

*Thema*

# L'INTERVENTION DE L'AVOCAT DANS LES PROCÉDURES AI



Alexis Overney Avocat, Spécialiste FSA Responsabilité civile et droit des assurances, Fribourg



Benoît Sansonnens Avocat, Spécialiste FSA Responsabilité civile et droit des assurances, Fribourg

**Mots-clés:** avocat, assurance-invalidité, assistance gratuite

Le premier auteur aborde le cadre juridique qui régit l'intervention d'un avocat dans une procédure administrative AI; il décrit également les conditions auxquelles un assuré peut prétendre à la désignation d'un conseil juridique gratuit. Le second auteur illustre par deux exemples tirés de sa pratique l'importance du rôle de l'avocat dans les procédures AI.

## I. Introduction

Les assurés tendent fréquemment à considérer une demande de prestations AI de façon aussi détachée que s'ils entamaient un processus en vue d'obtenir le permis de conduire. Ils remplissent un formulaire et partent du principe que leur atteinte à la santé sera aussi facilement établie que les conditions de base permettant d'obtenir un permis d'élève-conducteur.

Ce n'est que bien après quelques mois qu'ils commencent à déchanter. C'est alors qu'ils voient toute la complexité du système et des concepts qui sont appliqués. Tout cela finit par les dépasser. Ils ont le sentiment que l'administration est «contre eux», qu'il n'y a «aucune logique».

Certains vont alors aborder un avocat, dont le but sera de les conseiller au mieux. La présente contribution pose ainsi le cadre légal de l'intervention du mandataire d'un point de vue théorique (II), puis illustre cette intervention à l'aide de deux exemples tirés de la pratique (III).

## II. Le cadre légal

### 1. Le principe

Aux termes de [l'art. 37 LPGA](#), une partie peut en tout temps se faire représenter, à moins qu'elle ne doive agir personnellement ou se faire assister, pour autant que l'urgence d'une enquête ne l'exclue pas (al. 1). L'assureur peut exiger du mandataire qu'il justifie de ses pouvoirs par une procuration écrite (al. 2)<sup>1</sup>. Tant que la partie ne

Das Dokument "L'intervention de l'avocat dans les procédures AI" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 28.01.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

révoque pas la procuration, l'assureur adresse ses communications au mandataire (al. 3).

*La représentation* concerne les situations dans lesquelles une partie n'agit pas par elle-même, mais par l'intermédiaire d'un tiers<sup>2</sup>. Dans le sens ici retenu, il s'agit d'une représentation volontaire, et non de la représentation légale d'une partie (p. ex. la représentation d'un enfant par ses parents). *L'assistance* vise les situations dans lesquelles l'assuré accomplit lui-même les actes nécessaires à l'instruction de son dossier, mais en la présence d'une tierce personne, dont l'intervention n'est pas formalisée, mais dont la présence peut lui assurer aide ou réconfort<sup>3</sup>.

## 2. La représentation

### A) Généralités

À l'inverse du droit pénal, qui prévoit l'institution de la défense obligatoire<sup>4</sup>, *l'art. 37 LPGA n'oblige pas l'assuré à être représenté*<sup>5</sup>. Dans la pratique cependant, il appartient à l'assureur social de désigner un représentant à l'assuré s'il constate que celui-ci n'est pas apte à comprendre la portée de la procédure, resp. à défendre ses intérêts correctement<sup>6</sup>.

La représentation est en revanche *exclue* lorsque l'acte ou la mesure envisagée nécessite le concours de la personne assurée (examen médical, expertise externe, reclas-

sement professionnel, mesure d'observation, mesure relative au marché du travail). La décision relative à l'exclusion respectera le principe de la proportionnalité<sup>7</sup>.

Lorsqu'elle est admissible, la représentation n'est *pas limitée aux avocats*, pas plus qu'elle ne suppose de qualifications particulières de la part du représentant<sup>8</sup>. Dans les premières phases de la demande AI, elle sera souvent le fait du médecin traitant, des services sociaux, d'une fiduciaire, d'une association d'aide aux personnes handicapées<sup>9</sup>.

Pendant de *l'art. 11 al. 2 PA*, *l'art. 37 al. 2 LPGA* autorise l'assureur à exiger du mandataire qu'il justifie de ses pouvoirs par une procuration écrite; on déduit du texte légal que l'existence de cette procuration ne constitue pas une condition de validité des actes posés par le représentant<sup>10</sup>. En pratique, l'assureur social exigera une telle procuration, de même que si le dossier contient des éléments médicaux, il sollicitera du représentant qu'il justifie de la levée du secret médical<sup>11</sup>.

### B) Les effets de la représentation

*Sur le plan matériel*, la représentation a pour effet que les actes accomplis par le représentant produisent leurs effets dans le chef de l'assuré, comme s'il avait agi lui-même<sup>12</sup>.

