

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1498/2012

ATAS/1295/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 octobre 2012

9ème Chambre

En la cause

Madame P _____, domiciliée à Thônex, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître STASTNY Pierre

recourante

contre

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITE DU CANTON DE
GENEVE, Service juridique, sis rue des Gares 12, Genève

intimé

**Siégeant : Florence KRAUSKOPF, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et
Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame P_____, née en 1976, a déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité le 17 mars 2010.
2. Par arrêt du 12 décembre 2011, la Cour de céans a annulé la décision de refus de prestations de l'assurance-invalidité et renvoyé la cause à l'Office de l'assurance-invalidité (OAI) pour mise en œuvre d'une expertise rhumato-psychiatrique. Les conclusions des médecins du SMR, insuffisamment motivées, ne permettaient pas à la Cour de se prononcer sur la capacité de travail de la recourante. Ceux-ci avaient retenu une fibromyalgie, des troubles dégénératifs du rachis lombaire, des antécédents de tendinite de De Quervain à gauche et un épisode dépressif moyen.
3. A la suite de cet arrêt, la recourante a informé l'OAI qu'elle n'entendait pas recourir contre celui-ci et qu'elle suggérait que les Drs A_____, rhumatologue, et B_____, psychiatre, soient mis en œuvre à titre d'experts.
4. Le 9 février 2012, l'intéressée a requis le bénéfice de l'assistance judiciaire, exposant qu'elle ne maîtrisait pas la langue française et que la complexité de l'affaire lui échappait.
5. Par décision du 5 avril 2012, l'OAI a rejeté cette requête.
6. Par acte expédié le 15 mai 2012 au greffe de la Cour de justice, l'assurée recourt contre cette décision, dont elle demande l'annulation. Elle sollicite le bénéfice de l'assistance juridique pour la phase administrative de la procédure et la nomination de son conseil comme avocat d'office pour l'assister dans la mise en œuvre de l'expertise.

Elle relève que la première appréciation médicale effectuée par l'administration avait été jugée insuffisante, de sorte que la Cour avait renvoyé le dossier pour expertise. Celle-ci devait répondre aux exigences désormais posées par l'ATF 137 V 210. Cette jurisprudence réservait des droits accrus aux assurés dans la procédure administrative, de sorte que l'implication de l'assuré et de son conseil pouvait être beaucoup plus importante déjà à ce stade de la procédure. Par ailleurs, le chiffre 2078 de la circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité (CPAI) de l'OFAS ne tenait pas compte de l'arrêt précité. En outre, les capacités linguistiques de la recourante en français étant restreintes, elle n'était pas en mesure de se prononcer sur des questions de récusation, le questionnaire adressé à l'expert ou encore les questions complémentaires à poser.

7. L'OAI conclut au rejet du recours. Il expose que les questions de faits et de droit liées à la mise en œuvre d'une expertise rhumatologique et psychiatrique ne présentent pas de difficulté particulière. Les points soulevés nécessitent des

connaissances médicales et non juridiques. La recourante a indiqué dans son CV parler couramment le français et avoir un niveau écrit moyen, ce qui était confirmé par le rapport de stage des EPI du 13 août 2010. En outre, la recourante accompagne, dans ses activités paroissiales, les paroissiens pour des traductions lors de démarches administratives ou médicales. Elle est donc parfaitement à même de s'orienter dans la procédure administrative en cours.

8. Dans sa réplique, la recourante souligne que les questions adressées aux experts appelés à s'exprimer dans un contexte de fibromyalgie présentent des aspects juridiques. L'ATF 137 V 210 a, en outre, voulu favoriser la coopération entre assurés et assurance lors des expertises réalisées par celle-ci. Or, en l'espèce, malgré la constitution d'un avocat, l'OAI avait directement adressé à la recourante, le 11 juillet 2012, une communication indiquant qu'une expertise allait être attribuée selon le principe du hasard et lui avait transmis un questionnaire lacunaire. La détermination et les questions complémentaires formulées par le conseil de la recourante auraient difficilement pu être articulées par un assistant social.

