RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4632/2006 **ATAS/255/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

du 7 mars 2007

En la cause

Madame N_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître WAVRE Jean-Pierre	recourante

contre

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

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Juliana BALDE et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Madame N_____, née en août 1949, serveuse de profession, a déposé une demande de prestations d'assurance-invalidité le 13 mars 2003, en raison notamment d'une fibromyalgie.

2. L'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a réuni différents certificats médicaux, dans le cadre de l'instruction de la demande.

3. Dans son rapport du 27 mars 2003, la Dresse A_____, psychiatre, a diagnostiqué un épisode dépressif moyen avec symptômes somatiques. La patiente présentait notamment une fibromyalgie. L'incapacité de travail était totale depuis le 7 août 2002.

4. Dans un rapport du 12 août 2003, le Dr B_____, rhumatologue, a diagnostiqué un syndrome douloureux chronique et une fibromyalgie floride, un état dépressif, des cervicalgies sur probable arthrose, ainsi que des lombalgies chroniques secondaires à des discopathies modérées L3-L4 et L4-L5. Sur le plan rhumatologique, les discopathies lombaires pouvaient entraîner, dans des emplois mal adaptés, des lombalgies. De même, il pouvait exister des cervicalgies et des douleurs des épaules lors des mouvements répétitifs. Le syndrome douloureux était invalidant, entraînant une réduction de 50 % de la capacité de travail, aggravée par le stress. La patiente pouvait travailler en position assise pendant quatre heures par jour, dans une activité de caissière.

5. Dans son rapport du 9 juillet 2004, la Dresse A_____ a relevé que l'état de santé s'était amélioré; l'incapacité travail était toutefois toujours totale d'un point de vue psychiatrique.

6. L'assurée a été soumise à un examen clinique bidisciplinaire effectué par le SMR Suisse romande, service médical régional de l'assurance-invalidité. Les experts n'ont posé aucun diagnostic ayant une répercussion sur la capacité de travail; les diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail étaient des rachialgies sur discrets troubles statiques et dégénératifs du rachis, une fibromyalgie, une personnalité émotionnellement labile de type impulsif, une obésité, ainsi qu'une stéatose hépatique sévère. D'un point de vue somatique, la fibromyalgie ne conduisait pas à une incapacité de travail en l'absence d'une pathologie psychiatrique invalidante et des critères de MOSIMANN. Par ailleurs, les troubles statiques et dégénératifs du rachis étant très discrets, ils ne conduisaient pas à une incapacité de travail. D'un point de vue psychiatrique, au vu de son trouble de la personnalité, l'assurée souffrait d'un contact interpersonnel difficile, souvent conflictuel. Les experts ont conclu à une capacité de travail complète dans l'activité habituelle de l'assurée, de serveuse.

7. Par décision du 27 janvier 2006, l'OCAI a rejeté la demande de prestations de l'assurée.

8. Par courrier du 24 février 2006, l'assurée a formé opposition à cette décision. Le 16 août 2006, elle a complété son opposition, exposant souffrir d'une fibromyalgie invalidante et concluant préalablement à l'octroi de l'assistance juridique et principalement à l'octroi d'une rente entière d'invalidité.

9. En date du 17 octobre 2006, l'assurée a rempli un formulaire d'assistance juridique pour la procédure d'opposition devant l'OCAI.

10. Par décision du 7 novembre 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 notifier un rejet. En effet, l'expertise du SMR avait pleine valeur probante et concluait à une capacité totale de travail.

