REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/175/2004 **ATAS/665/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 13 juillet 2006

En la cause

Monsieur O_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître Caroline KÖNEMANN	demandeur

contre

VISANA SERVICE DES ENCAISSEMENTS, Weltpoststrasse 19/21, case postale 253, 3000 BERN 15	défenderesse

Siégeant : Karine STECK, Présidente,
Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. La SOCIÉTÉ DE BANQUES SUISSES (SBS) était affiliée, pour l'assurance collective perte de gain, auprès de GRÜTLI, caisse-maladie qui, le 1er janvier 1996, a fusionné avec la CAISSE MALADIE BERNOISE et l'EVIDENZIA. De cette fusion est née VISANA, qui a repris, avec effet au 1er janvier 1996, l'ensemble des activités de GRÜTLI, au nombre desquelles le contrat collectif conclu avec la SBS (pce 1 déf.).

2. Les conditions générales (CGA) applicables sont restées celles de GRÜTLI, le contrat collectif conclu entre cette dernière et la SBS ayant été repris sans modification par VISANA. Ce contrat prévoyait un versement maximal de 1800 indemnités journalières, limité à la fin de l'année durant laquelle l'assuré aurait atteint l'âge de 65 ans. Il était prévu que les versements commencent à l'expiration du délai d'attente convenu : "Das Taggeld wird pro Unfall bzw. Pro Krankheitsfall während 1800 Tagen ausbezahlt, längstens bis zum Ablauf des 65. Altersjahres. Die Leistung beginnt nach der vereinbarten Wartefrist. " (CGA 1993 p. 13; pce 16 dem.).

3. Monsieur O_____, employé par la SBS, s'est trouvé, à compter de la fin du mois de novembre 1996, dans l'incapacité totale de travailler pour raisons de santé (police n°494.523.9).

4. Le 1er janvier 1997, la SBS a résilié le contrat collectif conclu auprès de VISANA pour conclure une assurance perte de gain auprès d'HELVETIA.

5. Par courrier du 16 janvier 1997, la SBS a informé Monsieur MINDER, collaborateur de VISANA, que Monsieur O_____ était en arrêt maladie depuis la fin du mois de novembre 1996 et qu'il était dès lors indispensable qu'il reste assuré auprès d'elle en matière d'allocations perte de gain, selon son ancien contrat individuel. La SBS se référait par ailleurs à un entretien téléphonique de décembre 1996 au cours duquel VISANA lui avait assuré qu'elle paierait, après un arrêt maladie de 181 jours, l'indemnité assurée de 80 fr./jour et que cette protection s'étendrait, selon le contrat initial, sur une durée maximale de 1800 jours (pce 3 dem.).

6. Le 12 février 1997, VISANA a informé l'assuré de ce que le contrat collectif avec la SBS avait été résilié le 31 décembre 1996. Concernant son assurance d'indemnité journalière, elle lui a indiqué :

> "[…] Avec l'annulation du contrat collectif de la SBS conclu à la VISANA, vous pouvez faire valoir votre droit de passage dans l'assurance individuelle de la VISANA […]. Le maintien de votre ancienne assurance dans l'assurance d'indemnités journalières

individuelle selon la nouvelle loi sur l'assurance-maladie (LAMal) n'est pas possible compte tenu de réglementations légales dérogatoires. C'est pourquoi nous vous proposons un produit adéquat de l'assurance individuelle selon la loi sur le contrat d'assurance (LCA). Les conditions générales d'assurance (CGA) ci-jointes 1997 pour l'assurance d'indemnités journalières individuelle LCA prévoient une durée d'allocations des prestations plus courte que votre ancienne assurance et excluent des prestations d'assurance les maladies qui existent au moment de la conclusion du contrat. Nous formulerions par conséquent la disposition particulière suivante pour garantir l'ancienne couverture d'assurance.

