



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2222/2004

ATAS/507/2005

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 7 juin 2005**

**En la cause**

**FONDATION DES SERVICES D'AIDE ET DE SOINS A  
DOMICILE**, avenue Cardinal-Mermillod 36; Case postale 1731,  
1227 CAROUGE, représentée par Maître MARTIN-ACHARD  
Pierre

demanderesse

**contre**

Y \_\_\_\_\_ SA

défenderesse

**Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS DOGNON, Présidente, Mmes Doris WANGELER et  
Juliana BALDE, juges.**

---

### **EN FAIT**

1. En date du 28 mai 2001, la Fondation des services d'aide et de soins à domicile (ci-après FSASD) a conclu avec la société ACCORDA Assurance maladie SA (ci-après ACCORDA) un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières maladie selon la LCA, pour l'ensemble de son personnel. La gestion des sinistres a été confiée à la société X\_\_\_\_\_ SA, sise à Carouge (ci-après X\_\_\_\_\_).
2. Le contrat prévoit qu'en cas d'incapacité de travail d'un employé la FSASD continue à lui verser son salaire. Elle est remboursée par ACCORDA sur la base de demandes de remboursement établies à intervalles réguliers, par X\_\_\_\_\_. Le versement d'indemnités journalières est prévu pendant un maximum de 730 jours compris dans une période de 1'095 jours consécutifs. Le montant annuel des primes était de 2'135'245 fr. 80. Le contrat est entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2001.
3. En date du 22 septembre 2003, ACCORDA a déclaré résilier le contrat pour sa prochaine échéance, soit au 31 décembre 2003.
4. ACCORDA a procédé au remboursement des prestations sur la base des décomptes qui lui avaient été transmis de façon régulière jusqu'au mois de décembre 2003, un dernier paiement étant intervenu en date du 30 janvier 2004 concernant la période de décomptes du 15 au 30 novembre 2003.
5. ACCORDA a connu d'importantes difficultés financières, qui ont conduit à une décision du Département fédéral de l'intérieur du 3 septembre 2003, lui retirant l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale. Cette décision a été confirmée par arrêt du Tribunal fédéral des assurances le 26 février 2004.
6. Dès janvier 2004, un important échange de correspondances a eu lieu entre la FSASD et ACCORDA, vu la suspension des paiements par cette dernière.
7. En date du 21 juin 2004, l'Office fédéral des assurances privées (ci-après OFAP) a rendu une décision par laquelle il transférait à la Y\_\_\_\_\_ SA (ci-après CSS) la fortune liée d'ACCORDA, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2004. Cette décision réglait les modalités du transfert. Ainsi, la CSS s'obligeait dès le 1<sup>er</sup> juillet 2004 à couvrir tout nouveau sinistre survenu dès cette date, ainsi qu'à assumer la prise en charge de sinistres survenus avant cette date, et qui étaient soit en cours d'examen, soit qui avaient fait l'objet d'une déclaration tardive. Le transfert de la fortune était fait valeur 1<sup>er</sup> juillet 2004. Sur demande, l'OFAP a précisé, par courrier du 8 juillet 2004 adressé à la FSASD, que la fortune liée et le portefeuille d'assurés avaient été transférés auprès de CSS en même temps que les obligations nées des contrats d'assurance jusqu'au 30 juin 2004, de sorte qu'il appartenait à la CSS de régler les sinistres survenus jusqu'au 30 juin 2004, même si a posteriori il devait se révéler

que la fortune liée d'ACCORDA était calculée de manière insuffisamment prudente.