La recourante a joint à sa réplique le courrier du 11 juillet 2012 de l'intimé comportant la liste des questions destinées aux experts ainsi que le courrier du 13 août 2012 de son conseil s'étonnant du fait que sa proposition d'experts n'avait pas été retenue, d'une part, et complétant, d'autre part, de manière très détaillée, les questions à chaque médecin, en distinguant l'aspect physique de l'aspect psychique.

9. L'OAI a répondu que la complexité induite par la mise en œuvre d'une expertise rhumato-psychiatrique était relativement faible. Les éléments à examiner avaient trait aux conséquences de l'atteinte à la santé, de sorte que l'assurée pouvait les contester par elle-même. Le cas échéant, elle pouvait faire appel à des associations, assistants sociaux ou personnes de confiance au sein d'institutions sociales ainsi qu'à ses propres médecins traitant. Les questions posées par la recourante ne nécessitaient pas de connaissances juridiques particulières, dès lors qu'il s'agissait de questions habituellement posées par l'expert dans le cadre de sa mission. Les questions ne dénotaient pas d'une complexité du cas. A ce stade de la procédure, le droit d'être entendu de la recourante était pleinement respecté.
10. Les parties ont été informées, le 26 septembre 2012, que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La Chambre des assurances sociales de la Cour de justice est compétente à raison de la matière pour connaître des contestations prévues à l'art. 56 LPGA relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (art. 134 al. 1 let. a ch. 2 LOJ/GE).

Formé dans la forme et, compte tenu des fêtes, dans le délai prescrits, le recours est recevable (art. 38 al. 4 let. a, art. 60 et 61 let. b LPGA).

2. Est litigieux le droit de l'assurée à l'assistance judiciaire pour la procédure d'expertise après le renvoi de la cause par la Cour de céans pour instruction complémentaire.
- 3.a. La Cour relève, en premier lieu, que les directives de l'administration, si elles visent à assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés ni les tribunaux. Elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser (cf. ATF 133 V 587 consid. 61.; 131 V 42 consid. 2.3). La Cour ne saurait ainsi être liée par le chiffre 2078 CPAI, qui indique que l'assuré n'a pas droit à l'assistance d'un avocat ou à une autre assistance juridique pour l'expertise médicale, si la directive se révélait contraire au droit fédéral, ce qu'il convient donc d'examiner.
- b. Aux termes de l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert.

Selon l'art. 37 al. 4 LPGA, lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur. Ainsi, il existe aujourd'hui une réglementation de droit fédéral du droit à l'assistance judiciaire en procédure administrative. La jurisprudence y relative rendue dans le cadre de l'art. 4 aCst. sur les conditions de l'assistance judiciaire en procédure d'opposition continue de s'appliquer, conformément à la volonté du législateur (ATF 131 V 153 consid. 3.1). Celle-ci retient que 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 (ATF 125 V 32 consid. 2).

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).

- c. L'assistance par un avocat s'impose uniquement à titre exceptionnel, dans les cas où il est fait appel à un avocat parce que des questions de droit ou de fait difficiles rendent son assistance apparemment nécessaire et qu'une assistance par le représentant d'une association, par un assistant social ou d'autres professionnels ou personnes de confiance d'institutions sociales n'entre pas en considération (ATF 132 V 200 consid. 4.1; 130 I 182 consid. 2.2).

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 (cf. ATF 130 I 182 consid. 2.2; 128 I 232 consid. 2.5.2). Ces conditions d'octroi de l'assistance judiciaire sont applicables à l'octroi de l'assistance gratuite d'un conseil juridique dans la procédure d'opposition (ATF I 557/04 du 29 novembre 2004, 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 (ATF n.p. I 319/05 du 14 août 2006, consid. 3.3).