*Sur le plan formel*, l'assureur doit, conformément à *l'art. 37 al. 3 LPGA*, adresser ses communications au représentant. Le terme «communication» doit être compris dans son acception la plus large: il vise toutes les correspondances survenant dans l'instruction du dossier<sup>13</sup>.

La violation de *l'art. 37 al. 3 LPGA* ne rend pas la communication nulle et non avenue. En revanche, l'assuré ne peut en pâtir: il peut de bonne foi considérer que son représentant a reçu la communication. Un délai ne saurait ainsi commencer à courir tant que la communication n'a pas été adressée au représentant<sup>14</sup>. Le Tribunal fédéral n'admet cependant que difficilement la nullité d'une mesure d'instruction prise en violation de *l'art. 37 al. 3*

### 3. L'assistance

L'[art. 37 al. 1 LPGA](#) prévoit, de façon générale, que l'assuré peut être assisté, à moins que l'urgence d'une enquête ne l'exclue. Pour autant, le droit pour un assuré d'être assisté durant les mesures d'instruction touchant sa personne est, même en dehors des cas d'urgence, nié par la jurisprudence<sup>16</sup>. L'assuré n'est ainsi pas autorisé à être assisté par un avocat<sup>17</sup> ou par un proche<sup>18</sup> lors d'une expertise médicale ordonnée sur la base de [l'art. 44 LPGA](#). Il en va de même de la présence d'un tiers lors de l'enquête ménagère conduite par l'assurance-invalidité<sup>19</sup> même si, en pratique, il est courant qu'un membre de la famille soit présent à ces occasions. Cette restriction posée par la jurisprudence est critiquée en doctrine<sup>20</sup>.

### 4. L'assistance gratuite d'un conseil juridique

Aux termes de [l'art. 37 al. 4 LPGA](#), lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur<sup>21</sup>.

#### A) L'obligation d'informer

Les assureurs sociaux devraient, en application de [l'art. 27 al. 2 LPGA](#), être tenus d'informer la personne assurée de l'existence de l'assistance gratuite lorsque, outre la difficulté du cas, l'affaire présente un état de fait complexe ou des questions juridiques auxquelles elle n'est pas apte à faire face en raison de circonstances qui tiennent à sa personne<sup>22</sup>. Le Tribunal fédéral a cependant rendu des arrêts contradictoires sur la question<sup>23</sup>. En vertu du principe de la subsidiarité de l'assistance juridique par rapport à l'aide apportée par les institutions sociales, la personne assurée doit être informée qu'elle doit présenter une demande auprès de ces dernières<sup>24</sup>.

#### B) Les conditions formelles

L'assistance d'un conseil juridique peut être requise par la personne assurée; elle peut également – ce qui est rarissime en pratique – être ordonnée par l'assureur social. Lorsque le droit à l'assistance d'un conseil gratuit est reconnu, le représentant doit être désigné en la personne d'un *avocat inscrit au registre*, conformément à [l'art. 8 al. 1 LLCA](#)<sup>25</sup>; la personne assurée n'a ainsi pas, sauf exception, le libre choix de son mandataire<sup>26</sup>. Le Tribunal fédéral a cependant admis qu'un avocat travaillant pour une organisation d'utilité publique<sup>27</sup>, voire un avocat étranger<sup>28</sup>, puisse être désigné. En revanche, les assurances de la protection juridique, les associations professionnelles et les syndicats ne remplissent pas les conditions requises<sup>29</sup>.

L'assistance peut être *demandée en tout temps*, avant ou durant la procédure<sup>30</sup>. Elle rétroagit au jour de la demande; elle peut s'étendre aux démarches urgentes entreprises peu avant la demande<sup>31</sup>.

La requête doit en principe être tranchée dans le cadre d'une *décision incidente*<sup>32</sup>, contre laquelle un recours – et non une opposition<sup>33</sup> – peut être formé devant les tribunaux des assurances institués par les cantons ([art. 56 al. 1 et 57 LPGA](#))<sup>34</sup>, resp. le Tribunal administratif fédéral pour les décisions rendues par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger ([art. 69 al. 1 let. b LAI](#) et 45 al. 1 let. a PA)<sup>35</sup>. Le jugement sur recours est également un jugement incident, susceptible de recours au Tribunal fédéral uniquement aux conditions de [l'art. 93 LTF](#)<sup>36</sup>.

Le rapport entre l'avocat et l'assuré relève *du droit privé*, et non du droit public<sup>37</sup>; en revanche, l'avocat d'office

accomplit une tâche étatique, de sorte que son rapport avec l'administration relève du droit public<sup>38</sup>.