8. Par pli du 14 juillet 2004, CSS a demandé à la FSASD de lui faire parvenir directement toutes les demandes de paiement des indemnités journalières. Il était demandé également à la direction de X \_\_\_\_\_ de transmettre les dossiers des cas en cours.
9. Malgré plusieurs demandes écrites de la FSASD, la CSS n'a procédé à aucun remboursement. Le décompte des sommes dues, arrêtées au 14 juillet 2004, a été transmis à CSS à mi-juillet 2004.
10. Par acte du 29 octobre 2004, la FSASD agit en paiement contre CSS pour le montant dû au 30 septembre 2004, soit 2'148'052 fr. 23. Considérant que les demandes de remboursement étaient devenues exigibles 4 semaines après l'envoi par X \_\_\_\_\_ des demandes de remboursement à ACCORDA, selon l'article 41 alinéa 1 LCA, la FSASD concluait précisément au paiement des montants suivants :
  - 297'129 fr. 70 avec intérêts à 5% dès le 13 janvier 2004 (décompte n° 1)
  - 70'511 fr. 15 avec intérêts à 5% dès le 29 mars 2004 (décompte n° 2)
  - 20'714 fr. 05 avec intérêts à 5% dès le 12 avril 2004 (décompte n° 3)
  - 205'926 fr. 35 avec intérêts à 5% dès le 29 avril 2004 (décompte n° 4)
  - 293'473 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 13 mai 2004 (décompte n° 5)
  - 230'775 fr. 70 avec intérêts à 5% dès le 31 mai 2004 (décompte n° 6)
  - 127'567 fr. 10 avec intérêts à 5% dès le 14 juin 2004 (décompte n° 7)
  - 53'795 fr. 55 avec intérêts à 5% dès le 29 juin 2004 (décompte n° 8)
  - 243'727 fr. 13 avec intérêts à 5% dès le 13 juillet 2004 (décompte n° 9)
  - 92'044 fr. 55 avec intérêts à 5% dès le 29 juillet 2004 (décompte n° 10)
  - 67'265 fr. 95 avec intérêts à 5% dès le 12 août 2004 (décompte n° 11)
  - 95'472 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 31 août 2004 (décompte n° 12)
  - 31'264 fr. 90 avec intérêts à 5% dès le 13 septembre 2004 (décompte n° 13)
  - 102'154 fr. 75 avec intérêts à 5% dès le 29 septembre 2004 (décompte n° 14)
  - 104'207 fr. 05 avec intérêts à 5% dès le 13 octobre 2004 (décompte n° 15)

– 112'022 fr. avec intérêts à 5% dès le 29 octobre 2004 (décompte n° 16).

Par ailleurs, la FSASD demandait à être autorisée d'amplifier ses conclusions, le montant exact des prétentions de la FSASD ne devenant définitif que 1'095 jours après le 31 décembre 2003, soit au 30 décembre 2006. Elle concluait également à la condamnation de CSS en tous les frais de la procédure, avec suite de dépens.

11. Par pli du 11 novembre 2004, la FSASD a amplifié sa demande d'un montant supplémentaire de 95'593 fr. 70, correspondant au remboursement dû pour le mois d'octobre 2004, portant intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> novembre 2004 (décompte n° 17 et 18).
12. Par ordonnance du 18 novembre 2004, le Tribunal de céans a rejeté la demande de report du délai pour répondre de la CSS au 31 décembre 2004, mais prolongé celui-ci à bien plaisir au 10 décembre 2004, et ordonné la comparution personnelle des parties.
13. Par pli du 7 décembre 2004, la FSASD a amplifié sa demande d'un montant supplémentaire de 151'356 fr. 30 dû pour le mois de novembre 2004, et portant intérêts à 5% dès le 1<sup>er</sup> décembre 2004 (décompte n° 19 et 20).
14. Par écriture du 10 décembre 2004, CSS a conclu à ce que la demande soit déclarée mal fondée et, reconventionnellement, à ce qu'il soit dit et constaté que la FSASD doit à la CSS la somme de 520'211 fr. 53, enfin, à ce qu'il soit statué sans frais. Elle considère, en substance, que la FSASD n'a pas qualité pour agir, puisque l'article 87 LCA donne un droit propre au bénéficiaire de l'assurance, dès la survenance d'un accident ou d'une maladie, contre l'assureur. Certes, le contrat prévoit le versement des prestations en main du preneur d'assurance, sous réserve de l'exercice du droit direct de l'assuré, cependant, selon la jurisprudence, cette disposition n'est applicable qu'aux modalités d'encaissement des cotisations et des versements d'indemnités journalières. Il s'agit donc d'un droit d'encaisser les indemnités journalières qui restent dues aux assurés et non à l'employeur, preneur d'assurance. Par ailleurs, la FSASD doit encore 520'211 fr. 53 à ACCORDA à titre de décompte définitif de primes 2003, qui devront lui être versés, les intérêts moratoires étant réservés.
15. Vu la demande reconventionnelle, le Tribunal a, par ordonnance du 15 décembre 2004, fixé un délai à la FSASD pour répondre au 15 janvier 2005, et reporté la tenue de l'audience de comparution personnelle des parties.
16. Dans sa réponse du 14 janvier 2005, la FSASD reprend ses conclusions sur demande principale. Sur demande reconventionnelle, elle conclut à son irrecevabilité, à titre préalable, à son rejet, à titre principal, avec suite de dépens. S'agissant de sa légitimation active, elle rappelle qu'en cas de maladie, elle continue de payer la totalité du salaire des employés absents, de sorte qu'elle désintéresse

complètement ceux-ci. Il y a ainsi subrogation au sens de l'article 110 CO de la FSASD au droit des employés. S'agissant des primes réclamées, le transfert de celles-ci ne ressort pas de la décision de l'OFAP du 21 juin 2004. Si par impossible, le Tribunal de céans devait en juger autrement, la FSASD demande à compenser ses primes avec ses prétentions.

