REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1899/2004 **ATAS/368/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 30 mars 2006

En la cause

Monsieur C_____, domicilié dans le canton de Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Me Daniel SCHÜTZ	recourant
contre	
SWICA ORGANISATION DE SANTE, Römerstrasse 38, 8401 WINTERTHUR	intimée

Siégeant :Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur C_____ exploite avec son épouse le café-restaurant X_____ à V_____.

2. Le 10 janvier 1991, ils ont adhéré à l'assurance-maladie et accident collective, régie par la loi sur l'assurance-maladie (LAMal), proposée par la FEDERATION SUISSE DES CAFETIERS, RESTAURATEURS ET HOTELIERS (FSCRH), auprès de CMSE assurances. Cette assurance couvrait, pour chacun des époux, les indemnités journalières perte de gain pour un salaire assuré de 90'000 fr. à concurrence de 80% du salaire assuré dès le premier jour.

3. Suite à une greffe de la cornée, l'assuré a présenté une incapacité de travail du 24 novembre 1992 au 30 septembre 1993 que l'assurance a prise en charge. Elle a demandé, le 4 octobre 1993, à l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (OCAI) - auquel l'assuré avait adressé une demande de prestations - de lui faire parvenir en temps opportun un formulaire de "compensation de rentes de l'AI avec la créance en restitution de l'assurance-maladie".

4. Le 24 mai 1994, l'assuré a subi une opération de la cataracte. L'assurance lui a versé de ce fait des indemnités journalières à titre de perte de gain pour la période du 25 mai 1994 au 17 janvier 1995, pour un montant total de 32'842 fr.

5. En date du 8 mai 1995, les caisses CMSE, PANORAMA, OSKA et AMASCO ont fusionné en une caisse unique : SWICA Organisation de santé des caisses maladie (ci-après l'assurance).

6. Par courrier du 21 décembre 1996, l'assuré et son épouse se sont adressés à SWICA pour lui demander de modifier le contrat d'assurance en introduisant un délai d'attente de 30 jours pour les salariés et les employeurs.

7. Le 25 juin 1996, l'assurance a envoyé à l'OCAI un décompte des indemnités journalières perte de gain versées à l'assuré entre le 24 novembre 1992 et le 17 janvier 1995.

8. En date du 7 septembre 1998, l'OCAI a envoyé à l'assurance copie d'une communication adressée à l'assuré à propos des mesures médicales de réadaptation, qui précisait que le droit aux indemnités journalières ferait l'objet d'une décision ultérieure.

9. Par décision du 10 septembre 1998, l'OCAI a octroyé à l'assuré des indemnités journalières pour la période du 24 mai 1994 au 17 janvier 1995. Il précisait que "les créances de cotisations de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité pouvaient être compensées avec des prestations et qu'en conséquence, le total serait crédité sur

le compte n° 254.050 auprès de la CAISSE DE COMPENSATION GASTROSUISSE, sous réserve d'une demande de restitution de tiers pour les prestations déjà allouées dans le même délai (remarque pour le tiers SWICA : une demande de remboursement doit être adressée à l'assuré même, copie avec bulletin de versement à remettre dans les 10 jours à la CAISSE DE COMPENSATION GATROSUISSE, 5001 Aarau)". Il était indiqué qu'une copie de la décision était adressée à SWICA, à Genève.

10. Par courrier du 12 novembre 1998, l'assurance a demandé à l'OCAI sa décision concernant l'incapacité de travail pour 1994, courrier auquel l'OCAI a répondu le 2 décembre 1998 qu'il devait connaître les dates d'hospitalisation et de convalescence pour pouvoir se prononcer sur la prise en charge de l'indemnité journalière.