### C) Les conditions matérielles

Les exigences posées pour la désignation d'un conseil juridique gratuit sont *plus sévères* dans le cadre de la procédure administrative que dans celui d'un recours à l'autorité judiciaire<sup>39</sup>: dans le premier cas, la désignation doit être *exigée* par les circonstances (art. 37 al. 4 LPGA), alors qu'elle doit seulement être *justifiée* par les circonstances dans le second. À défaut, une assistance devrait être reconnue pour toutes les procédures administratives, ce qui serait contraire à la conception de l'art. 37 al. 4 LPGA<sup>40</sup>. Selon la jurisprudence, *l'assistance d'un conseil juridique gratuit doit être objectivement nécessaire*; tel est le cas lorsque le dossier soulève des questions de fait ou de droit compliquées<sup>41</sup> ou lorsque les capacités (notamment linguistiques) de la personne assurée ne lui permettent pas de comprendre la procédure<sup>42</sup>.

Bien que l'art. 37 al. 4 LPGA ne le mentionne pas, *la partie doit être dans le besoin*. Cette condition est examinée à l'aune des mêmes critères que ceux qui relèvent de l'assistance d'un défenseur d'office dans une procédure judiciaire<sup>43</sup>. Tel est le cas lorsqu'elle n'est pas en mesure d'assumer les frais d'un procès sans devoir puiser dans les ressources nécessaires à une vie normale et modeste pour elle-même et sa famille<sup>44</sup>. Les conditions financières existant au moment du dépôt de la requête sont détermi-

---

Anwaltsrevue|Revue de l'avocat 1/2022 | S. 15–20 18 | ↑

---

nantes<sup>45</sup>. Les besoins vitaux à prendre en compte sont légèrement supérieurs au minimum vital du droit des poursuites<sup>46</sup>. On tiendra compte des revenus de l'ensemble des membres de la famille<sup>47</sup>, ainsi que de la fortune<sup>48</sup>, pourvu que celle-ci soit disponible<sup>49</sup>. Si la partie bénéficie d'une assurance de la protection juridique, il n'y a pas lieu, en principe, d'admettre qu'elle se trouve dans le besoin<sup>50</sup>.

Pour le Tribunal fédéral, il faut en outre que *les prétentions aient des chances de succès*<sup>51</sup>, même si cette conception paraît discutable<sup>52</sup>. Des conclusions paraissent vouées à l'échec lorsque les perspectives de succès sont nettement inférieures au risque de rejet, de telle sorte qu'une personne raisonnable disposant de ressources propres ne prendrait pas le risque, après mûre réflexion, d'engager ou de poursuivre une procédure<sup>53</sup>. Les chances de succès ne peuvent être déniées lorsque la cause pose des questions délicates ou complexes et que son issue est incertaine; l'autorité procédera alors à une appréciation anticipée et sommaire des preuves, sans pour autant instruire le procès à titre préjudiciel<sup>54</sup>. Les chances de succès à prendre en compte sont celles qui existaient au moment du dépôt de la requête<sup>55</sup>.

### D) La rémunération du conseil juridique

L'art. 12a OPGA renvoie, pour la rémunération du conseil juridique, aux art. 8 à 13 du règlement du 11.12.2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral<sup>56</sup>. La *fourchette des honoraires est comprise entre CHF 200.– et CHF 400.– pour une heure de travail*, hors TVA<sup>57</sup>. L'autorité peut revoir à la baisse le nombre d'heures de travail<sup>58</sup>. L'indemnité est *due directement au conseil d'office*<sup>59</sup>, qui a seul la qualité pour recourir<sup>60</sup>.

Si l'assuré revient à meilleure fortune, *on ne saurait exiger de lui qu'il rembourse* les coûts de l'assistance gratuite d'un avocat pour la procédure administrative, ni lui retirer rétroactivement l'assistance de cet avocat<sup>61</sup>.

### E) La casuistique

La jurisprudence du Tribunal fédéral comporte une casuistique importante; on se reportera, à cet égard, aux nombreux exemples cités par Anne-Sylvie Dupont<sup>62</sup>. On ajoutera que, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a

Das Dokument "L'intervention de l'avocat dans les procédures AI" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 28.01.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

estimé que, en matière d'assurance-invalidité, l'assistance gratuite d'un conseil juridique pour la procédure administrative doit être admise dans un cas qui, après renvoi à l'office AI par le tribunal cantonal, comporte de nombreuses questions médicales et économiques compliquées, qui est instruit depuis neuf ans. Une requête dans ce sens ne peut être rejetée au motif que ces questions se posent communément dans une procédure ayant pour objet les prestations de l'assurance-invalidité<sup>63</sup>.

### III. Rôle et utilité de l'avocat dans les procédures AI: deux exemples pratiques

#### 1. Généralités

L'art. 43 al. 1 LPGA prévoit expressément que la procédure en matière d'assurances sociales est soumise à la maxime inquisitoire, certes tempérée par l'obligation de renseigner et de collaborer de l'assuré et des tiers résultant de l'al. 3 de cette disposition<sup>64</sup>. Dans ce contexte, on pourrait légitimement se poser la question de savoir pourquoi un avocat devrait intervenir, dans la mesure où l'assureur concerné (et donc l'Office AI compétent) est censé instruire tant à charge qu'à décharge de l'assuré.

