

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1977/2011

ATAS/716/2011

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt incident du 20 juillet 2011

2ème Chambre

En la cause

Madame M_____, à Meyrin, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître DEKANY Andreas recourante

contre

ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCE SA, domicilié FTIR/Recouvrement juridique, Thurgauerstrasse 101, case postale, 8085 Zürich intimé

Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente

EN FAIT

1. Madame M_____, née en 1973 (ci-après l'assurée ou la recourante) était employée en qualité d'aide-soignante par l'Hôpital X_____ (ci-après l'employeur) depuis le 1^{er} août 1999 pour un taux d'activité de 85%. A ce titre, elle a été assurée contre les accidents professionnels et non professionnels auprès de la ZURICH COMPAGNIE D'ASSURANCE SA (ci-après l'assurance ou l'intimée). Celle-ci est aussi l'assurance perte de gain maladie de l'employeur.
2. L'assurée a été incapable de travailler pour cause de maladie à 100% du 21 novembre 2002 au 28 mars 2003 et à 50% au-delà. Elle a perçu des indemnités journalières du 21 décembre 2002 au 1^{er} janvier 2005, soit durant 720 jours jusqu'à épuisement du droit.
3. L'assurée a été mise au bénéfice d'un quart de rente d'invalidité de l'assurance invalidité fédérale dès le 29 mars 2004.
4. Elle a repris le travail à un taux d'activité réduit à 45% dès janvier 2005.
5. L'assurée a été incapable de travailler pour cause de maladie à 100% dès le 28 mars 2008, à 50% du 1^{er} mars au 30 avril 2009, puis à nouveau à 100%.
6. Dans un premier temps, l'assurance a refusé de verser les indemnités journalières estimant que l'affection était la même que celle ayant justifié les prestations versées de fin 2002 à fin décembre 2004 et du fait que l'assurée n'avait pas travaillé à 100% durant 12 mois depuis lors.
7. L'assurance a finalement accepté de verser les indemnités journalières du 30 avril 2008 au 31 mai 2009 selon les décomptes de celle-ci.
8. L'assurée a été licenciée le 13 août 2009 pour le 31 décembre 2009.
9. Selon un courriel du 27 juin 2011 du service des ressources humaines de l'employeur, le dernier jour de présence de l'assurée était le lundi 20 avril 2009.
10. L'assurée a subi un accident le 3 novembre 2009, lors duquel elle s'est tordu la cheville et elle est tombée du trottoir.
11. Selon la déclaration de sinistre remplie par l'employeur le 6 novembre 2009, l'assurée est employée régulièrement à 45%, à raison de 18h45 par semaine et elle a travaillé pour la dernière fois dans l'entreprise le 27 mars 2008, à 13h.
12. En raison de l'incapacité de travail due à l'accident les effets de la résiliation des rapports de travail ont été reportés au 30 juin 2010.

