REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/646/2007 **ATAS/620/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 31 mai 2007

En la cause

Madame H_____, domiciliée à Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître REY Stéphane	recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, sis rue de Lyon 97 à Genève	intimé

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Luis ARIAS, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame H_____, née le 1961, a déposé une demande de prestations d'assurance invalidité tendant à l'obtention d'une rente le 6 juin 2003 en raison de problèmes de dos.

2. Selon le rapport du 28 juillet 2003 du médecin traitant, le Dr A_____, à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI), l'assurée souffrait de lombalgies post-traumatiques, de lombosciatalgies gauches et droites, d'un hallus valgus droit et de dépression nerveuse depuis le 22 janvier 2002, date à laquelle elle avait eu un accident. Au titre de diagnostics sans répercussion sur la capacité de travail, l'assurée souffrait notamment d'une dégénérescence discale étagée et d'une discopathie modérée L1-L2 à L4-L5. Son état de santé s'aggravait, un examen médical complémentaire était nécessaire. Il précisait par ailleurs que le pronostic dépendait en grande partie du succès de la psychothérapie que sa patiente était en train de suivre. Elle avait de nombreuses limitations fonctionnelles.

3. Dans son rapport à l'OCAI du 22 mars 2004, le Dr B_____, spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, indiquait que sa patiente souffrait d'un état dépressif sévère sans symptômes psychotiques et d'un syndrome douloureux somatoforme persistant. Pour son activité d'aide hospitalière, son incapacité était de 100 % depuis le 1er novembre 2003.

4. Dans son rapport du 26 avril 2004 à l'OCAI, le Dr C_____ posait le diagnostic d'épisode dépressif sévère sans symptômes psychotiques entraînant une incapacité de travail à 100%. Il l'avait suivi du 15 avril 2003 au 18 juillet 2003.

5. Dans son rapport à l'OCAI du 14 juillet 2004, le Dr D_____, chef de clinique adjoint au service de rééducation des (ci-après "établissement hospitalier"), a posé les diagnostics de troubles dépressifs majeurs de degré moyen, de trouble somatoforme douloureux persistant à type de fibromyalgie, de lombalgie chronique, de scoliose lombaire sinistro-convexe, de spondylolyse lombaire étagée et d'obésité. L'état de santé de l'assuré était stationnaire; il n'y avait pas de mesures à envisager. La patiente présentait une décompensation psychiatrique importante présentant un tableau de type somatomorphe pouvant faire évoquer une fibromyalgie. Le pronostic était mauvais et la réinsertion impossible. Ses capacités fonctionnelles étaient fortement limitées.

6. Par arrêt du 6 avril 2004, le Tribunal administratif a confirmé que les troubles dont souffrait l'assurée n'était plus en relation avec l'accident du 22 janvier 2002 et que l'assurance-accidents pouvait mettre fin à ses prestations dès le 16 août 2002.

7. Un examen clinique rhumatologique et psychiatrique a été effectué le 15 novembre 2005 par la Dresse E_____, psychiatre FMH, et le Dr F_____, médecine

physique et rééducation FMH, médecins du Service médical régional AI (ci-après SMR). Les diagnostics posés sur le plan physique avec répercussion sur la capacité de travail sont ceux de sciatalgies chroniques avec phénomène à bascule dans un contexte de troubles statiques et arthrosiques avancés du rachis lombaire et de podalgies bilatérales dans une contexte d'hallus valgus bilatéral. L'examen clinique a permis d'objectiver de nombreux signes de non organicité selon Waddel et 9 points sur 18 selon Smith en faveur d'une fibromyalgie. L'assurée présentait essentiellement des troubles statiques et dégénératifs relativement avancés du rachis lombaire qui étaient asymptomatiques jusqu'au jour de l'accident du 22 janvier 2002. Sur le plan psychiatrique, il est relevé que les traits prémorbides de la personnalité ne sont pas à même de justifier une incapacité de travail; la comorbidité psychiatrique est réactionnelle à une situation psychosociale, elle n'est pas d'ordre médical. Il n'y a pas d'affection corporelle chronique, pas de perte d'intégration sociale, le profit tiré de la maladie est clairement relationnel face à la problématique conjugale. Les limitations fonctionnelles sont : absence de port de charges supérieures à 10 kg de façon répétitive, pas de position statique assise au-delà d'une heure, debout au-delà de 30 minutes, pas de position en antéflexion ou en porte-à-faux du rachis, pas de position accroupie ou en génuflexion et possibilité de varier les positions au minimum 1 fois par heure. L'activité d'aide soignante n'est plus possible mais la capacité de travail reste entière dans une activité adaptée. Le syndrome algique chronique que présente l'assurée n'a pas de substrat organique. Ainsi, en l'absence de pathologie psychiatrique préexistante ou de comorbidité, un syndrome douloureux somatoforme n'est pas une atteinte à la santé invalidante.