Ce tableau quasi-idyllique de la procédure ne correspond toutefois manifestement pas à la réalité vécue tant par les assurés que par les avocats rompus à ce type de procédure. Dans la pratique, nous pouvons même affirmer que l'avocat diligent et prudent a tout intérêt à alléguer les

---

Anwaltsrevue|Revue de l'avocat 1/2022 |S. 15–20 19 | ↑

---

faits en faveur de son mandant de façon aussi soignée que dans la procédure civile, c'est-à-dire en ayant à l'esprit la maxime des débats.

Bien que les textes légaux soient clairs, il faut avoir à l'esprit que la contrainte budgétaire peut clairement avoir des effets délétères sur l'application du droit. Ainsi, si un assuré veut mettre les chances de son côté, il a tout intérêt à produire lui-même des rapports médicaux pertinents, faute de quoi l'assureur risque de botter rapidement en touche et de refuser toute prestation. Au surplus, il est important d'analyser avec acuité les documents établis par l'AI, car il n'est pas rare que l'administration fasse des déductions à tout le moins étonnante de certains rapports qu'elle a pourtant fait elle-même établir.

Dans ce contexte, nous présentons deux cas quasiment d'école, dont l'un concerne la transposition d'un état de fait médical dans l'appréciation de l'exigibilité et l'autre la façon d'apprécier la documentation médicale d'un assuré atteint dans sa santé psychique.

#### 2. Appréciation de l'exigibilité: arrêt 603 2017 243 & 244 du 31.8.2018 du TC/FR

##### A) Le contexte

Depuis plusieurs années, l'assurée A souffre de plusieurs atteintes à la santé, notamment orthopédiques, qui équivalent à une diminution de rendement de 20%. Dans le cadre d'une nouvelle demande, elle fait valoir une nouvelle atteinte à la santé constituée par des troubles gastroentérologiques. En clair, elle souffre de diarrhées à répétitions, de flatulences qui dégagent une odeur désagréable et d'une faiblesse généralisée due précisément au fait que les diarrhées n'évacuent pas que du liquide, mais aussi des éléments nutritifs. Cette assurée est suivie

Das Dokument "L'intervention de l'avocat dans les procédures AI" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 28.01.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

par un professeur de gastroentérologie, qui est une véritable pointure dans son domaine. Selon lui, le rendement de sa patiente n'est pas supérieur à 50%.

Le médecin du SMR se livre à de savants calculs. Il estime que l'assurée ne prend que 12 minutes en moyenne par heure pour aller aux toilettes, ce qui entraînerait une diminution de 20%<sup>65</sup> de son rendement. Ces 20% ne devraient pas être additionnés à ceux provenant des autres troubles. Ainsi, cette diminution de rentabilité globale de 20% au maximum ne devrait pas donner droit à une rente AI, de sorte que l'Office AI a rendu un préavis, puis une décision de refus de toute prestation.

## **B) Intervention de l'avocat**

Dans le cadre du recours, l'avocat a volontairement mis l'accent sur les véritables élucubrations du SMR quant à l'exigibilité en agissant sur deux tableaux:

- Il a demandé des débats publics dans une pièce aux fenêtres fermées (sic!), afin que l'on se rende compte que l'assurée n'était pas en mesure de travailler avec des tiers à cause du dégagement de mauvaises odeurs par celle-ci. Cette requête peut sembler loufoque au lecteur de la présente contribution. Elle avait toutefois pour but de rendre le TC/FR attentif aux véritables désagréments subis par l'assurée et par les tiers de façon indirecte.
- Il a adressé un questionnaire fouillé au gastroentérologue traitant, afin qu'il se détermine sur les conséquences quotidiennes des troubles de sa patiente. Ce professeur a bien joué son rôle. D'une part, il a livré un avis scientifique fouillé. D'autre part, il a illustré son propos par des exemples concrets, en relevant qu'une personne sujette à une grippe intestinale ne pouvait pas livrer de bonnes prestations de travail, à cause d'un épuisement. Tel était d'autant plus le cas de sa patiente, qui était constamment, pour ainsi dire, dans un état grippal.

## **C) L'arrêt du TC/FR**

Les juges cantonaux ont accepté les arguments de la recourante. Ils ont aussi compris son agacement (et celui du mandataire), de sorte qu'ils ont immédiatement corrigé la décision attaquée en retenant une incapacité de 50%, l'Office AI étant chargé de calculer le taux et le montant de la rente. Celui-ci a finalement décidé d'octroyer une demi-rente, l'incapacité correspondant en l'espèce au taux d'invalidité.