13. L'assurée a été adressée au Dr A_____, médecin spécialiste en chirurgie orthopédique auprès de la Clinique de la Colline. Par pli du 17 mars 2010, l'assurance a adressé à ce médecin un formulaire à remplir et l'a interrogé sur les antécédents d'entorse pour lesquels l'assurée l'aurait déjà consulté. Le médecin a répondu le 12 avril 2010 que l'assurée l'avait consulté en 2006 pour une entorse à la cheville gauche.
14. L'assurée a été opérée de la cheville droite par Dr A_____ le 22 avril 2010.
15. Par pli du 23 avril 2010, l'assurance a confirmé à la clinique de la Colline sa garantie pour les frais d'hospitalisation, limitée à 20'000 fr., en relation avec l'hospitalisation de l'assurée dès le 20 avril 2010.
16. Par pli du 24 juin 2010, l'assurance a pris note du licenciement de l'assurée au 30 juin 2010 et informé l'employeur que les indemnités journalières seront directement versées à celle-ci dès le 1^{er} juillet 2010.
17. L'assurance a informé le 6 juillet 2010 le Dr A_____ que son médecin conseil estimait que l'assurée devait être apte au travail dès le mois de juillet 2010 et l'a interrogé sur plusieurs points. Il a répondu le 18 juillet 2010 que l'aptitude au travail serait évaluée en août, l'évolution étant favorable.
18. Par pli du 6 septembre 2010, l'assurance a interrogé à nouveau le Dr A_____ sur l'aptitude au travail de l'assurée, qui devait se décider en août 2010 selon son courrier de juillet 2010.
19. L'assurance a informé l'assurée le 15 novembre 2010 qu'elle suspendait tout paiement d'indemnités journalières dès le 1er octobre 2010 dans l'attente du rapport du Dr A_____ et des résultats de l'expertise.
20. Selon le rapport d'expertise du 3 décembre 2010 du Dr B_____, spécialiste en chirurgie orthopédique auprès du CEMED, l'accident est en lien de causalité avec l'incapacité de travail et les frais médicaux encourus; la situation n'est pas stabilisée; le traitement de physiothérapie et d'antalgiques durant 4 à 6 mois doit être poursuivi et devrait permettre une amélioration; la situation devrait être réévaluée et explicitée par le Dr A_____ si elle n'est pas nettement améliorée après avril 2011. L'expert précise que, si l'on ne tient compte que des suites de l'accident du 3 novembre 2009, l'assurée devrait être apte à travailler à 25% au 1^{er} janvier 2011, à 50% 6 semaines après et à 100% courant avril 2011.
21. Le paiement des indemnités journalière a été repris par l'assurance.
22. Le 18 février 2011, l'assurance a pris une décision de reconsidération, selon laquelle elle ne verse aucune prestation pour les frais relatifs à l'évènement du 3 novembre 2009, étant donné l'absence de couverture d'assurance. L'assurance

renonce à demander la restitution des indemnités journalières LAA versées pour un montant total de 21'820 fr. 20. Par contre, les frais de traitement pour un montant de 18'657 fr. 55 ont été réglés à tort et le remboursement en est demandé à la caisse-maladie, qui doit prendre en charge le traitement, compte tenu de cette décision. A l'appui de sa décision, l'assurance fait valoir que c'est à bien plaisir et sans obligation contractuelle qu'elle avait versé les indemnités journalières jusqu'au 31 mai 2009. Selon les décomptes de salaire et les explications complémentaires fournies par l'employeur, ce dernier considère que les montants qu'il a versés depuis le 1^{er} octobre 2009, soit plus d'un mois avant l'accident, ont été versés à bien plaisir, le droit au salaire n'était plus acquis. Compte tenu de ces deux faits, la couverture d'assurance accident LAA avait pris fin largement avant octobre 2009. Les indemnités perte de gain maladie ayant été versées à bien plaisir, elles ne revêtent pas légalement le caractère d'équivalence du salaire. En application de l'échelle de Berne, le droit au salaire devait ainsi s'éteindre après trois mois d'incapacité à 100% pour cause de maladie, soit le 27 juin 2008 et la couverture pour les accidents s'éteignait ensuite, après 30 jours, le 27 juillet 2008. La décision cite les dispositions topiques de la LAA, de la LPGA, du Code des Obligations, ainsi que la jurisprudence et indique que la question du droit au salaire est déterminante pour fixer la nature des indemnités journalières et pour décider si elle remplace le salaire dû par l'employeur, ce qui permet de fixer le moment de la fin du droit à la couverture d'assurance-accident.