Pour le cas de maladie existant au moment de l'entrée en vigueur du contrat d'assurance le 1er janvier 1997, les prestations d'assurance prévues dans le contrat seront allouées en dérogation au chiffre 3.6 des CGA. En dérogation au chiffre 3.2 des CGA la durée d'allocation des prestations est de 1'800 jours au maximum par cas d'assurance, sous déduction du délai d'attente convenu. Les indemnités journalières déjà perçues sur la base de l'incapacité de travail existant au moment du passage seront imputées sur la durée d'allocation des prestations.

La prime pour l'indemnité journalière assurée de 80 fr. dès le 181ème jour, sans le risque d'accident, s'élève à fr. 41.60 par mois.

Si vous souhaitez conserver votre indemnité journalière aux conditions précitées, veuillez signer la copie de la présente lettre et nous la retourner. Nous vous enverrons la police d'assurance correspondante […]". (pce 4 dem.)

7. Par courrier du 4 mars 1997, l'assuré a adressé à la caisse le double dûment signé "pour le maintien de son contrat d'indemnités journalières".

8. Par courrier du 22 octobre 2001, la caisse a avisé l'assuré que le versement des prestations d'assurance prendrait fin au 31 octobre 2001. Invoquant l'art. 3.2 CGA, elle a expliqué que les indemnités journalières n'étaient versées que pendant un maximum de 1800 jours par cas d'assurance, déduction faite du délai d'attente contractuel (pce 6 dem.).

9. Le 1er novembre 2001, la caisse a établi à l'attention du conseil de l'assuré un décompte des prestations versées à ce dernier jusqu'au 30 octobre 2001. Il en ressort que l'intéressé a été reconnu incapable de travailler le 26 novembre 1996 et que des prestations lui ont été allouées, après un délai d'attente de 180 jours, pendant 1620 jours (pce 7 dem.).

10. Par courrier du 29 novembre 2001 à VISANA, le conseil de l'assuré a fait valoir que son mandant avait droit, à partir du 181ème jour d'incapacité de travail, à des indemnités journalières et ce, durant 1800 jours. VISANA a été mise formellement en demeure de continuer à verser ses prestations durant la période correspondante (pce 8 dem.).

11. VISANA a répondu, le 6 décembre 2001, en se référant à son courrier du 12 février 1997. Elle a rappelé les conditions auxquelles elle a proposé à l'assuré de conserver son ancienne assurance d'indemnités journalières. Elle avait alors souligné qu'en dérogation au chiffre 3.2 des CGA, la durée d'allocation des prestations était de 1800 jours, sous déduction du délai d'attente convenu (180 jours), raison pour laquelle elle n'avait alloué ses prestations que pendant 1620 jours au total (pce 9 dem.).

12. Par courrier du 28 décembre 2001, l'assuré a une nouvelle fois interpellé la caisse en se référant au "prospectus VISANA 1995".

13. Le 18 février 2002, la caisse lui a répondu que le contrat individuel d'indemnités journalières dont il avait bénéficié provenait de l'adaptation de l'ancien contrat collectif de la SBS. Elle a par ailleurs souligné qu'il avait été clairement mentionné dans son courrier du 12 février 1997 que le délai d'attente convenu devrait être déduit des 1800 indemnités journalières prévues et que c'était par conséquent en toute connaissance de cause que l'assuré avait contresigné cette proposition.

14. En octobre 2002, l'assuré a déposé une réquisition de poursuite à l'encontre de VISANA auprès de l'Office des poursuites de Berne, d'une part pour un montant de 14'400 fr. plus intérêts à 6% à compter du 29 avril 2002 (fondé sur sa police d'assurance n°404.523.9), d'autre part, pour une somme de 4'000 fr. plus intérêts à 6% à compter du 29 avril 2002 à titre d'honoraires d'avocat (pce 13 dem.).

15. Le commandement de payer n°20253744 a été notifié le 8 novembre 2002 à VISANA, qui y a fait opposition.

16. Par courrier du 8 août 2003, le conseil de l'assuré a une nouvelle foi interpellé VISANA. Il a été allégué que le contrat en vigueur lorsque l'assuré a été reconnu en incapacité de travail (le 26 novembre 1996), devait être appliqué tel quel, toute modification ultérieure étant nulle en vertu de la loi. Annonçant son intention de déposer une demande en justice, l'assuré a demandé à ce que lui soit communiqué dans les meilleurs délais un exemplaire de l'ancien contrat collectif de la SBS pour l'assurance indemnités journalières de ses salariés valable avant le 31 décembre 1996 ainsi que les conditions générales applicables à ce contrat.