## **D) Appréciation**

Dans ce type de dossier, le rôle de l'avocat est capital. D'une part, il est important de faire passer une notion de «bon sens», lorsque l'administration propose des raisonnements à tout le moins alambiqués. Il fallait démontrer par l'absurde que les troubles gastroentérologiques survenaient fréquemment et à intervalles irréguliers, de sorte qu'on ne pouvait retenir que l'assurée prenait méthodiquement des pauses de 12 minutes par heure pour se rendre aux toilettes. D'autre part, il était nécessaire de faire établir un rapport précis par le gastroentérologue, car il est évident qu'un simple document établissant le diagnostic, sans véritables explications sur les limitations fonctionnelles, n'aurait certainement pas permis d'obtenir le même résultat. Nous aurions tout au plus pu obtenir un renvoi pour complément d'instruction, ce qui aurait conduit l'Office AI à diligenter une expertise avec les risques et les longs délais que l'on connaît.

## **3. La querelle des experts et des avis médicaux: arrêt 605 2020 97 du 19.1.2021 du TC/FR**

## A) Le contexte

L'assuré B est atteint depuis de nombreuses années dans sa santé psychique. C'est une personne volontaire. Ainsi, il a fait front par rapport à une grave dépression, de sorte que, en 2013, l'Office AI rend logiquement une décision de refus. D'ailleurs, il avait retrouvé un emploi stable et payé convenablement eu égard à l'activité antérieure. La situation s'est ensuite empirée et une controverse a eu lieu quant au diagnostic. L'expert mandaté par l'assurance perte de gain a admis un trouble schizo-affectif engen-

---

Anwaltsrevue|Revue de l'avocat 1/2022 |S. 15–20 20 | ↑

---

drant une incapacité de travail totale. Ce diagnostic a été repris par le psychiatre traitant et par les médecins de l'hôpital psychiatrique qui a soigné l'assuré. Seul l'expert engagé par l'Office AI a soutenu qu'il ne s'agissait que d'une dépression et que l'on pouvait soigner ce trouble.

Dans un premier arrêt<sup>66</sup>, le TC/FR soutient l'assuré et écarte l'avis de l'expert. Cet arrêt est combattu par l'Office AI auprès du TF<sup>67</sup>, qui admet le recours et renvoie le dossier au TC/FR pour nouvelle instruction dans le sens des considérants. Malgré le nombre impressionnant d'avis allant à l'encontre de celui de l'expert, le TF estime que ce n'est pas encore suffisant pour ne pas diligenter une contre-expertise.

Le TC/FR va essayer de remettre l'affaire à plus tard, en envisageant de charger l'Office AI de diligenter une contre-expertise. Finalement, faisant sien les arguments de l'avocat, il se charge lui-même de cette mesure d'instruction, qui sera favorable à l'assuré, lequel obtient une rente entière avec effet au 1.2.2015.

## B) Intervention de l'avocat

L'intervention de l'avocat s'est avérée capitale à deux niveaux:

- Une fois de plus, on a dû constater que l'on vit dans une sorte de «dictature de l'expertise». En l'espèce, nous avons non seulement de nombreux avis médicaux de médecins spécialistes traitants qui convergent, mais encore une expertise diligentée par un assureur privé, qui respecte peu ou prou les mêmes règles que celles imposées aux expertises des assureurs sociaux. D'ailleurs, cet expert mandaté par l'assureur privé a officié à maintes reprises en matière d'AI, de sorte qu'il emploie forcément les mêmes schémas de résolution des cas qui lui sont soumis. Malgré cela, le TF estime qu'une contre-expertise est indispensable pour contrer l'avis bien marginal de l'expert désigné par l'Office AI. C'est peu dire que l'avocat a dû livrer un travail très conséquent pour susciter un doute suffisant au moins pour faire diligenter une contre-expertise. Il est donc de première importance de préparer des questionnaires précis pour les médecins traitants, afin qu'ils donnent des réponses exploitables dans le cadre d'une procédure.
- Lorsque le TF a renvoyé le dossier au TC, il était capital de faire en sorte que cette autorité diligente elle-même la contre-expertise. En effet, cela permettait que l'on désigne un expert susceptible de livrer un rapport plus indépendant que ceux habituellement choisis par les Offices AI. Sans vouloir entrer dans des polémiques qui ont plus leur place dans l'arène politique que dans un article spécialisé, il n'en reste pas moins qu'il est notoire que le fait de pouvoir avoir réellement voix au chapitre dans la désignation d'un expert comporte des avantages importants. En effet, lorsque l'Office AI propose de désigner un expert, il existe peu de possibilités de refuser cette désignation. Mises à part des questions de récusation ou celles relevant du type de spécialiste à désigner, il faut souvent se résoudre à accepter le nom proposé par l'administration.

