l'OCAI du 26 avril 2006, à l'octroi de l'assistance juridique et à la condamnation de l'Etat en tous les dépens, lesquels comprendront une indemnité de procédure équitable.

13. Dans son préavis du 7 juin 2006, l'OCAI renvoie aux pièces du dossier en ce qui concerne les faits et à la décision attaquée en ce qui concerne sa position sur le fond. Quant aux remarques relatives à la compétence accordée aux offices AI pour trancher à la fois les demandes d'assistance juridique et les oppositions à l'encontre de ses propres décisions, elles sont, selon lui, hors de propos dans la mesure où il s'agit d'une compétence attribuée par le législateur fédéral sur laquelle le juge ne peut revenir.

14. Après communication de ce courrier au recourant, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. A teneur des art. 37 al. 4 de la loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) et 27D al. 1 de la loi relative à l'office cantonal des assurances sociales (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.

2. Conformément à l'art. 19 al. 3 du règlement d'exécution de la loi relative à l'office cantonal des assurances sociales (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. 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 dans une réglementation légale de l'assistance juridique dans la procédure administrative (ATF 131 V 155 consid. 3.1)

   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.

4. Selon la loi et 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.

   Le droit cantonal prévoit, quant à lui, que l'assistance juridique 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 étant cumulatives (art. 27D al 1 LOCAS et 19 al. 1 et 2 RLOCAS).

   a) 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. Il 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 ; ATF 88 I 144; Arthur HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, p. 168).

b) 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.

c) 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.

5. L'office considère que l'opposition était dénuée de chances de succès et que l'affaire n'est pas d'une complexité telle qu'elle nécessite l'intervention d'un avocat.

   Le recourant conteste en substance la pertinence des arguments invoqués par l'OCAI quant à l'absence de chance de succès des oppositions et la conclusion à laquelle il parvient dans le cadre de l'examen d'une demande d'assistance juridique qui ne saurait impliquer un examen au fond. Il se plaint également de la compétence octroyée à l'OCAI pour statuer sur la demande d'assistance juridique qui conduit à la violation du principe d'impartialité des autorités.

6. Le tribunal de céans constatera préalablement que, bien que l'office ou la caisse, appelé à statuer sur une demande d'assistance juridique pour la procédure d'opposition, soit tenu de s'imposer une certaine retenue lors de l'examen des chances de succès de l'opposition, on ne saurait tirer aucune conclusion du grief de violation du principe d'impartialité des autorités dans la mesure où la compétence de l'OCAI pour statuer sur l'octroi de l'assistance juridique est fondée sur une base légale formelle. La situation est d'ailleurs identique pour la procédure de recours dans les cantons où la compétence pour statuer sur l'octroi de l'assistance judiciaire appartient au juge du fond.

7. Pour le reste, au vu des éléments du dossier, notamment de l'expertise du Dr A_____ à laquelle on peut accorder à première vue pleine valeur probante et de l'absence de certificat ou rapport postérieurs apportant des conclusions différentes, l'opposition avait vraisemblablement peu de chance d'aboutir. Quoi qu'il en soit, même en admettant que le recourant ne peut plus travailler comme

serveur, il conviendrait alors de considérer qu'il peut travailler dans une activité légère, simple et répétitive à 100%. Or, au vu des salaires statistiques servant de comparaison, selon la jurisprudence, pour l'établissement du gain avec invalidité, sa perte de gain n'atteindrait pas, selon toute vraisemblance, le seuil de 20% nécessaire pour bénéficier d'un reclassement professionnel. Il y a donc lieu de constater que les chances d'obtenir gain de cause dans la procédure d'opposition étaient sensiblement plus faibles que les risques de voir l'opposition rejetée.

8. Le recours, mal fondé, doit par conséquent être rejeté sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. 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
Yaël BENZ	Maya CRAMER

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