17. Par courrier du 10 septembre 2003, VISANA s'est exécutée.

18. Le 20 octobre 2003, l'assuré a déposé auprès du Tribunal de première instance, par l'intermédiaire de son conseil, une demande en paiement. Lors de la tentative de conciliation du 7 janvier 2004, il est cependant apparu que ce tribunal était incompétent en matière d'assurance complémentaire.

19. La demande en paiement a été redéposée devant le Tribunal de céans le 30 janvier 2004. Le demandeur conclut principalement au prononcé de la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer 20253744, subsidiairement, à la condamnation de VISANA au paiement de fr. 100 à titre de frais de commandement de payer avec intérêt à 6% à compter du 9 septembre 2002, de fr. 14'400 à titre d'indemnités journalières avec intérêt à 6% à compter du 29 avril 2002, de fr. 6'000 à titre d'honoraires d'avocat et enfin de tous les frais et dépens de l'instance. Il souligne avoir expressément demandé, dans son courrier du 4 mars 1997, le maintien de son ancienne assurance. Il fait valoir que c'est le contrat collectif de la SBS conclu avec VISANA qui doit s'appliquer, dans la mesure où la loi prévoit qu'un contrat d'assurance est nul si, au moment où il a été conclu, le sinistre était déjà survenu. La modification de contrat intervenue en 1997 serait donc nulle, la maladie s'étant déclarée en 1996.

20. Invitée à se prononcer, la caisse, dans sa réponse du 1er mars 2004, a conclu principalement, à la radiation de la poursuite engagée par le demandeur, subsidiairement, à la constatation de la nullité du contrat individuel pour perte de gain conclu le 1er janvier 1997 et, partant, à la répétition des prestations déjà versées et des primes encaissées sur cette base à compter de cette date. Préalablement, la défenderesse a également fait valoir que le Tribunal cantonal des assurances sociales de Genève ne pourrait statuer avant que les seize juges assesseurs dont l'élection a été annulée par arrêt du 27 janvier 2004 du Tribunal fédéral ne soient formellement réélus. Quant au fond, la défenderesse a admis que le contrat collectif conclu entre la SBS et GRÜTLI prévoyait un versement maximal de 1'800 indemnités sans soustraction du délai d'attente de 180 jours. Elle a cependant rappelé que ce contrat avait été résilié avec effet au 31 décembre 1996 et qu'il avait alors été remplacé par un contrat individuel conclu avec le demandeur. Elle relève que ce dernier a adhéré à la proposition faite par courrier du 12 février 1997, laquelle prévoyait le versement maximal de 1800 indemnités sous déduction du délai d'attente de 180 jours et qu'il n'avait par ailleurs pas la possibilité de demander le maintien en l'état du contrat collectif auquel il n'était pas partie. En substance, la défenderesse allègue que le droit aux prestations du demandeur s'est donc éteint avec la résiliation du contrat collectif par la SBS le 31 décembre 1996 et que c'est sur la base du seul contrat individuel conclu avec la caisse qu'il doit être examiné à partir du 1er janvier 1997.

21. Dans sa réplique du 31 mars 2004, le demandeur a persisté dans toutes ses conclusions. Il s'est par ailleurs indigné que certaines des pièces produites par la

défenderesse soient rédigées en allemand et a demandé des explications quant aux pouvoirs des personnes ayant signé la réponse.

22. Dans sa duplique du 12 mai 2004, la caisse s'est déclarée disposée à traduire ses pièces 1 et 2 rédigées en langue allemande. Elle a par ailleurs expliqué que les deux personnes qui avaient signé le mémoire de réponse étaient dûment autorisées à agir au nom de VISANA. A l'appui de ses dires, elle a produit une procuration signée par deux de ses dirigeants inscrits au Registre du commerce et disposant de la signature collective à deux.