## C) Appréciation

Le contexte est indéniablement tendu pour les assurés, le TF interprétant de manière plutôt sévère les conditions légales permettant d'obtenir des prestations. Si un dossier n'est pas suffisamment étayé par l'assuré, resp. son

Das Dokument "L'intervention de l'avocat dans les procédures AI" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 28.01.2022 auf der Website [anwaltsrevue.recht.ch](http://anwaltsrevue.recht.ch) erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

représentant, il y a de fortes chances pour que l'on se focalise sur une expertise diligentée par l'Office AI, sans même la remettre en question. En l'espèce, il était piquant de constater que, dans le premier tour, le SMR ne remettait nullement en cause la première expertise. En revanche, dans le second tour, soit après la reddition de la contre-expertise, il a subitement changé son fusil d'épaule. C'est peu dire que l'avocat doit donner du bon grain à moudre s'il veut obtenir une farine à la convenance de son mandant. Dans le cas contraire, on devra se contenter d'une infâme lavasse qui ne suffira pas à nourrir l'argumentation de l'assuré.

## IV. Conclusion

La procédure AI est complexe. Elle comporte de nombreux enjeux. L'avocat apparaît dès lors comme l'indispensable contrepoids face à une administration disposant de moyens considérables. Dans une telle constellation, il serait opportun que l'on admette plus facilement le droit à un avocat d'office dès le début de la procédure administrative. D'une part, cela permettrait de garantir une meilleure équité entre les assurés fortunés et ceux indigents. D'autre part, si un avocat intervient à la première heure, on garantit réellement une instruction à charge et à décharge, ce qui pourrait éviter de surcharger les tribunaux, dont la tâche première n'est certainement pas de devoir renvoyer des dossiers pour compléter une instruction, voire de faire l'instruction eux-mêmes.

Au surplus, n'oublions pas que derrière les numéros de dossiers se cachent des êtres humains bien souvent en souffrance. Est-ce admissible qu'un assuré doive attendre plus de cinq ans pour être fixé sur son sort, étant relevé que, pendant ce laps de temps, il doit souvent faire appel à l'aide sociale? La réponse se laisse deviner... Or, si l'on instruit d'emblée correctement un dossier grâce à l'intervention d'un avocat, on gagne aussi un temps précieux.

---

<sup>1</sup> Le droit d'exiger une procuration du mandataire relève du pouvoir d'appréciation de l'assureur (arrêt du Tribunal fédéral C.62/2007 du 26.9.2007, consid. 4).

<sup>2</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 9.

<sup>3</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 10.

<sup>4</sup> [Art. 130 CPP](#).

<sup>5</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 17; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 7.

<sup>6</sup> Par application analogique de [l'art. 41 LTF](#); CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 17; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 8.

<sup>7</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 19; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 18.

<sup>8</sup> Ce qui n'est pas le cas de l'assistance judiciaire, cf. ch. 4 let. B ci-dessous.

<sup>9</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 8; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 8.

<sup>10</sup> Considérer ces actes comme nuls et non avenues serait constitutif de formalisme excessif. L'assureur doit dès lors fixer un délai au représentant pour produire la procuration; cf. CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 21.

<sup>11</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 23; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 8.

<sup>12</sup> Soit notamment les décisions ([art. 49 LPGA](#)), les décisions sur opposition ([art. 52 al. 2 LPGA](#)), les communications intervenant dans le cadre d'une procédure simplifiée ([art. 51 LPGA](#)), les mises en demeure (p. ex. [art. 21 al. 4 LPGA](#)), les convocations, etc.; cf. CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 51.

<sup>13</sup> CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 21; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 8.

<sup>14</sup> Arrêts (du Tribunal fédéral) [9C\\_18/2016](#) du 7.10.2016, consid. 5.3.1 et [9C\\_387/2014](#) du 10.9.2014, consid. 3.2; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 27.

<sup>15</sup> Ainsi, une expertise médicale exécutée par un COMAI sans que le nom des experts n'ait été communiqué au préalable au représentant de l'assuré a-t-elle été considérée comme valable; cf. arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_49/2014](#) du 29.10.2014, consid. 2.1; cf. ég. CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 81.