11. En date du 3 mai 1999, l'assurance a réitéré sa demande. De nouveaux rappels ont été adressés à l'OCAI les 7 janvier 2000, 7 juin 2000 et 22 novembre 2000. Le dernier - daté du 30 janvier 2001 - étant resté sans réponse, l'assurance a saisi le 6 avril 2001 le Tribunal administratif d'un recours pour déni de justice concluant à ce que l'OCAI soit condamné à statuer par voie de décision sur les indemnités journalières. Ce recours a été transmis à la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI qui, à son tour, l'a fait suivre le 11 avril 2001 à l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après l'OFAS) comme objet de sa compétence. Par décision du 15 mai 2002, l'OFAS l'a rejeté. L'assurance a alors saisi le Tribunal fédéral des assurances (TFA) d'un recours de droit administratif. L'assuré n'a pas souhaité se déterminer. Lors d'un second échange d'écritures, les dossiers de l'OCAI et de l'OFAS ont été communiqués à l'assurance qui a déclaré avoir ainsi pu prendre connaissance de la décision du 10 septembre 1998 relative aux indemnités journalières, laquelle figurait au dossier de l'OCAI. Par arrêt du 28 janvier 2003, le recours a été déclaré sans objet et l'affaire rayée du rôle. Il a toutefois été relevé par le TFA que l'OCAI aurait dû informer l'assureur perte de gain qu'il avait déjà statué sur les indemnités journalières et lui remettre copie de sa décision. En s'en abstenant, il avait contrevenu au principe de l'entraide et de l'assistance administrative.

12. Par lettre signature du 14 février 2003, l'assurance a adressé à l'assuré une demande de remboursement d'un montant de 32'842 fr. correspondant aux indemnités journalières perte de gain versées pour la période du 24 mai 1994 au 17 janvier 1995, période durant laquelle l'OCAI avait alloué à l'assuré un montant de 46'021 fr. 25.

13. Par courrier du 25 février 2003, l'assuré a répondu à l'assurance qu'il ne reconnaissait pas lui devoir cette somme et qu'il allait confier la défense de ses intérêts à son conseil.

14. Le 12 mars 2003, la COMPAGNIE D'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE SA (ci-après la CAP) a demandé le dossier de l'intéressé à l'assurance. Les pièces justifiant la demande de remboursement ont été adressées le 17 juillet 2003 à la CAP. En date du 26 septembre 2003, l'assurance a expliqué qu'elle n'avait eu connaissance qu'en novembre 2002 du fait que la caisse de compensation avait compensé, le 15 octobre 1998, les montants versés par l'OCAI au titre d'indemnités journalières avec des cotisations AVS arriérées. Elle a ajouté que l'assuré avait violé son obligation de renseigner en ne l'informant pas des remboursements opérés par l'OCAI et qu'il convenait de prendre comme point de départ de la prescription de cinq ans la date à laquelle la caisse de compensation avait procédé à la compensation et non celle à laquelle l'assurance avait versé les prestations. Enfin, elle a précisé que, compte tenu de l'échéance prochaine du délai de prescription, une poursuite avait été engagée à l'encontre de l'assuré pour le montant de 32'842 fr.

15. En date du 24 octobre 2003, l'assuré a fait opposition au commandement de payer qui lui a été notifié le même jour.

16. Par décision du 5 janvier 2004, l'assurance a levé l'opposition à la poursuite et a ordonné la mainlevée définitive pour la somme de 32'972 fr. 15.

17. Par décision sur opposition du 29 juillet 2004, l'assurance a rejeté l'opposition formée par l'assuré le 11 février 2004.

18. Contre cette décision sur opposition, l'assuré a recouru auprès du Tribunal de céans en date du 14 septembre 2004. A l'appui de son recours, il fait valoir d'une part que l'assurance n'a démontré par aucune pièce qu'elle est la véritable créancière desdites indemnités journalières. Il considère en effet que l'intimée n'a pas apporté la preuve qu'elle a repris la totalité des créances de CMSE assurances, son assureur de l'époque. D'autre part, il indique qu'il manque "toute pièce démontrant que l'assurance avait auparavant sollicité de l'OCAI le remboursement desdites indemnités journalières ce qu'elle était obligée de faire dans un premier temps - sous réserve d'être créancière des indemnités journalières en question - sachant que la CMSE avait simplement avancé lesdites indemnités". Il conteste par conséquent être débiteur de l'assurance. Il conclut subsidiairement que si, par impossible, le statut de créancier de l'assurance, son statut de débiteur ainsi que l'existence de la créance étaient dûment établis, il conviendrait de constater que la créance en question est prescrite. Il conteste en outre avoir profité d'une surindemnisation, les indemnités journalières ayant été créditées sur son compte AVS pour compenser les cotisations arriérées dues. Il n'a ainsi pas pu réaliser un gain d'assurance. Il relève enfin que si le Tribunal de céans devait admettre une réduction des prestations de l'assurance-maladie pour cause de surindemnisation, celle-ci entraînerait

l'augmentation de la durée de versement jusqu'à concurrence de 720 jours, alors qu'il n'a touché que 230 jours d'indemnités journalières.