11. Par courrier du 8 décembre 2006, l'assurée a recouru contre cette décision auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales, concluant à l'octroi de l'assistance juridique. Elle a expliqué remplir toutes les conditions pour bénéficier d'un d'avocat d'office, puisqu'elle présentait une incapacité totale de travail, en raison d'une fibromyalgie invalidante, confirmée par ses médecins traitants. Elle a produit à cette occasion une attestation du Dr B_____ du 23 juin 2006, selon laquelle il suivait la patiente depuis 2002 pour des cervico-lombalgies et un syndrome douloureux chronique (fibromyalgie). Ces problèmes pouvaient limiter la reprise de son ancien travail de serveuse en raison de décompensations douloureuses cervicales lors du port de charges. En raison d'une fracture du poignet gauche survenue le 20 mars 2006, l'assurée se trouvait en arrêt de travail depuis cette date, jusqu'à une décision du Dr C_____, chirurgien de la main. La recourante a également transmis des certificats du Dr D_____, psychiatre au département de psychiatrie des Hôpitaux Universitaires de Genève, de juin 2006, selon lesquels elle était en traitement pour des troubles psychiques.

12. Dans sa réponse du 8 janvier 2007, l'OCAI a conclu au rejet du recours, se référant à sa décision attaquée.

13. 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.

   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 ; 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), 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 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. Il se base pour étayer sa décision sur l'examen clinique du SMR, dans lequel les médecins reconnaissent à la recourante une pleine capacité de travail dans son ancienne activité.

   En l'occurrence, sur le vu d'un examen sommaire du dossier, cette expertise présente pleine valeur probante. Cependant, la recourante produit une attestation de son médecin traitant, selon laquelle les troubles cervico-lombalgies et la fibromyalgie peuvent limiter la reprise de son ancien travail de serveuse en raison de décompensations douloureuses cervicales lors du port de charges. De surcroît, l'assurée produit une attestation du Dr D_____, psychiatre au HUG, qui relève qu'elle est à nouveau suivie psychiatriquement.

   Dès lors, le Tribunal de céans constate que les avis des médecins de juin 2006, versés au dossier, pourraient être de nature à remettre en cause les conclusions de l'examen bidisciplinaire du SMR, ce qui ne pourra être vérifié que lors d'un examen complet au fond. Dès lors, il ne saurait être considéré que l'opposition est dénuée de chances de succès.

6. S'agissant du point de savoir si l'assistance d'un avocat est exigée et pas seulement justifiée par les circonstances, il y a lieu de relever que la recourante présente une fibromyalgie. Or les questions de droit relatives notamment au caractère invalidant d'une fibromyalgie ou d'un trouble somatoforme douloureux rendent la cause particulièrement complexe. Par ailleurs, il est indéniable que l'issue de la procédure engagée a une portée considérable pour l'intéressée (cf. ATFA non publié I

319/2005 du 14 août 2006, consid 4.2 et 4.2.2 et les références citées). Dès lors, il convient de constater que la recourante remplit également cette condition.

7. Enfin, il y a lieu d'examiner si elle remplit également les conditions matérielles de l'assistance juridique.

   S'agissant des revenus de la recourante, elle touche entre 800 fr. et 1'100 fr. par mois de l'Hospice Général (914 fr. 50 en août 2006; 1'089 fr. 50 en septembre 2006 et 827 fr. en octobre 2006). Son loyer et ses primes d'assurance-maladie sont directement versés par l'Hospice Général, respectivement à la régie et à la caisse-maladie. Enfin, ne touchant pas de revenu, elle ne paie pas d'impôt. Il convient dès lors de ne déduire des ressources de la recourante 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 (LP), augmenté d'un supplément de 30%, soit 1'430 fr. (1'100 fr. + 30% de 1'100 fr.). Au terme de ce calcul, l'on constate que les revenus de la recourante sont inférieurs au montant du minimum vital selon à la LP, augmenté de 30%.

   Dès lors, il convient de constater que la condition du besoin est également remplie.

9. Ainsi le recours, bien fondé, doit-il être admis. La recourante qui obtient gain de cause aura droit à des dépens, fixés en l'espèce à 500 fr.

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.
3. Annule la décision de l'OCAI du 7 novembre 2006.
4. Octroie à la recourante l'assistance juridique pour la procédure d'opposition.
5. Condamne l'OCAI à verser à la recourante une indemnité de 500 fr. à titre de dépens.
6. 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
Claire CHAVANNES	Maya CRAMER

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