- 16 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 12.
- 17 [ATF 132 V 443](#).
- 18 Arrêt (du Tribunal fédéral des assurances) [I 42/06](#) du 26.6.2007 consid. 4.5; le Tribunal fédéral des assurances précise cependant que l'expert doit avoir la marge de manœuvre suffisante pour décider si, en raison des circonstances, le concours d'un membre de la famille est nécessaire dans le cadre de l'hétéro-anamnèse.
- 19 Arrêts (du Tribunal fédéral) [8C\\_504/2014](#) du 29.9.2014 consid. 5.2.2 et [4C\\_48/2013](#) du 9.7.2013 consid. 4.2.
- 20 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 15; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 5.
- 21 Cette assistance est également prévue par [l'art. 61 let. f LPGA](#) pour la procédure devant les tribunaux cantonaux des assurances, par [l'art. 65 al. 2 PA](#) pour le recours au Tribunal administratif fédéral et par [l'art. 64 LTF](#) pour le recours au Tribunal fédéral.
- 22 Michel Valterio, Commentaire de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI), Genève/Zurich 2018, N 23 p. 725; dans le même sens: CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 40; arrêt (du Tribunal fédéral) [P 44/06](#) du 5.2.2007 consid. 5.3.2.
- 23 Obligation niée dans l'arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_167/2015](#) du 9.9.2015 consid. 3.3.3; obligation admise dans l'arrêt du Tribunal fédéral [9C\\_52/2015](#) du 3.7.2015 consid. 4.2.1.
- 24 Michel Valterio, op. cit., N 23 p. 725; arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_878/2012](#) du 26.11.2012, consid., 3.6.2; [ATF 132 V 201](#) consid. 4.1; [ATF 125 V 34](#) consid. 2; [ATF 117 V 235](#) consid. 5b; [ATF 114 V 236](#) consid. 5b.
- 25 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 41; Michel Valterio, op. cit., N 28 p. 728.
- 26 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 41; dans certains cas toutefois, la jurisprudence admet que la personne assurée puisse faire appel à un avocat de son choix, p. ex. lorsqu'il existe un rapport de confiance particulier ou que le mandataire a déjà agi dans une précédente procédure, ou en cas de difficultés linguistiques (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral [C-4032/2014](#) du 3.11.2016 consid. 2.14).
- 27 [ATF 135 I 1](#); consid. 7.4.1 (la question avait été laissée ouverte dans [l'ATF 132 V 200](#) consid. 5.2.3); CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 42; Michel Valterio, op. cit., N 28 p. 728.
- 28 Arrêt du Tribunal administratif fédéral [C-4032/2014](#) du 3.11.2016 consid. 3.9. Le ch. 2059 de la Circulaire sur le contentieux dans l'AVS, l'AI, les APG et les PC (CCONT), OFAS, état au 1.4.2013, l'admet également, pour autant que l'organisation poursuive un but d'utilité publique, qu'elle propose l'assistance judiciaire sans exiger de défraiement considérable et qu'elle ait pour but la défense des intérêts spécifiques dans le domaine du droit social.
- 29 Ch. 2059 CCONT.
- 30 La demande doit être présentée par le biais du formulaire prévu à cet effet (annexe 1 CCONT).
- 31 Michel Valterio, op. cit., N 21 p. 724.
- 32 Décision d'ordonnement de la procédure au sens de [l'art. 52 al. 1 LPGA](#), cf. Michel Valterio, op. cit., N 32 p. 729.
- 33 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 44.
- 34 [ATF 131 V 153](#); arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_674/2011](#) du 3.8.2012 consid. 2.
- 35 Michel Valterio, op. cit., N 32 p. 729; cf. ég. Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 28. La décision doit dans tous les cas intervenir au plus tard simultanément avec la décision sur opposition; cf. ch. 2060 CCONT.
- 36 Arrêt (du Tribunal fédéral) [9C/786/2017](#) du 21.2.2018 consid. 1; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 44.
- 37 [ATF 143 III 10](#) consid. 3.2.1; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 43.
- 38 [ATF 132 V 200](#), consid. 5.1.4; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 44; Michel Valterio, op. cit., N 31 p. 729.
- 39 Arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_908/2012](#) du 23.2.2013 consid. 6 et les références; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 31 s.; Michel Valterio, op. cit., N 22 p. 724.
- 40 Arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_316/2014](#) du 17.6.2014 consid. 3.1 et les références; Michel Valterio, op. cit., N 22 p. 724.
- 41 Arrêt (du Tribunal fédéral) [8C\\_760/2016](#) du 3.3.2017 consid. 3.2; [ATF 130 I 182](#) consid. 2.2; [ATF 15 V 32](#); [ATF 13 I 147](#); arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_161/2011](#) du 3.5.2005; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 33. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la représentation par un avocat dans le cadre de la procédure administrative n'était obligatoire que dans des cas exceptionnels: [ATF 132 V 201](#) consid. 3.1; [ATF 117 V 408](#) consid. 5a; [ATF 114 V 238](#) consid. 6.
- 42 Arrêt (du Tribunal fédéral) [8C\\_29/2013](#) du 11.6.2013 consid. 5.2.1; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 33; Michel Valterio, op. cit., N 27 p. 727. Le fait qu'une décision formelle ait été rendue et contre laquelle la personne assurée peut faire opposition ne justifie cependant pas à lui seul la désignation d'un conseil gratuit; arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_991/2008](#) du 18.5.2009 consid., 4.4.1.
- 43 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 35; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 37 et 41.
- 44 Arrêt du Tribunal fédéral [9C\\_423/2017](#) du 10.7.2017, qui précise en outre que des frais d'entretien plus bas doivent être pris en