19. Dans sa réponse du 13 octobre 2004, l'intimée relève qu'au 1er janvier 1996, CMSE a fusionné avec AMASCO, OSKA et PANORAMA en une nouvelle caisse, SWICA ORGANISATION DE SANTÉ, dont le portefeuille a été repris le 1er janvier 2002 par SWICA ASSURANCE-MALADIE S.A. L'intimée indique, par ailleurs, que le recourant était au courant de cette reprise puisqu'il s'est adressé directement à elle en date du 21 décembre 1996 pour une modification du contrat d'assurance. Il a par ailleurs eu la possibilité de prendre connaissance, dans le cadre de la procédure devant le TFA, du document attestant de la reprise par SWICA ASSURANCE-MALADIE S.A. ainsi que des demandes de remboursement qu'elle avait adressées à l'OCAI en dates des 4 octobre 1993 et 26 juin 1996. Les arguments du recourant quant à l'inexistence d'une surindemnisation sont contestés par l'assurance ainsi que l'augmentation de la durée du versement puisque l'assuré n'a plus présenté d'incapacité de travail postérieurement au 17 janvier 1995. Enfin, l'intimée considère que sa prétention n'est nullement prescrite puisqu'elle n'a eu connaissance des prestations d'assurance-invalidité qu'en novembre 2002, qu'elle a fait sa demande en restitution le 14 février 2003 et adressé au débiteur une réquisition de poursuites en date du 23 septembre 2003.

20. Par réplique du 6 décembre 2004, le recourant a fait valoir que l'intimée n'avait pas apporté une preuve suffisante de son statut de créancier et qu'elle n'avait pas produit la réquisition de poursuite du 23 septembre 2003. Au surplus, il a invoqué la péremption du droit de l'intimée, péremption qui ne peut être en aucun cas interrompue.

21. Dans sa duplique du 6 janvier 2005, l'intimée a conclu au rejet des conclusions du recourant en se référant à son mémoire de réponse.

22. Par courrier du 31 janvier 2005, le recourant a répété que, selon lui, SWICA n'avait pas prouvé son statut de créancière et expliqué pourquoi elle n'avait pas requis le remboursement directement de l'assurance-invalidité. Il a demandé que la nullité du courrier de l'intimée du 14 février 2003 soit constatée et s'est référé pour le surplus aux arguments développés dans sa réplique.

23. 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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 4 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 LPGA relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal).

   Le contrat d'assurance-maladie collective prévoyant le versement d'indemnité journalière perte de gain - auquel a adhéré le recourant en janvier 1991 - renvoie expressément à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 13 juin 1911 (LAMA).

   Il s'agit donc bien de l'assurance facultative d'indemnités journalières au sens des art. 67ss LAMal pour laquelle le tribunal de céans est compétent.

3. Interjeté dans les forme et délai prescrits, le présent recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur l'obligation pour l'assuré de restituer les indemnités journalières qui lui ont été versées par l'intimée pour la période du 24 mai 1994 au 15 janvier 1995 en raison du versement pour la même période des indemnités journalières de l'assurance-invalidité d'un montant total de 46'021 fr. 25.

5. Se pose la question préalable de savoir quelles sont les dispositions applicables en l'espèce. Dans la mesure où les indemnités litigieuses ont été versées avant le 1er janvier 1996, il convient en principe d'appliquer les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance maladie du 13 juin 1911 (LAMA). Cependant, la décision sur opposition qui demande la restitution des dites prestations a - elle - été rendue après l'entrée en vigueur de la LPGA.