17. Par pli du 31 janvier 2005, la FSASD a sollicité du Tribunal l'autorisation de produire les courriers de ses collaborateurs, confirmant avoir reçu l'intégralité de leur salaire en 2003 ou en 2004, alors qu'ils étaient absents pour raison de maladie.
18. Par pli du 17 mars 2005, la FSASD informait le Tribunal que CSS lui avait versé la somme de 1'627'840 fr. 70 en date du 11 mars 2005 (valeur de paiement : 14.03.05). La CSS aurait également versé à ACCORDA le montant des primes restant dues. Un différentiel en capital subsistait donc, de 246'959 fr., auxquels s'ajoutent les intérêts moratoires, les frais et dépens.
19. L'audience de comparution personnelle des parties s'est tenue en date du 12 avril 2005. A cette occasion, la FSASD a produit un classeur de pièces complémentaires. La CSS a indiqué être d'accord de verser le montant en capital restant dû. Les parties souhaitaient entreprendre des négociations s'agissant des intérêts moratoires et des dépens. Sur quoi, une nouvelle audience de comparution personnelle des mandataires a été fixée pour le 3 mai 2005.

A cette occasion, la FSASD a indiqué que, sous réserve de la preuve du versement des 520'211 fr. 53 à ACCORDA, elle n'avait plus de prétention en capital à faire valoir dans le cadre de la présente procédure (versement du solde : valeur 29.04.05). A défaut de preuve de ce versement, ce montant devrait lui être versé, à charge pour elle de la rétrocéder à ACCORDA. Les parties ont indiqué que les négociations sur les frais accessoires avaient échoué. La FSASD a donc persisté dans ses conclusions à ce sujet. Elle a produit le décompte des intérêts dus au 30 avril 2005. S'agissant des dépens, elle a attiré l'attention du Tribunal sur l'importance du travail qui avait dû être effectué en raison des arguments soulevés par la CSS pour s'opposer non seulement au paiement, mais également à la présente action, alors même qu'une décision de l'OFAP l'y contraignait. Pour sa part, la CSS a indiqué que les intérêts moratoires ne sont pas dus, selon elle, au motif qu'elle agit sur mandat de droit public, et que la décision de l'OFAP ne prévoit pas le versement d'intérêts moratoires. En outre, la fortune d'ACCORDA ne lui avait été versée qu'en date du 28 décembre 2004, raison pour laquelle elle n'avait pas pu faire de versement plus tôt. La FSASD a rappelé que la CSS s'était substituée à ACCORDA et en avait repris les droits et les obligations.

Sur quoi, un délai a été fixé au 20 mai 2005 pour que la CSS produise la preuve du paiement du solde des primes 2003, ensuite de quoi la cause serait gardée à juger.

20. Par pli du 18 mai 2005, la CSS a produit la preuve du versement des 520'211 fr. 53 de CSS à ACCORDA, soit la photocopie d'une lettre de la Banque cantonale de Lucerne du 11 mai 2005.

Ce document a été transmis à la FSASD par pli du 19 mai 2005.

### **EN DROIT**

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> 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 trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. c LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), et à l'assurance-accident obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981 (LAA).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

Par ailleurs, la demande en paiement n'est soumise à aucun délai, et respecte en outre les conditions de forme de l'article 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA), de sorte qu'elle est recevable à la forme.

Certes, la question de la légitimation active de la FSASD s'est posée. Cependant, d'une part, celle-ci a démontré être subrogée au droit de ses employés, pour avoir versé le 100% du salaire durant la période d'incapacité de travail, d'autre part, la CSS a procédé en cours de procédure au paiement de la totalité de la créance en capital, démontrant par-là reconnaître sa qualité de créancière. Cette question est devenue dès lors sans objet.