- considération en cas de domicile à l'étranger; arrêt du Tribunal fédéral [9C\\_253/2009](#) du 11.1.2010; arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_530/2008](#) du 25.9.2008; arrêt du Tribunal fédéral [H\\_27/05](#) du 22.1.2007. Dans un arrêt [I\\_167/05](#) du 15.4.2005, le Tribunal fédéral a jugé que cette condition pouvait être considérée comme juste remplie («gerade noch gewährt werden kann») dans le cas d'un excédent mensuel de CHF 208.85; avec un excédent de CHF 534.– par mois (arrêt du Tribunal fédéral [U\\_114/03](#) du 3.7.2003) et de CHF 331.60 (arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_530/2008](#) du 25.9.2008), la personne n'a pas été jugée se trouver dans le besoin.
- 45 Michel Valterio, op. cit., N 25 p. 726. L'État ne peut exiger de la partie qu'elle puise dans sa «réserve de secours», laquelle s'apprécie en fonction des circonstances concrètes: cf. arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_701/2009](#) du 11.3.2010 consid. 4.2.2; arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_470/2016](#) du 16.12.2016 consid. 4.2.
- 46 ATF 118 la 370; [ATF 106 la 82](#). L'annexe 2 CCONT précise les critères à prendre en compte pour déterminer le besoin; l'annexe 3 CCONT donne deux exemples de calcul.
- 47 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 35; arrêt (du Tribunal fédéral) [9C\\_659/2016](#) du 17.1.2017 consid. 4.2 et 5.3. Pour la prise en compte des revenus de l'autre époux: ATF 115 la 195; ATF 108 la 10; ATF 103 la 101. Pour les concubins, le Tribunal fédéral procède par analogie lorsqu'ils ont des enfants communs ([ATF 130 III 765](#)), mais opère un calcul séparé en l'absence d'enfants communs; cf. arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_1008/2012](#) du 24.5.2013.
- 48 Arrêt du Tribunal fédéral [4A\\_148/2013](#) du 20.6.2013; ATF 119 la 12; ATF 118 la 370.
- 49 Michel Valterio, op. cit., N 25 p. 726.
- 50 Arrêt du Tribunal fédéral [U\\_297/00](#) du 17.11.2000.
- 51 Arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_636/2016](#) du 17.1.2017 consid. 8; [ATF 140 V 521](#) consid. 9.1; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 35; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 37.
- 52 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 37 ss.
- 53 [ATF 140 V 521](#) consid. 9.1 et 9.2; arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_581/2007](#) du 4.6.2008; arrêt du Tribunal fédéral [I\\_319/05](#) du 14.8.2006 consid. 3.4.2; Michel Valterio, op. cit., N 26 p. 727. La procédure n'est pas vouée à l'échec lorsque les chances de succès et les risques de rejet s'équilibrent; cf. CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 36.
- 54 Michel Valterio, op. cit., N 26 p. 727.
- 55 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 36.
- 56 FITAF; [RS 173.320.2](#).
- 57 [Art. 10 al. 2 FITAF](#), applicable à l'avocat d'office en vertu du renvoi de l'[art. 12 FITAF](#); cf. CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 45. Le Tribunal fédéral a jugé qu'un tarif horaire de CHF 160.– violait le droit fédéral et qu'un tarif de CHF 200.–, hors TVA, était conforme aux exigences de celui-ci; [ATF 131 V 153](#), consid. 6.2 et 7.
- 58 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 44. L'autorité peut tenir compte du fait que l'avocat travaille dans deux procédures connexes, d'où un effet de synergie; cf. arrêt (du Tribunal fédéral) [8C\\_48/2016](#) du 15.3.2016, consid. 4.2.
- 59 [ATF 140 V 116](#) consid. 2 à 4; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 46; Michel Valterio, op. cit., N 31 p. 729.
- 60 Arrêt du Tribunal fédéral [8C\\_760/2016](#) du 3.3.2017, consid. 5; CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 46; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, art. 37 N 46 et 48; Michel Valterio, op. cit., N 31 p. 729.
- 61 [ATF 144 V 97](#). À noter que le projet de révision de la LPGA prévoyait d'introduire une obligation de remboursement, à laquelle le Conseil fédéral a finalement renoncé; cf. CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 47 et référence citée.
- 62 CR LPGA-Anne-Sylvie Dupont, [art. 37 LPGA](#) N 33 s. et références citées.
- 63 Arrêt du Tribunal fédéral [9C\\_140/2020](#) du 18.1.2021.
- 64 CR LPGA-Jacques Olivier Piguet, [art. 43 LPGA](#) N 9 à 12.
- 65 12 divisés par 60 égalent 0.2, donc 20%.
- 66 Arrêt 605 2018 126 du 24.9.2016 rendu par le TC/FR.
- 67 Arrêt [9C\\_720/2019](#) du 13.5.2020 rendu par le TF.