8. Selon le rapport de réadaptation professionnelle du 19 avril 2006, le degré d'invalidité de l'assurée est de l'ordre de 15 %. Théoriquement des mesures professionnelles seraient indiquées, cependant, au vu de l'importance des plaintes alléguées, de l'exagération des symptômes et de la participation prépondérante de facteurs non médicaux, celles-ci seraient vouées à l'échec.

9. Par décision du 19 avril 2006, l'OCAI a procédé à l'évaluation théorique de l'invalidité de l'assurée, selon l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), et a retenu un taux d'invalidité de 15,3% n'ouvrant ainsi pas le droit au reclassement professionnel ou à une rente de l'assurance-invalidité. La demande a été rejetée.

10. Par courrier du 18 mai 2006, Me REY s'est constitué pour l'assurée et a, d'une part, sollicité l'assistance juridique pour la procédure d'opposition et, d'autre part, formé opposition à la décision du 19 avril 2006. Il considérait en substance que la décision était arbitraire car elle ne tenait pas compte des implications psychiatriques confirmées par le Dr B_____ dans son rapport destiné à l'OCAI du 15 mai 2006. Il a sollicité un nouvel examen médical. Il a produit un courrier du Dr D_____ du 8 mai 2006 selon lequel l'assurée présentait une incapacité totale d'activité professionnelle tant sur le plan somatique sur le plan psychiatrique.

11. Dans un certificat médical daté du 28 septembre 2006, le Dr D_____ précise que l'assurée a présenté une décompensation importante sur le plan psychiatrique et somatique. Les nombreux examens pratiqués n'ont pas mis en évidence de douleurs nécessitant un acte chirurgical, par compte ses douleurs somatiques peuvent faire évoquer une fibromyalgie. Entre-temps, elle a présenté un syndrome de Stevens-Johnson suite à la prise d'un médicament pour lequel elle a fait une réaction allergique très importante et a dû être hospitalisée du 18 juillet au 11 août 2006.

12. L'opposante a rempli la requête d'assistance juridique et transmis les pièces relatives à sa situation financière et à celle de son conjoint le 6 décembre 2006.

13. Par décision du 16 janvier 2007, l'OCAI a rejeté la demande d'assistance juridique au motif qu'elle était dénuée de chance de succès. Il a considéré que les documents médicaux produits dans le cadre de la procédure d'opposition n'étaient pas de nature à remettre en cause les conclusions de l'expertise bi-disciplinaire qu'il avait mise en œuvre.

14. Par mémoire du 21 février 2007, l'assurée recourt contre la décision de refus d'assistance juridique. Elle fait valoir en substance que l'intimé ne tient pas compte des séquelles de l'accident, de l'aggravation de son état de santé puisqu'elle présente des troubles dépressifs majeurs et du fait qu'elle n'a aucune formation lui permettant de travailler. Elle relève que l'OCAI reconnaît qu'elle est totalement incapable de reprendre son ancien emploi mais ne précise pas quel type d'activité elle pourrait exercer avec les limitations fonctionnelles reconnues. Elle se réfère au certificat médical du 6 février 2007 du Dr D_____ qui rappelle les diagnostics retenus et indique que, pour sa part, sur le plan strictement médical, la recourante est inapte à toute activité. La recourante produit également un courrier du Dr B_____ du 9 février 2007 rappelant que pendant qu'il la suivait, elle était dans l'incapacité totale de travailler en raison de ses problèmes psychiatriques. Enfin, elle relève que le Dr G_____ spécialiste FMH en anesthésiologie et thérapie neurale, a confirmé qu'elle présentait une contracture des muscles paravertébraux de tout le rachis et des douleurs importantes que tous les traitements médicamenteux n'avaient pas permis de supprimer. Elle conclut à l'annulation de la décision litigieuse et à l'octroi de l'assistance juridique tant pour la procédure d'opposition que pour la procédure de recours contre la décision sur opposition du 22 janvier 2007.