23. Par courrier du 7 juin 2004, le demandeur a persisté dans ses conclusions.

24. A la demande du Tribunal de céans, la défenderesse, par courrier du 6 février 2006, a produit les traductions du courrier adressé en juillet 1995 aux assurés de GRÜTLI et du contrat de cession de l'entreprise entre GRÜTLI et VISANA du 7 décembre 1995. Ces pièces ont été transmises au demandeur.

25. Par courrier du 28 février 2006, ce dernier a maintenu ses conclusions. Il fait remarquer que, dans son courrier de juillet 1995 aux assurés de GRÜTLI, cette dernière indiquait : "la fusion prévue n'a pas d'effets négatifs sur la position matérielle des assurés actuels de la société suisse Grütli".

26. La défenderesse a quant à elle également maintenu sa position. Elle soutient que le demandeur ne saurait rien déduire du contrat de cession concernant son passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle, dans la mesure où ce contrat n'a rien à voir avec ce passage, rendu nécessaire par la résiliation par l'employeur du contrat collectif d'assurance.

27. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs. Le Tribunal de céans est donc habilité à siéger, contrairement à ce que fait valoir la défenderesse.

2. Selon l'art. 56V al. 1 let. c LOJ – entré en vigueur le 1er août 2003 – le Tribunal cantonal des assurances sociales s'est vu conférer la compétence de connaître, en instance unique, des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20). Désormais, le Tribunal de céans est donc saisi de l'ensemble du contentieux en matière d'assurances complémentaires privées, tant dans le domaine de l'assurance-maladie que dans celui de l'assurance-accidents.

3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir durant combien de jours le demandeur a droit à des prestations journalières, plus particulièrement celle de savoir si doivent être déduites les indemnités correspondant au délai d'attente de 180 jours.

4. Le demandeur fait valoir que la proposition d'assurance qui lui a été faite le 12 février 1997 doit être considérée comme nulle, dans la mesure où, selon la loi, le contrat précédent ne pouvait être modifié.

5. Le contrat collectif a été conclu sous l'empire de la LAMA puis de la LAMal. En effet, la séparation entre assurance obligatoire de soins réglée par la LAMaL et les assurances complémentaires réglées par la LCA n'est intervenue qu'en 1996 si bien qu'à l'entrée en vigueur de la LAMaL au 1er janvier 1996, cette dernière est devenue applicable au contrat collectif dès le 1er janvier 1996 conformément à l'art. 102 al. 1 LAMaL. Cette disposition prévoit que, lorsque des caisses reconnues continuent de pratiquer, d'après le nouveau droit, des assurances de soins et d'indemnités journalières qu'elles avaient pratiquées selon l'ancien droit, le nouveau droit s'applique à ces assurances dès l'entrée en vigueur de la LAMal.

6. Ainsi que le fait remarquer la défenderesse, le droit aux prestations, tant dans le régime de la LAMA que dans celui de la LAMaL, est lié à l'affiliation de l'assuré à l'institution d'assurance. Toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de quinze ans révolus, mais n'ayant pas atteint l'age de 65 ans, peut conclure une assurance d'indemnités journalières avec un assureur au sens de l'art. 68 (art. 67 al. 1 LAMal). L'assurance d'indemnités journalières peut être conclue sous la forme d'une assurance collective. Les assurances collectives sont conclues par les employeurs, par les organisations d'employeurs ou les associations professionnelles ou encore par les organisations de travailleurs (art. 67 al. 3 LAMal).

7. Or le contrat collectif ayant été résilié pour le 31 décembre 1996, le demandeur n'a plus été affilié à la défenderesse en tant qu'assuré LAMaL depuis lors. Il n'a donc plus eu droit à des prestations d'assurance sur la base du contrat collectif à compter du 1er janvier 1997. A compter de cette date, le demandeur est sorti de l'assurance collective. S'est alors ouvert pour lui le droit de passer dans l'assurance individuelle

de l'assureur (art. 71 LAMal). En ce cas, la loi prévoit seulement que si, dans l'assurance individuelle, l'assuré ne s'assure pas pour des prestations plus élevées, de nouvelles réserves ne peuvent être instituées et que l'âge d'entrée déterminant dans le contrat collectif est maintenu (art. 71 al. 1 LAMal).