A cet égard, 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. En particulier, il faut mentionner, en plus de la complexité des questions de droit et de l'état de fait, les circonstances qui tiennent à la personne concernée, comme sa capacité de s'orienter dans une procédure. En règle générale, l'assistance gratuite est nécessaire lorsque la procédure est susceptible d'affecter d'une manière particulièrement grave la situation juridique de l'intéressé, ce qui n'est pas d'emblée le cas d'un litige sur le droit éventuel à une rente d'invalidité (cf. ATF 130 I 182 consid. 2.2; ATF n.p. 9C_105/07 du 13 novembre 2007, consid. 3.1). Une telle nécessité n'existe que lorsque à la relative difficulté du cas s'ajoute la complexité de l'état de fait ou des questions de droit, à laquelle le requérant n'est pas apte à faire face seul (ATF 130 I 182 consid. 2.2).

- d. 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 question 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 n.p. 5P. 362/2000 du 8 décembre 2000; ATF 88 I 144).

- e. 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 porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille (ATF 128 I 225 consid. 2.5.1; ATF 127 I 202 consid. 3b). Pour déterminer l'indigence, il y a lieu de tenir compte de la situation financière du requérant dans son ensemble, soit d'une part de ses

charges et, d'autre part, de ses ressources effectives ainsi que de sa fortune. Le minimum vital du droit des poursuites constitue un point de départ généralement admis pour le calcul des charges du requérant, même si les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire sont en principe moins strictes que celles de l'insaisissabilité au sens des art. 92 ss LP (ATF 124 I 1 consid. 2c; 106 Ia 82).

- 3.a En l'espèce, la demande d'assistance judiciaire intervient au stade de la reprise de l'instruction médicale après l'annulation par l'autorité de recours d'une décision de refus de prestations et avant la communication d'un nouveau projet de décision. La jurisprudence invoquée par la recourante (ATF 9C_196/2012 du 20 avril 2012, consid. 6.2) se rapporte à l'assistance judiciaire octroyée après la notification du projet de décision. Elle n'est ainsi pas parfaitement identique à la présente espèce où, à la suite de l'annulation d'une première décision, la procédure se retrouve au stade précédent l'établissement d'un projet de décision.

Il convient donc d'examiner si, concrètement, la mise en œuvre d'une expertise bi-disciplinaire après renvoi de la cause à l'administration pour complément d'instruction présente, d'un point de vue objectif, des difficultés telles que le recours à un avocat se justifie.

Tel est le cas. En effet, le renvoi de la cause intervient à la suite d'une procédure judiciaire, dans laquelle la valeur probante des avis médicaux exprimés par les médecins du SMR, à la base de la première décision, a été remise en cause avec succès par la recourante. L'expertise à mettre en œuvre par l'autorité intimée s'inscrit ainsi dans le prolongement d'une procédure devenue contentieuse, d'une part. D'autre part, les questions à poser aux experts que l'intimé mandatera devront tenir compte également des lacunes des avis médicaux du SMR. Il paraît douteux qu'un assistant social, un médecin ou une autre personne de confiance ne disposant pas d'une formation juridique soit à même de vérifier que le mandat d'expertise réponde aux lacunes mises en exergue dans l'arrêt de renvoi.

En outre, la jurisprudence a posé des critères particuliers, sous l'angle juridique, lorsqu'il s'agit d'examiner les conséquences d'une fibromyalgie sur la capacité de travail d'un assuré. Quand bien même les éléments permettant de retenir le caractère invalidant ou non d'une fibromyalgie doivent reposer sur des éléments médicaux, il importe, dans le contexte d'une expertise s'y rapportant, que les questions idoines soient adressées à l'expert. Or, ni un assistant social ni le médecin traitant ne disposent des connaissances juridiques nécessaires pour conseiller utilement un assuré invité à se déterminer, comme en l'espèce, sur les questions soumises aux experts en relation avec le diagnostic de fibromyalgie.

Au vu de ce qui précède, il existe, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, une difficulté objective justifiant le recours à un avocat déjà au stade de la procédure d'expertise.

- b. Les chances de succès sur le fond ne peuvent être évaluées avant de connaître le résultat des constatations médicales.

