RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3850/2006 **ATAS/43/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 18 janvier 2007

En la cause

Madame P_____, domiciliée , CHATELAINE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Olivier LUTZ	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, sis rue de Lyon 97, case postale 425, GENEVE	intimé

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

EN FAIT

1. Par décision du 4 avril 2006, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a rejeté la demande de prestations déposée par Madame P_____ le 12 mai 2003 au motif que les diagnostics retenus par les différents psychiatres consultés n'étaient pas invalidants au sens de l'assurance-invalidité et que les atteintes somatiques relevées induisaient de légères limitations fonctionnelles qui peuvaient être respectées dans son métier de vendeuse.

2. Par courrier du 2 mai 2006, l'assurée a formé opposition à la décision du 4 avril 2006. Elle a invoqué le fait que sa situation psychique et physique s'était aggravée et qu'elle était toujours en arrêt maladie.

3. En date du 11 juillet 2006, l'avocat de l'assurée a adressé à l'OCAI divers documents établis par le Dr A_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, et a demandé à pouvoir, le cas échéant, compléter l'opposition formée par sa mandante.

4. Par courrier du 14 août 2006, l'assurée a sollicité l'assistance juridique dans le cadre de la procédure d'opposition et a adressé à l'OCAI les pièces relatives à sa situation financière ainsi que des attestations de son médecin traitant et de son psychiatre.

5. Dans le complément à son opposition du 28 août 2006, l'assurée a, en substance, fait valoir que des troubles objectifs avaient mis en évidence, notamment une déchirure de la coiffe des rotateurs à droite et une lésion traumatique au niveau des tendons fléchisseurs de la main gauche. Elle a fait remarquer que le rapport du SMR avait admis que le port de charges était limité à un kg et qu'il était contre-indiqué pour l'assurée d'élever les membres au-delà de 90°, de rester assise plus d'une heure ou debout plus de trente minutes. L'assurée a allégué que de telles limitations rendaient le métier de vendeuse impossible à exercer. Elle a relevé, par ailleurs, que le rapport du SMR susmentionné posait un diagnostic de fibromyalgie, accompagné d'une comorbidité psychiatrique importante sous forme de graves troubles de la personnalité associés à un trouble de l'humeur caractérisé par de fréquentes périodes dépressives. Elle en a tiré la conclusion que la décision de l'OCAI allait à l'encontre de l'avis de trois médecins dont celui du Dr B_____, psychiatre mandaté par l'OCAI.

6. Par décision du 20 septembre 2006, l'OCAI a refusé l'assistance juridique sollicitée par l'assurée au motif que sa décision était fondée sur le rapport d'examen du SMR extrêmement fouillé et complet sur l'état de santé global de l'intéressée et établi au terme d'investigations minutieuses sur les plans rhumatologique et psychiatrique. Selon l'OCAI, le SMR a exposé de manière convaincante les motifs qui l'ont amené à écarter l'appréciation de la capacité de travail du Dr B_____ dont les diagnostics n'ont d'ailleurs pas été contestés; qui plus est, les conclusions

du SMR rejoignent celles des experts du Centre Multidisciplinaire de la Douleur mandatés en 2003 par l'assurance-accidents et revêtent ainsi plus de poids que les avis des médecins traitants. L'OCAI a rappelé en outre que, selon la jurisprudence, il est possible de s'écarter de l'appréciation médicale de la capacité de travail lorsque les critères définis par la jurisprudence en matière de troubles somatoformes douloureux ne sont pas remplis. Il a estimé que les perspectives que l'assurée obtienne gain de cause en procédure d'opposition étaient, prima facie, notablement plus faibles que celles de se voir notifier un rejet. Il a également considéré que l'intervention d'un avocat n'était pas nécessaire pour sauvegarder les droits de l'assurée, laquelle aurait pu produire elle-même les compléments émanant de ses médecins traitants.

7. Par mémoire du 23 octobre 2006, l'assurée a interjeté recours au Tribunal cantonal des assurances sociales contre la décision de l'OCAI du 20 septembre 2006. Elle allègue que l'avis médical qu'elle a produit en procédure d'opposition remet clairement en cause les conclusions de l'OCAI relatives à son incapacité de travail et qu'on ne saurait dès lors considérer que l'opposition est vouée à l'échec. S'agissant de la nécessité de l'intervention d'un avocat, la recourante indique être de langue maternelle étrangère et ne pas disposer de connaissances juridiques; il lui serait ainsi extrêmement difficile de démontrer en quoi la décision de refus de prestations de l'assurance-invalidité viole la loi et la jurisprudence. Elle indique s'être adressée à un organisme social pour déposer son opposition laquelle était toutefois restée très sommaire et nécessitait d'être complétée. Elle ajoute que l'intérêt de la procédure d'opposition réside essentiellement dans la possibilité pour les assurés de développer leur argumentation afin que l'OCAI reconsidère, le cas échéant, sa décision. Or, s'agissant d'un cas de fibromyalgie, il convient de comparer les avis médicaux, de discuter leur appréciation et d'examiner le syndrome de fibromyalgie et ses conséquences ce qui nécessite des connaissances juridiques.

