REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2164/2006 **ATAS/817/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 19 septembre 2006

En la cause

Monsieur M_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Gilbert BRATSCHI	recourant
contre	
OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue de Lyon 97, GENEVE	intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Monsieur M_____, né en septembre 1963, a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité le 20 septembre 2001.

2. Son médecin traitant, le Dr A_____, spécialiste en hématologie, a, dans un rapport du 13 octobre 2001, diagnostiqué une maladie de Bechterew ainsi qu'une anémie ferriprive sévère de juin à décembre 1999. L'incapacité était totale depuis le 25 octobre 1999; cependant, une activité évitant les efforts physiques et permettant d'alterner les périodes de repos et de mobilité pouvait être pratiquée à 50%.

3. Dans son rapport du 26 septembre 2002, le Dr B_____, rhumatologue, a conclu à une incapacité totale de travail.

4. Le Dr C_____, rhumatologue, a, dans son rapport du 30 avril 2003, diagnostiqué une spondylarthrite ankylosante. Le patient semblait capable de travailler 4 heures par jour.

5. L'assuré a été soumis à un examen clinique bidisciplinaire, le 25 juin 2004, effectué par le Service médical régional de l'assurance-invalidité, (ci-après SMR Léman). Les médecins ont posé le diagnostic avec répercussion sur la capacité de travail, de spondylarthrite ankylosante. Les diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail étaient les suivants : fibromyalgie, troubles de l'adaptation, réaction mixte anxieuse et dépressive, gastrite HP positif, status post-ulcère gastroduodénal en 1987, status post-anémie ferriprive en 1999, troubles mictionnels traités. Les limitations fonctionnelles somatiques étaient liées à la maladie de Bechterew; il convenait d'éviter les positions statiques prolongées debout, en flexion-rotation du tronc et en port à faux, ainsi qu'une grande mobilité rachidienne. Le travail à la chaîne et sur des machines vibrantes était exclu et le port de charges limité à 20 kilos occasionnellement. Il n'y avait pas de limitation fonctionnelle psychiatrique. Une capacité de travail de 70 à 80% était immédiatement exigible, dans la restauration, comme surveillant et organisateur des travaux, ainsi que pour l'aide au bar.

6. Dans un rapport du 18 avril 2005, le Dr D_____, psychiatre, a diagnostiqué un épisode dépressif sévère sans symptôme psychotique. L'assuré était totalement incapable de travailler. L'état de l'assuré s'était aggravé depuis le rapport du SMR Léman et le pronostic était défavorable.

7. Par décision du 21 décembre 2005, l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE (ci-après l'OCAI) a rejeté la demande de prestations de l'assuré. Il a fait valoir que le rapport du SMR Léman reconnaissait à l'assuré une capacité de travail de 75%, ce qui correspondait, après comparaison des revenus avant et après

invalidité, à un degré d'invalidité de 30% n'ouvrant pas droit à des prestations de l'assurance-invalidité.

8. Par courrier du 13 janvier 2006, l'assuré a formé opposition à cette décision, sollicitant un délai supplémentaire pour consulter le dossier.

9. En date du 3 février 2006, l'assuré a déposé une demande d'assistance juridique auprès du Service de l'assistance juridique du Pouvoir judiciaire.

10. Par courrier du 17 février 2006, l'assuré a complété son opposition, concluant à l'octroi d'une rente entière d'invalidité, et se référant aux rapports de ses médecins traitants des 6 et 8 février 2006. Le Dr C_____ avait en effet fait état d'une évolution défavorable, non seulement sur le plan rhumatologique, mais également sur les plans digestif, dermatologique et urologique. Selon lui, l'assuré présentait une incapacité totale et définitive de travail. Sur le plan psychiatrique, le Dr D_____ avait diagnostiqué un épisode dépressif sévère sans symptôme psychotique, extrêmement invalidant et toujours présent, qui l'empêchait totalement de travailler. L'état du patient s'était aggravé depuis la date de l'expertise du SMR Léman.

11. Par courrier du 8 mars 2006, l'assuré a déposé une requête d'assistance juridique pour la procédure d'opposition auprès de l'OCAI.

12. Par décision du 15 mai 2006, l'OCAI a rejeté la demande d'assistance juridique, au motif que les perspectives d'obtenir gain de cause dans la procédure d'opposition étaient, prima facie, notablement plus faibles que les risques de se voir opposer un rejet. En effet, les conclusions des médecins traitants ne pouvaient remettre en cause les résultats de l'expertise du SMR Léman, la prétendue aggravation de l'état de santé somatique et psychique de l'assuré n'étant aucunement motivée.

13. Par courrier du 14 juin 2006, l'assuré a interjeté recours contre la décision de refus d'assistance juridique auprès du Tribunal cantonal des assurance sociales, concluant à l'octroi de l'assistance juridique pour la procédure d'opposition à la décision de l'OCAI du 21 décembre 2005. Il a fait valoir que les rapports motivés de ses médecins traitants, qui critiquaient la décision de refus de l'OCAI ainsi que le rapport d'expertise du SMR Léman, auraient dû être pris en considération, puisqu'ils faisaient état d'une péjoration manifeste tant de son état somatique que de son état psychique. Enfin, le recourant a proposé au besoin de se soumettre à une nouvelle expertise médicale.