23. L'assurée a formé opposition le 30 mars 2011.
24. Par décision sur opposition du 26 mai 2011, l'assurance rejette l'opposition. Elle rappelle que l'assurance-accident cesse de produire ses effets à l'expiration du trentième jour qui suit celui où a pris fin le droit au demi salaire au moins. En l'espèce, le droit au demi salaire au moins avait clairement cessé plus de trente jours avant l'accident, dès lors que ce droit au salaire devait s'éteindre après trois mois d'incapacité à 100 % pour cause de maladie, soit le 27 juin 2008 et la couverture LAA s'éteignait 30 jours plus tard, soit le 27 juillet 2008. En tous les cas, au plus tard 30 jours après la fin des prestations servies dans le cadre du contrat perte de gain maladie, il n'y avait plus de couverture soit le 1^{er} juillet 2009. L'accident ayant eu lieu le 3 novembre 2009, il n'y avait plus de couverture LAA à ce moment. L'assurance ne conteste pas que l'assurée a perçu son salaire jusqu'au 30 juin 2010, mais estime qu'elle n'y avait plus droit. C'est bien le droit au salaire et ni la qualification de ce dernier, ni le fait qu'il soit soumis à contributions et cotisations, ni l'existence d'un rapport de travail qui sont déterminants pour la fin de la couverture LAA.
25. Entretemps, le Dr A_____ a certifié que l'assurée était encore incapable de travailler à 100% jusqu'au 1^{er} mai 2011 et à 50% depuis lors. Le dernier certificat produit date du 16 juin 2011.

26. Par acte du 27 juin 2011, l'assurée, représentée par avocat, forme recours contre la décision sur opposition du 27 mai 2011, elle conclut à son annulation et qu'il soit constaté qu'elle était couverte par l'assurance accident le 3 novembre 2009, que l'assurance est dans l'obligation de verser les prestations dues, soit les indemnités journalières, les frais de traitement, ainsi que les indemnités journalières LAA qui n'ont pas encore été versées, avec suite de dépens.

Elle fait valoir qu'en application de l'art. 3 LAA et 7 OLAA, 5 LAVS, ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral, les montants reçus par l'assurée jusqu'au 30 juin 2010 doivent être considérés comme un salaire, peu importe que les montants versés par son employeur l'aient été à bien plaisir et que l'assurée ait exécuté sa prestation ou que le salaire représente la contrepartie du travail effectivement fourni. Il suffit en effet que la rémunération trouve son fondement dans la relation avec le contrat de travail, ce qui est le cas en l'espèce. Compte tenu du paiement du salaire jusqu'au 30 juin 2010, l'assurée était couverte contre le risque accident le 3 novembre 2009 et lors de l'opération du 22 avril 2010. Elle a d'ailleurs travaillé pour la dernière fois le 20 avril 2009 et non pas au mois de mars 2008. En conséquence, aucun cas de reconsidération n'est réalisé et, de plus, la décision viole la règle de la bonne-foi. En particulier, l'assurance avait confirmé la prise en charge des frais de l'opération tant à l'assurée qu'à son chirurgien, de sorte que sur cette base, fiable, l'assurée avait décidé de se faire opérer. Si elle avait su que l'assurance accident ne prenait pas en charge ses frais, elle aurait agi autrement, dès lors qu'elle n'a pas les moyens de les payer. Croyant ainsi de bonne-foi être couverte contre le risque accident au moment des faits, l'assurée n'a pas prévu d'assurance accident auprès de son assurance-maladie, laquelle refusera probablement de payer les frais d'opération litigieux.

27. Par mémoire du 18 juillet 2011 sur la restitution de l'effet suspensif et sur le fond, l'assurance conclut au rejet de la requête de restitution de l'effet suspensif et du recours. S'agissant de l'effet suspensif, elle fait valoir que la décision entreprise prononce le refus de couverture pour l'évènement du 3 novembre 2009, de sorte qu'il s'agit d'une décision négative, pour laquelle l'effet suspensif n'exerce aucune influence, ce qui implique que c'est sous l'angle du prononcé de mesures provisionnelles que la requête déposée doit être examinée. On peut raisonnablement estimer que l'assurée a un intérêt prépondérant au maintien du versement d'indemnités journalières de l'assurance LAA. S'agissant de la prise en charge des frais de traitement, il appartient à la caisse maladie de les assumer, pour le moins provisoirement, en vertu de l'art. 70 LPGA. Toutefois, si la décision de suppression de prestations devait s'avérer fondée, la requérante serait contrainte de restituer les prestations indûment perçues puisqu'elle ne pourrait plus se prévaloir de la protection de la bonne-foi, de sorte que l'intérêt de l'assurance accident à ne pas se retrouver dans l'impossibilité d'obtenir la restitution des prestations prime sur l'intérêt de la requérante à obtenir des indemnités journalières qui lui ont été