3. Il ressort des faits susmentionnés que la créance principale, y compris les deux amplifications, a été éteinte par le paiement de la CSS. Ne subsiste dès lors à trancher que la question des intérêts moratoires (chiffre 4) et celle des dépens (chiffre 5).

4. S'agissant des intérêts moratoires, il est inexact que les intérêts moratoires sont exclus dans le domaine du droit public. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) a instauré le principe d'intérêts moratoires en matière d'assurances sociales (art. 26 al. 2 LPGA), et la jurisprudence admettait déjà la possibilité de condamner une partie au paiement d'intérêts moratoires, même en l'absence d'une base légale spéciale, à titre exceptionnel, par exemple lorsque le débiteur avait usé de procédés dilatoires (cf. ATF 119 V page 178).

Cette question peut cependant rester ouverte, dans la mesure où les parties sont liées par un contrat d'assurance perte de gain maladie, qui ressortit au domaine du droit privé. La loi sur le contrat d'assurance est applicable à ce contrat, et prévoit à son article 100 que le contrat d'assurance est régi par le droit des obligations pour tout ce qui n'est pas réglé par la présente loi.

Aux termes des art. 102 et suivants du code des obligations, le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier. Lorsque le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord, ou fixé par l'une des parties en vertu d'un droit à elle réservé et au moyen d'un avertissement régulier, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 CO). Le débiteur qui est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit l'intérêt moratoire à 5% l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel, voire supérieur à 5% si cet intérêt plus élevé est prévu par le contrat (art. 104 al. 1 et 2 CO).

L'intérêt moratoire est dû à partir du moment où la prestation devient exigible, sans qu'une interpellation du créancier soit nécessaire, lorsqu'une communication régulière a été faite (cf ATF 93 I 666).

En l'espèce, le contrat ne prévoit pas le délai dans lequel les remboursements doivent être effectués. C'est donc l'article 41 LCA qui s'applique, et qui prévoit que la créance est échue 4 semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien fondé de la prétention. La demanderesse considère par conséquent que la défenderesse était en demeure 4 semaines après l'envoi du décompte de remboursement. Si ce raisonnement peut s'appliquer aux quatre décomptes finaux, ayant donné lieu aux amplifications dans le cadre de la présente procédure, il ne peut l'être pour les autres prétentions, car la défenderesse ne saurait être considérée comme étant en demeure de paiement avant même d'avoir reçu de l'OFAP le mandat de remplacer ACCORDA, et d'en reprendre la fortune liée, les droits et les obligations. C'est donc à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2004 que la défenderesse est devenue débitrice de la demanderesse. Dès la mi-juillet elle possédait les éléments nécessaires au remboursement, de sorte que ce n'est qu'à partir de la mi-août 2004 (soit dès le 16 août) qu'elle peut être considérée comme étant en demeure, pour une partie des décomptes.

---

Comme les dates d'échéance des décomptes sont connus, de même que la date des paiements (cf. situation au 30 avril 2005 produite par la FSASD), le montant dû à titre d'intérêts moratoires peut être calculé, sur la base de 360 jours par an (cf. par ex. la circulaire de l'OFAS sur les intérêts moratoires et rémunérateurs dans l'AVS-AI).

Au vu de ce qui précède, la CSS sera condamnée à verser à la FSASD les intérêts moratoires suivants :

- 5% sur le montant des décomptes n° 1 à 11 du 16 août 2004 au 13 mars 2005, soit 210 jours = 49'668 fr. 80 (1'702'930 fr. 70 x 5% : 360 x 210)

- 5% sur le montant du décompte n° 12 du 31 août 2004 au 13 mars 2005, soit 199 jours = 2'638 fr. 75 (95'472 fr. 65 x 5% : 360 x 199)

- 5% sur le montant du décompte n° 13 du 13 septembre 2004 au 13 mars 2005, soit 184 jours = 799 fr. (31'264 fr. 90 x 5% : 360 x 184)

- 5% sur le montant du décompte n° 14 du 29 septembre 2004 au 13 mars 2005, soit 169 jours = 2'397 fr. 80 (102'154 fr. 75 x 5% : 360 x 169)

- 5% sur le montant du décompte n° 15 du 13 octobre 2004 au 13 mars 2005, soit 154 jours = 2'446 fr. (104'207 fr. 05 x 5% : 360 x 154)

- 5% sur le montant du décompte n° 16 du 29 octobre 2004 au 13 mars 2005, soit 139 jours = 2'162 fr. 65 (112'022 fr. x 5% : 360 x 139)