   Au titre des dispositions transitoires, l'art. 82 al. 1 première phrase LPGA prescrit que les dispositions matérielles de la loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Dans les travaux préparatoires de la LPGA, l'art. 25 LPGA (alors art. 32 du projet), relatif à la restitution des prestations indûment touchées est spécialement mentionné comme exemple d'une disposition qui ne serait pas applicable à des prestations déjà versées avant l'entrée en vigueur de la loi (FF 1991 II p. 266ss). En revanche, selon Ueli KIESER (ATSG-Kommentar, note 9 ad art. 82), dans la mesure où la question de la restitution se pose après le 1er janvier 2003, le nouveau droit est applicable, dès lors qu'il est statué sur la restitution après son entrée en vigueur et quand bien même la restitution porte sur des prestations accordées antérieurement.

La question du droit pertinent ratione temporis ne revêt toutefois pas une importance décisive et peut rester ouverte en l'occurrence, dans la mesure où les principes applicables à la restitution selon la LPGA sont issus de la réglementation et de la jurisprudence antérieures (KIESER, op. cit., note 9 ad art. 82).

6. L'art. 25 al. 1 LPGA prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées; la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et le mettrait dans une situation difficile. Cette disposition est désormais directement applicable en matière d'assurance-maladie (art. 1er LAMal en corrélation avec l'art. 2 LPGA).

   En ce qui concerne l'obligation de restituer comme telle, ainsi que cela a déjà été souligné supra, l'art. 25 al. 1 LPGA ne fait que reprendre la réglementation de l'art. 47 al. 1 LAVS qui était jusque là applicable par analogie à la restitution par un assuré de prestations d'assurance-maladie sociale indûment versées (ATF 126 V 23; RAMA 2001 n° KV 158 p. 161consid. 6a).

   La restitution des prestations selon l'art. 47 al. 1 LAVS suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale (ATF 129 V 110 consid. 1). Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 127 V 469 consid. 2c et les arrêts cités). En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 469 consid. 2c et les références).

   Ces principes s'appliquent à la restitution de prestations que celles-ci aient été accordées par une décision formelle ou sans avoir fait l'objet d'une telle décision. Dans ce dernier cas, après un laps de temps correspondant au délai de recours contre une décision formelle, l'administration ne peut demander répétition des prestations allouées par une décision implicite non contestée qu'aux conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale (ATF 129 V 110 consid. 1). De son côté, l'assuré peut, dans un délai de réflexion et de réflexion convenable, manifester son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimer sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte susceptible de recours. A défaut, la décision implicite acquiert force de chose décidée (ATF 129 V 110 consid. 1, 126 V 24 consid. 4b, 122 V 369 consid. 3).

7. En l'espèce, l'intimée a versé à l'assuré des indemnités journalières du 25 mai 1994 au 17 janvier 1995. Qu'elles aient fait ou non l'objet d'une décision formelle, leur

restitution ne peut être réclamée qu'aux conditions d'une reconsidération ou d'une révision.

Lors du versement des indemnités journalières par l'assurance, aucune décision de l'assurance-invalidité n'était encore intervenue de sorte que la décision de les verser - implicite ou non - n'était pas erronée. Les conditions d'une reconsidération ne sont donc pas réalisées.

En revanche, la décision du 10 septembre 1998 de l'OCAI octroyant à l'assuré des indemnités journalières pour la même période constitue un fait nouveau et justifie une révision procédurale de la décision de l'intimée susceptible de fonder la restitution des prestations versées.

8. Le recourant s'oppose à la restitution ; il invoque préalablement le défaut de la qualité de créancière de SWICA qui n'aurait pas apporté la preuve qu'elle avait repris la totalité des créances de CMSE. Il conteste par ailleurs être débiteur de la créance car il estime que l'intimée aurait dû préalablement solliciter de l'OCAI le remboursement des indemnités journalières avant de lui en réclamer la restitution.

   Bien qu'elle paraisse à première vue remplie - eu égard notamment au contrat de fusion entre les caisses CMSE, PANORAMA, OSKA et AMASCO, en une caisse unique intitulée SWICA ORGANISATION DE SANTÉ SA et à l'extrait du registre du commerce produit -, la question de la qualité de créancière de l'intimée peut rester ouverte, le recours devant être admis pour d'autres motifs. Il en va de même du problème de la qualité de débiteur du recourant.