refusées. Partant, la requête de rétablissement de l'effet suspensif, examinée comme requête de mesures provisionnelles doit être rejetée.

Sur le fond, seule est litigieuse la question de savoir quand a pris fin le droit au demi salaire au moins, ce qui est déterminé par le droit du travail, et non pas par la jurisprudence, ni sur la base de l'art. 5 al. 2 LAVS. Bien qu'elle était toujours sous contrat de travail avec son employeur lors de l'accident du 3 novembre 2009 et qu'elle percevait son salaire, c'est le droit au demi salaire qui faisait défaut, raison pour laquelle l'assurance était en droit de revenir sur sa décision et mettre un terme aux prestations futures, sans réclamer pour autant le remboursement des prestations déjà servies.

28. Il ressort des pièces produites par l'assurance, en particulier les fiches de salaire de l'assurée, que:

- a) le salaire mensuel de base était de 4'357 fr. brut/mois en 2008, soit 1'960 fr. 65 à 45% et de 4'528 fr. 50 brut/mois en 2009, soit 2'037 fr. 85 à 45%;
- b) l'assurée a perçu son salaire à 45%, avec une déduction de 10% "pour maladie", tandis que l'employeur percevait les indemnités journalières de l'assurance (en tant que perte de gain maladie) depuis une date indéterminée et jusqu'au 30 septembre 2009;
- c) l'assurée a perçu 80% de son salaire à 45%, soit 1630 fr. brut /mois, du 1^{er} octobre au 30 novembre 2009, l'employeur ayant décidé de lui verser ce salaire "à bien plaisir", car l'assurée ne bénéficiait alors plus d'indemnités journalières, ayant épuisé ses 720 jours selon la responsable des ressources humaines;
- d) l'assurée a perçu son salaire à 45% (2'037 fr. 85), ainsi que le 13^{ème} (679 fr. 20), tandis que l'employeur percevait les indemnités journalières de l'assurance accident en décembre 2009;
- e) l'assurée a perçu la moitié de son salaire à 45% (1'018 fr.95 brut), en raison de son incapacité de travail à 50% tandis que l'employeur percevait les indemnités journalières à 50% de l'assurance accident du 1^{er} janvier au 22 mars 2010, puis à nouveau son salaire à 45% (2'037 fr. 85 brut) du 23 mars 2010 au 30 juin 2010, l'employeur percevant à nouveau des indemnités journalières à 100% de l'assurance accident;
- f) la décision du 18 février 2011 a également été notifiée au groupe Mutuel, aux termes de laquelle celui-ci est tenu de verser les prestations en raison du refus de l'assurance accident;

g) l'employeur a informé le conseil de l'assurée par pli du 17 mars 2011 que la couverture d'assurance LAA et perte de gain cessait le 30^{ème} jour qui suit celui où a pris fin le droit au demi salaire au moins (déterminant pour l'AVS). Les employés sortant ont la possibilité de souscrire une assurance par convention pour prolonger la couverture pour les accidents non professionnels d'une durée maximum de 180 jours. Les effets du congé étaient reportés au 30 juin 2010 en raison de l'accident du 3 novembre 2009.

h) Certaines factures du Dr A_____ n'ont pas été payées par l'assurance.