En l'espèce, la défenderesse a adressé au demandeur, en date du 12 février 1997, une proposition d'assurance individuelle soumise à la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA). A partir du 1er janvier 1997, c'est donc effectivement le contrat individuel conclu entre le demandeur et la défenderesse qui a régi leurs relations contractuelles et c'est sur cette base uniquement qu'il peut faire valoir un droit aux prestations dès le 1er janvier 1997.

8. L'art. 9 LCA, invoqué par le demandeur, prévoit que le contrat d'assurance est nul - sous réserve des cas où l'assuré est réputé chômeur - si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou le litige était déjà survenu.

La défenderesse allègue que cette disposition n'est pas applicable en l'espèce vu que le litige ne porte pas sur la conclusion d'un nouveau contrat LCA ou sur la modification d'une contrat LCA existant mais sur le passage d'une assurance perte de gain collective à une assurance individuelle. Or, l'art. 9 LCA se réfère à la réalisation ou à la disparition totale ou partielle du risque au moment où le contrat est conclu et non aux modifications de prestations convenues entre les parties suite au passage d'une assurance collective à une assurance individuelle. Ainsi que le fait remarquer la défenderesse, si l'on devait appliquer dans un tel cas l'art. 9, cela signifierait qu'aucun assuré en incapacité de gain en raison d'une maladie sous l'empire du contrat collectif ne pourrait bénéficier d'un passage en assurance individuelle vu que le sinistre, au moment de passer en assurance individuelle, est déjà survenu sous l'empire du contrat collectif. Or, tel ne pouvait être l'intention du législateur, bien au contraire. D'autant que si l'on devait effectivement considérer le contrat d'assurance individuelle comme nul, il y aurait alors lieu d'ordonner la restitution des prestations versées et des primes encaissées dès le 1er janvier 1997. Par ailleurs, le contrat d'assurance collective initial, résilié par la SBS, ne serait pas non plus applicable et cela conduirait à une lacune d'assurance contraire aux intérêts du demandeur.

9. Force est de constater que la proposition d'assurance faite en février 1997 l'a été en bonne et due forme, qu'elle était sans équivoque sur la question de la déduction du délai d'attente convenu et que par ailleurs, le demandeur n'en a pas demandé la rectification dans le délai de quatre semaines prévu par l'art. 12 al. 1 LCA. Ce n'est que trois ans et demi plus tard, soit le 29 novembre 2001, qu'il a manifesté son désaccord. Le fait que le demandeur ait demandé "le maintien de son contrat d'indemnités journalières" ne saurait être interprété comme une contestation du contenu de la proposition d'assurance puisque, dans le même temps, il a contresigné cette dernière, laquelle lui assurait effectivement le maintien de son assurance perte

de gain. Il est par ailleurs manifeste qu'il faisait référence par là à la phrase qui se trouve sur la proposition d'assurance et qui est on ne peut plus explicite : "je demande le maintien de mon ancienne assurance d'indemnités journalières sous la forme d'une assurance d'indemnités journalières individuelle aux conditions précitées".

10. Le Tribunal de céans ne peut que constater qu'effectivement, le demandeur ne pouvait raisonnablement comprendre que la proposition qu'il signait ne tenait pas compte du délai d'attente à soustraire. Il l'a donc accepté en toute connaissance de cause. A cet égard, la défenderesse a précisé que le versement d'indemnités journalières moyennant la soustraction du délai d'attente constitue la règle en matière d'assurance perte de gain, que le montant de la prime est d'ailleurs fortement influencé par le délai d'attente choisi et que le versement d'indemnités journalières après l'écoulement d'une délai d'attente mais sans déduction du délai constitue une exception peu courante dans le domaine.

11. Mal fondée, la demande sera rejetée.

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. La rejette.

3. 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 des 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.

La greffière — La Présidente :

Janine BOFFI — Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le