Si tant est qu'il faille ainsi examiner les chances de succès sous l'angle limité de l'intervention de l'avocat dans la procédure d'expertise, il convient de relever que le questionnaire de l'intimé du 11 juillet 2012 nécessitait à l'évidence d'être complété et/ou reformulé. La question libellée comme suit: "En raison de la présence d'une fibromyalgie, merci d'analyser les critères de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de trouble somatoforme douloureux (arrêt du TF du 12.3.2004 I683/03)." ne paraît, par exemple, pas admissible. De jurisprudence constante, il est considéré que les médecins doivent s'exprimer sur des questions médicales et ne sont pas appelés à apporter une appréciation juridique sur leurs propres constatations. Par ailleurs, si un homme ou une femme de loi est en mesure de trouver aisément la jurisprudence visée par le questionnaire et d'identifier les critères posés dans celle-ci en matière de trouble somatoforme douloureux, il n'en va pas de même d'un médecin. Le conseil de la recourante a ainsi suggéré, à juste titre, de poser à l'expert des questions ciblées à cet égard (présence de troubles de la concentration, de la capacité d'adaptation et à supporter le stress, etc.). Il ne ressort pas de la procédure si l'intimé a modifié son questionnaire à l'intention des experts à la suite du courrier de la recourante. Toutefois, il apparaît, sous l'angle de la vraisemblance, que les perspectives que le questionnaire soit modifié sont notablement plus importantes que celles qu'il ne le soit pas. Un justiciable disposant des moyens d'assumer les frais d'un avocat ne renoncerait pas, dans de telles circonstances, à recourir à l'aide d'un avocat.

- c. L'indigence de la recourante a déjà été reconnue dans des décisions antérieures lui octroyant le bénéfice de l'assistance judiciaire. Par ailleurs, l'assurée a accompagné sa demande d'assistance judiciaire de pièces récentes relatives à sa situation financière (décompte et décisions de l'Hospice général, extraits de ses comptes bancaires, décision de taxation) d'où il ressort clairement que celle-ci ne s'est pas améliorée. L'intéressée ne dispose d'aucune fortune ni de revenu autre que les prestations d'aide publique, de sorte qu'elle ne peut faire face aux frais liés à l'intervention d'un avocat.
- d. Les conditions posées à l'octroi de l'assistance judiciaire sont ainsi, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, remplies.

La décision querellée refusant le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la mise en œuvre de l'expertise est donc annulée. Il va de soi que l'octroi de l'assistance judiciaire est limité aux aspects juridiques relatifs à l'expertise, tels la détermination sur les questions à poser, y compris dans le cadre d'un complément d'expertise. Le présent arrêt ne préjuge, en revanche, pas de l'étendue de l'assistance judiciaire, qu'il appartiendra à l'intimé de déterminer.

Le droit au bénéfice de cette aide résulte en l'espèce de l'art. 29 al. 3 Cst (et de sa concrétisation à l'art. 37 al. 4 LPGA). Partant, la question de savoir si, au-delà des droits accrus de participation à la procédure d'expertise institués par l'ATF 137 V 210, cette jurisprudence implique également des droits accrus en matière d'assistance judiciaire, peut demeurer indécise.

4. L'intimé, qui succombe, s'acquittera d'un émolument de 200 fr. (art. 69 al. 1bis LAI) et versera une indemnité de 500 fr. à la recourante à titre de dépens (art. 61 let. g LPGA).

* * *

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule partiellement la décision du 5 avril 2012.
3. Dit que la recourante doit être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'expertise conduite par l'intimé.
4. Nomme Me Pierre STASTNY comme avocat d'office pour l'assister dans cette démarche.
5. Met un émolument de 200 fr. à la charge de l'intimé.
6. Condamne l'intimé à verser le montant de 500 fr. à la recourante, à titre de dépens.
7. 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; RS 173.110); 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

Brigitte BABEL

La présidente

Florence KRAUSKOPF

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