14. Par décision du 22 juin 2006, l'OCAI a rejeté l'opposition de l'assuré, confirmant sa décision du 21 décembre 2005. Selon lui, les avis médicaux produits en procédure d'opposition n'étaient nullement motivés et n'établissaient pas l'existence d'une péjoration de l'état de santé du recourant. Dès lors, il fallait se référer aux conclusions de l'examen bidisciplinaire du SMR Léman.

15. Dans sa réponse au recours du 11 juillet 2006, l'OCAI a conclu au rejet du recours concernant l'octroi de l'assistance juridique et s'est pour le surplus référé à la décision attaquée.

16. Par courrier du 16 août 2006, le Tribunal de céans a demandé à l'Hospice général quels étaient les montants d'assistance versés au recourant pour l'année 2006.

17. Par courrier du 23 août 2006, l'Hospice général a transmis les décomptes d'assistance concernant l'assuré des mois de juin, juillet et août 2006.

18. Sur ce, les différents courriers ont été transmis aux parties et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à 3 juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

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.

3. 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.

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

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; ATFA non publié 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. 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.

5. L'OCAI estime que les perspectives d'obtenir gain de cause dans le cadre de la procédure d'opposition étaient, prima facie, notablement plus faibles que les risques de se voir opposer un rejet, en se basant sur l'examen bidisciplinaire du SMR Léman, sans tenir compte des attestations des médecins traitants qui allèguent une aggravation de l'état de santé somatique et psychique du recourant.

6. En l'occurrence, il s'avère que le recourant consulte un psychiatre depuis mars 2005 et que celui-ci a diagnostiqué en avril 2005, soit 8 mois avant la décision de l'OCAI de refus de prestations et plus d'un an après l'expertise du SMR Léman, un épisode dépressif sévère, épisode qui perdurait en février 2006. Le Dr D_____ invoque une aggravation de l'état psychique du patient depuis l'examen du SMR Léman et explique que la pathologie physique alimente la pathologie psychique et

inversement. Le Dr C_____ atteste également d'une détérioration de l'état de santé du recourant et estime son patient totalement incapable de travailler.

Contrairement à ce que soutient l'intimé, les avis des médecins traitants sont motivés et emportent la conviction d'une aggravation de l'état de santé du recourant. Il convenait par conséquent de tenir compte desdites attestations pour l'évaluation de l'invalidité de l'assuré et d'investiguer, le cas échéant, son état de santé, en faisant procéder, si nécessaire, à de nouvelles expertises médicales.

Il s'avère ainsi que l'opposition de l'assuré à la décision de refus de prestations n'était pas dénuée de chances de succès. Reste à examiner si les deux autres conditions du droit à l'assistance juridique sont réalisées en l'espèce.

7. 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'assistance d'un conseil, il convient de constater qu'elle justifie l'intervention d'un avocat. En effet, la question du caractère invalidant des atteintes psychiques et de la fibromyalgie est particulièrement délicate et a fait l'objet d'une jurisprudence très développée qui pose des critères spécifiques dont l'examen nécessite l'assistance d'un conseil.

8. Enfin, il convient de déterminer si le recourant remplit les conditions matérielles de l'assistance juridique.

Le recourant, qui vit seul avec obligation de soutien, est aidé financièrement par l'Hospice général. Il a reçu en 2004 35'322 fr. 90, ce qui représente un montant mensuel moyen de 2'943 fr. 50 et en 2005 36'132 fr. 50, ce qui représente un montant mensuel moyen de 3'011 fr.

Il a reçu 2'464 fr. 50 pour le mois de juin 2006 (1'168 + 750 + 70 + 120 - 22 + 356,50 + 22 = 2'464 fr. 50) à noter que les 200 fr. déduits sur le décompte du mois de juin constituent une avance déjà versée en mai 2006 sur les prestations de juin et ne doivent donc pas être déduits dans le présent calcul, 3'357 fr. 70 pour le mois de juillet 2006 (960 + 750 + 315,10 + 200 + 300 + 300 - 22 - 338,50 + 300 + 593,10 [factures payées directement par l'Hospice général] = 3'357,70) et 3'929 fr. 90 pour le mois d'août 2006 (960 + 750 + 315,10 + 300 + 300 - 338,50 + 300 + 1'343,30 = 3'929,90). Les primes de l'assurance-maladie sont payées par l'Hospice général. Ne touchant pas de revenu, le recourant ne paie pas d'impôts. Il convient dès lors de ne déduire des ressources que le montant de base mensuel selon les directives pour le calcul du minimum vital conformément à la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, augmenté d'un supplément de 30%, soit 1'625 fr. (1'250 fr. [débiteur seul avec obligation de soutien] + 30% de 1'250 fr., soit 375 fr. = 1'625 fr.) ainsi que son loyer de 750 fr., ce qui représente un montant total de 2'375 fr.

Les ressources du recourant s'avèrent ainsi supérieures à ses dépenses. Dès lors, il convient de constater que l'assuré ne remplit pas les conditions économiques pour

avoir droit à l'assistance juridique gratuite d'un conseil dans le cadre de la procédure d'opposition devant l'OCAI.

9. Son recours, mal fondé, doit donc être rejeté.

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. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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

La secrétaire-juriste: Frédérique GLAUSER

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