- 5% sur le montant des décomptes n° 17 et 18 du 1er novembre 2004 au 28 avril 2005, soit 180 jours = 2'389 fr. 80 (95'593 fr. 70 x 5% : 360 x 180)

- 5% sur le montant des décomptes n° 19 et 20 du 1er décembre 2004 au 28 avril 2005, soit 150 jours = 3'153 fr. 40 (151'365 fr. 30 x 5% : 360 x 150)

**Soit un total de 65'656 fr. 20 francs.**

5. Comme le relève la défenderesse, la procédure est gratuite pour les parties (art. 61 let. a LPGA; art. 89 H al. 1 LPA). Cela signifie qu'aucun émoluments n'est perçu, sauf en cas de témérité ou de légèreté. En revanche, une indemnité est allouée au recourant ou au demandeur qui obtient gain de cause (art. 89 H al. 3 LPA). Il s'agit d'un dédommagement par la partie qui perd le procès, en raison de son échec, à sa partie adverse (ATF du 12 juillet 1996, page 278). Le règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative (E 5 10.03) prévoit à son article 6 que la juridiction peut allouer à une partie pour les frais indispensables occasionnés par la procédure, y compris les honoraires éventuels d'un mandataire, une indemnité de 200 à 10'000 fr. Le Tribunal de céans applique les règles suivantes en matière de dépens. S'agissant des litiges en assurances sociales, les



dépens sont fixés dans une fourchette de 500 fr. à 2'500 fr., voire 3'000 fr. si l'affaire est particulièrement complexe, en fonction de l'importance et de la pertinence des écritures et de la complexité de l'affaire, de l'existence ou non d'un double échange d'écritures, du nombre d'audiences tenues, et d'éventuels actes d'instruction complémentaire. La valeur litigieuse n'est donc pas un critère de fixation des dépens. En revanche, s'agissant des affaires qui ne sont pas relatives à des prestations d'assurances sociales, comme les actions en responsabilité basées sur l'article 52 LAVS ou les demandes de paiement fondées sur le droit privé, l'évaluation du montant des dépens s'applique sans limitation autre que celle du règlement.

Dans le cas d'espèce, on peut retenir la complexité de l'affaire, l'importance et la pertinence des écritures de la demanderesse, de même que l'important travail qui a été nécessaire à la production des pièces probantes, en particulier les attestations des employés. Par ailleurs, il faut retenir également que la présente procédure n'a été nécessitée que par l'attitude de la défenderesse qui a usé de moyens dilatoires pour ne pas s'acquitter de ses obligations légales. Il ressort en effet du dossier que dès l'entrée en force de la décision de l'OFAP, le 1<sup>er</sup> juillet 2004, la défenderesse a fait la sourde oreille aux demandes de remboursement de la demanderesse et a généré un important échange de correspondances en prétendant ne pas être en mesure de procéder au remboursement sollicité. Il ressort également du dossier, et la présente procédure l'a également démontré, que telle n'était pas le cas, et que si la demanderesse ne s'est pas acquittée de ses obligations, c'est en raison du fait que la fortune d'ACCORDA lui a été finalement transmise qu'en décembre 2004. Si ce fait constitue effectivement une explication à la situation actuelle, il n'exculpe cependant pas la défenderesse pour autant. Celle-ci aurait pu adopter une attitude différente, en reconnaissant par exemple devoir les sommes réclamées après vérification, ce qui aurait évité l'important échange de correspondances susmentionnées ainsi que la présente procédure. De plus, elle a formé une demande reconventionnelle qui a rendu un deuxième échange d'écritures nécessaire.

Au vu de ce qui précède, les dépens seront fixés en l'espèce à 6'000 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 la demande recevable.

**Au fond :**

2. Condamne CSS Assurance-maladie SA à verser à FONDATION DES SERVICES D'AIDE ET DE SOINS A DOMICILE le montant de 65'656 fr. 20 francs à titre d'intérêts moratoires.
3. Condamne CSS Assurance-maladie SA à verser à FONDATION DES SERVICES D'AIDE ET DE SOINS A DOMICILE une indemnité de 6'000 fr.
4. Déboute les parties de toutes autres conclusions.
5. Informe les parties que, s'agissant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 et dans les limites des articles 43 ss et 68 ss de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans les trente jours dès sa notification. Le mémoire de recours sera adressé en trois exemplaires au Tribunal cantonal des assurances, 18, rue du Mont-Blanc, 1201 Genève. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi.

Le greffier

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

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