15. Dans son préavis du 19 avril, reçu le 25 avril 2007, l'OCAI se réfère aux motifs de la décision qui fait l'objet du recours et relève en outre que le rapport médical du Dr B_____ du 15 mai 2006 produit dans la procédure d'opposition ne fait que confirmer le diagnostic posé dans le cadre de l'instruction de la demande de prestations. Il relève que la recourante a fait une simple réaction allergique à un médicament et considère qu'aucun élément objectif nouveau ne lui permet de revenir sur sa décision.

EN DROIT

1. 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 genevoise 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.

2. 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'OCAI refusant l'assistance juridique gratuite pour la procédure d'opposition.

3. En revanche, lorsque le recours est interjeté auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales au sens de l'art. 27A LOCAS, l'assistance juridique gratuite est accordée au demandeur conformément à l'art. 143A de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) par le président du Tribunal de première instance (art. 27D al. 3 LOCAS).

   Le Tribunal de céans doit par conséquent se déclarer incompétent pour statuer sur la demande d'assistance juridique relative à la procédure de recours, laquelle sera transmise d'office au service de l'assistance juridique.

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).

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. Il se base pour étayer sa décision sur l'examen bi-disciplinaire rhumatologique et psychiatrique effectué par le SMR le 15 novembre 2005, dans lequel les médecins nient toute atteinte à la santé psychique invalidante

et reconnaissent à la recourante une pleine capacité de travail dans une activité adaptée.

En l'occurrence, sur le vu d'un examen sommaire du dossier, il sied de reconnaître pleine valeur probante à cette expertise. Cependant, la recourante a produit, dans le cadre de la procédure d'opposition, un courrier du 8 mai 2006 du Dr D_____ dans lequel il atteste que sa patiente présente une incapacité de travail totale tant sur le plan somatique que sur le plan psychiatrique ainsi qu'un courrier du 15 mai 2006 du Dr B_____ qui suit la recourante depuis juillet 2003 pour son affection psychiatrique et qui confirme qu'elle est dans l'incapacité totale de travailler. Par courrier du 9 février 2007, ce médecin confirme le diagnostic posé dans son rapport du 22 mars 2004 d'épisode dépressif sévère et maintient que sa patiente a présenté sur le plan psychiatrique une incapacité de travail totale depuis qu'il la suit, la dernière consultation remontant au 29 septembre 2006.

Ces éléments sont encore confirmés par les certificats établis par le Dr D_____ les 28 septembre 2006 et 6 février 2007 selon lesquels la recourante a présenté une décompensation importante sur le plan psychiatrique et somatique. Les diagnostics de trouble dépressif majeur et de troubles somatoformes douloureux ont été retenus depuis 2002. L'état de santé de la recourante s'est encore dégradé suite à la réaction allergique au médicament très importante qu'elle a faite lors de la prise d'un médicament et qui a nécessité son hospitalisation durant plus de trois semaines. Devant le refus de l'OCAI de considérer la recourante en incapacité de travail, celle-ci a été adressée à l'atelier de réadaptation professionnelle du Service de neurorééducation des "établissement hospitalier", mais selon le Dr D_____, elle est inapte à toute activité et relève de l'assurance-invalidité.

Dès lors, le Tribunal de céans constate que les avis des médecins datés de mai, septembre 2006 et de février 2007, versés au dossier, pourraient être de nature à remettre en cause les conclusions de l'examen bidisciplinaire du SMR et jette un doute sur le bien-fondé et l'exhaustivité de l'évaluation menée par l'OCAI. En outre, l'évaluation du degré d'invalidité dans le cas de symptomatologie douloureuse sans substrat organique avéré, comme en l'espèce, apparaît comme une question délicate et 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).

6. Ainsi, dans le cadre d'un examen prima facie, il n'apparaît pas d'emblée exclu que la recourante ait droit à des prestations de l'assurance-invalidité et que son opposition était dénuée de chances de succès.

7. Le recours doit dès lors être admis et le dossier renvoyé à l'intimé pour qu'il examine les autres conditions du droit à l'assistance juridique.

9. 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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Se déclare incompétent pour trancher la question de l'octroi de l'assistance juridique gratuite dans le cadre de la procédure de recours.

3. Transmet le mémoire de recours dans lequel figure la demande d'assistance juridique gratuite relative à la procédure de recours au service de l'assistance juridique.

4. Admet le recours s'agissant de la demande d'assistance juridique dans le cadre de la procédure d'opposition.

5. Renvoie le dossier à l'intimé pour examen des autres conditions de l'assistance juridique.

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
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

La greffière-juriste : Catherine VERNIER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales et au service de l'assistance juridique par le greffe le