9. Outre ces arguments, le recourant fait valoir que la créance est prescrite, le dernier versement d'indemnités journalières ayant eu lieu le 17 janvier 1995.

   a) Aux termes de l'art. 25 al. 2 LPGA, le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le paiement de la rente. Si le droit de demander la restitution naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant. Ce texte est identique à celui de l'ancien art. 47 al. 2 LAVS, applicable en matière d'assurance-maladie. Les délais institués par cette disposition légale sont des délais de péremption (ATF 119 V 433 consid. 3a et les arrêts cités; ATFA non publié I 203/04 du 9 février 2005).

   b) Il ressort des pièces produites que l'assurance n'a pu prendre connaissance de la décision de l'OCAI octroyant des indemnités journalières au recourant qu'au mois de novembre 2002, dans le cadre du second échange d'écritures intervenu devant le TFA. Il y a ainsi lieu de constater que le délai de prescription d'un an était échu lorsque l'intimée a rendu, le 5 janvier 2004, une décision formelle demandant la

restitution des indemnités journalières versées en 1994 et 1995. La question de savoir si son courrier du 14 février 2003 pourrait être considéré comme une décision ayant interrompu le délai peut demeurer ouverte, dans la mesure où le délai de cinq ans n'a quoi qu'il en soit pas été respecté, ainsi que cela sera démontré ci-dessous.

c) S'agissant du délai de cinq ans, le TFA a jugé, pour des motifs touchant à la sécurité du droit et des raisons d'ordre administratif, qu'il s'agissait d'un délai de péremption, ce qui signifie qu'il ne peut être ni prolongé par la volonté des parties, ni suspendu ni même interrompu (ATF 111 V 135). Ce délai commence en principe à courir à la date du versement de la prestation.

Il vise typiquement des situations où le caractère indu des prestations existe déjà au moment de leur paiement, que ce soit au moment de leur octroi initial ou – s'agissant de prestations périodiques – à une date ultérieure, à la suite d'un changement de circonstances, comme par exemple le remariage d'une personne au bénéfice d'une rente de veuve ou de veuf.

En revanche, quand c'est le paiement de prestations arriérées par une assurance sociale qui justifie la restitution de prestations d'une autre assurance - en application des règles légales de coordination - le caractère indu des prestations sujettes à remboursement n'apparaît qu'après coup. Si l'on considère que le législateur a voulu instaurer un délai de péremption absolue de cinq ans, pour mettre - passé ce délai - un point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le débiteur, on peut conclure qu'il a voulu que ce délai commence à courir dès l'instant où il y a eu paiement et où les conditions d'une restitution sont susceptibles d'être remplies (ATF 127 V 484). En l'occurrence, il faudrait alors considérer que c'est au moment où les indemnités journalières arriérées de l'assurance-invalidité ont été versées - date à laquelle les cotisations AVS arriérées ont été compensées avec le rétroactif d'indemnités journalières - soit le 15 octobre 1998, que le motif de restitution est apparu et que le délai a commencé à courir.

La question du point de départ du délai de péremption peut toutefois rester ouverte, car en l'occurrence, il n'a quoi qu'il en soit pas été respecté.

Conformément à la jurisprudence rendue en matière de péremption de la créance en réparation du dommage (art. 52 LAVS), il est exigé pour que le délai de péremption de 5 ans soit respecté (art. 82 al. 1 RAVS), que l'autorité rende une décision en réparation dans les 5 ans à compter du fait dommageable. Il n'est pas nécessaire qu'une décision définitive soit prise dans ce délai (RCC 1991 p. 136).

En l'espèce, il sied de constater que la décision de restitution de l'intimée a été rendue le 5 janvier 2004 et qu'à cette date, le délai de péremption de cinq ans - qui n'a pas été interrompu par la poursuite engagée le 23 septembre 2003 - était

largement dépassé, qu'il ait commencé à courir dès le versement des indemnités journalières par l'assurance (le 17 janvier 1995) ou dès la compensation des cotisations AVS arriérées avec le rétroactif dû par l'OCAI (le 15 octobre 1998).

9. Le recourant, qui obtient gain de cause, se verra accorder une indemnité à titre de dépens.

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 le recours recevable

Au fond :

2. L'admet et annule les décisions de l'intimée des 5 janvier et 29 juillet 2004.

3. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens.

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

La greffière-juriste : Catherine VERNIER

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