8. Par courrier du 27 octobre 2006, l'intimé a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision de refus de l'assistance juridique.

9. Par courrier du 16 novembre 2006, la recourante a persisté dans ses conclusions.

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. 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 loi fédérale 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.

   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).

   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. 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).

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.

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).

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. a) En l'espèce, il ressort du dossier de l'OCAI, qu'en raison de la discordance existant entre un rapport du 21 novembre 2003 du Centre Multidisciplinaire de la Douleur qui déniait toute incapacité de travail à la recourante tant sur le plan somatique que sous l'angle psychiatrique, et une expertise psychiatrique du Dr B_____ du 20 avril 2005, qui retenait le diagnostic de trouble dépressif majeur récurrent, en rémission partielle d'intensité actuelle moyenne, et reconnaissait une incapacité de travail totale, un examen bidisciplinaire rhumatologique et psychiatrique fut confié au SMR Suisse romande (ci-après SMR). Les diagnostics de fibromyalgie, de troubles de l'adaptation avec réaction dépressive prolongée et dépendance aux benzodiazépines ont été retenus mais considérés comme étant sans répercussion sur la capacité de travail de l'assurée. Les troubles objectifs - sous forme d'une déchirure de la coiffe des rotateurs à droite et d'une lésion traumatique au niveau des tendons fléchisseurs de la main gauche - n'ont pas été considérés comme responsables de la globalité de la symptomatologie présentée par l'assurée et ont été jugés compatibles avec une activité adaptée qui tienne compte des limitations fonctionnelles.

   Bien que le rapport du SMR soit a priori fouillé et complet, il y a lieu de constater qu'ils ne permettent pas déterminer si les critères jurisprudentiels dégagés par la jurisprudence pour juger du caractère invalidant de la fibromyalgie dont souffre la recourante sont remplis ou non dans le cas présent. Une opposition à la décision de l'OCAI fondée sur un rapport lacunaire ne peut être - pour ce motif déjà - considérée comme dénuée de chances de succès. En outre, sur la base de l'expertise psychiatrique du Dr B_____ et de l'attestation du médecin traitant psychiatre de l'assurée dont les conclusions sont en contradiction avec celles du rapport du SMR, il n'apparaît pas d'emblée exclu que celle-ci ait droit à des prestations de l'assurance-invalidité. On ne saurait dès lors soutenir qu'un plaideur raisonnable disposant de ressources suffisantes aurait renoncé à engager des frais pour défendre sa position dans le cadre de la procédure devant l'OCAI.

   Reste à examiner si les autres conditions d'octroi de l'assistance juridique sont réalisées en l'espèce.

b) S'agissant de la nécessité de l'assistance d'un avocat, il y a lieu de constater que la procédure revêt une importance déterminante pour la recourante puisqu'elle porte sur le droit à une rente d'invalidité dont l'existence dépend, dans le cadre d'une fibromyalgie, de l'existence de critères déterminés par la jurisprudence. L'examen de ces critères est complexe, nécessite des connaissances juridiques et rend par conséquent indispensable l'intervention d'un avocat.

c) Enfin, concernant la situation financière de la recourante, le tribunal de céans retiendra que ses revenus s'élèvent à 3'296 fr. 35 (pensions alimentaires : 1'150 fr., allocations familiales 200 fr.; prestations d'assistance : 1123 fr. 85 et participation du fils majeur : 822 fr. 50) desquels il faut déduire le montant de base mensuel pour le calcul du minimum vital pour la recourante et son fils mineur, né en juin 1991, augmenté de 30%, soit 2'275 fr. et le montant du loyer (déduction faite de l'allocation de logement) 1'021 fr. 35.

La troisième condition étant également réalisée, il y a lieu de conclure que la recourante a droit à l'assistance juridique pour la procédure d'opposition devant l'OCAI et que son recours doit dès lors être admis.

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. L'admet et octroie à la recourante l'assistance juridique gratuite pour la procédure d'opposition.

3. Annule la décision de l'intimé du 20 septembre 2006.

4. Condamne l'intimé à verser à la recourante 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.

La greffière | La présidente

Karine STECK

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