29. La cause a été gardée à juger sur la question de la restitution de l'effet suspensif le 19 juillet 2011.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 5 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA; RS 832.20).

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

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

3. Le recourant requiert la restitution de l'effet suspensif à son recours.

4. a) Selon l'art. 54 al. 1 let. c LPGA, les décisions et les décisions sur opposition sont exécutoires lorsque l'effet suspensif attribué à une opposition ou à un recours a été retiré.

La LPGA ne contient pas de dispositions propres sur l'effet suspensif. Selon l'art. 55 al. 1 LPGA, les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 LPGA ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021). Selon l'art. 1 al. 3 PA, l'art. 55 al. 2 et 4 PA, concernant le retrait de l'effet suspensif, s'applique à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral. Est réservé l'art. 97 LAVS relatif au retrait de l'effet suspensif pour les recours formés contre les décisions des caisses de compensation. Aux termes de l'art. 97 LAVS, applicable par analogie à l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 66 LAI (dispositions applicables en l'espèce, dans leur nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier

2003), la caisse de compensation peut, dans sa décision, prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif, même si la décision porte sur une prestation pécuniaire; au surplus, l'art. 55 al. 2 à 4 PA est applicable.

D'après la jurisprudence relative à l'art. 55 al. 1 PA, à laquelle l'entrée en vigueur de la LPGA et de l'OPGA n'a rien changé (arrêt P. du 24 février 2004, I 46/04), la possibilité de retirer l'effet suspensif au recours n'est pas subordonnée à la condition qu'il existe, dans le cas particulier, des circonstances tout à fait exceptionnelles qui justifient cette mesure. Il incombe bien plutôt à l'autorité appelée à statuer, en application de l'art. 55 PA, d'examiner si les motifs qui parlent en faveur de l'exécution immédiate de la décision l'emportent sur ceux qui peuvent être invoqués à l'appui de la solution contraire. L'autorité dispose sur ce point d'une certaine liberté d'appréciation. En général, elle se fondera sur l'état de fait tel qu'il résulte du dossier, sans effectuer de longues investigations supplémentaires. En procédant à la pesée des intérêts en présence, les prévisions sur l'issue du litige au fond peuvent également être prises en considération; il faut cependant qu'elles ne fassent aucun doute. Par ailleurs, l'autorité ne saurait retirer l'effet suspensif au recours lorsqu'elle n'a pas de raisons convaincantes pour le faire (ATF 124 V 88 consid. 6a, 117 V 191 consid. 2b et les références; ATF A du 19 septembre 2006, I 439/06).

b) Dans l'arrêt précité du 19 septembre 2006 (I 439/06), le TFA a considéré que, dans le contexte de la révision du droit à la rente, l'intérêt de l'assurée à pouvoir continuer à bénéficier de la rente qu'elle percevait jusqu'alors n'était pas d'une importance décisive, tant qu'il n'y avait pas lieu d'admettre que selon toute vraisemblance elle l'emporterait dans la cause principale. La situation matérielle difficile dans laquelle se trouvait l'assurée depuis la diminution du montant de sa rente d'invalidité ne saurait à cet égard constituer un élément déterminant. En pareilles circonstances, l'intérêt de l'administration apparaissait généralement prépondérant, puisque dans l'hypothèse où l'assurée n'obtiendrait pas gain de cause sur le fond matériel de la contestation, il était en effet à craindre que la procédure en restitution des prestations versées à tort ne se révèle infructueuse (ATF 105 V 269 consid. 3; VSI 2000 p. 187 consid. 5). S'agissant des prévisions sur l'issue du litige, elles ne présentaient pas, pour l'assurée, un degré de certitude suffisant pour qu'elles soient prises en considération. Les avis divergeaient aussi bien sur la situation médicale concrète de l'assurée que sur l'appréciation de sa capacité résiduelle de travail, rendant l'issue du litige tout à fait incertaine. Seul un examen détaillé des pièces médicales versées au dossier permettrait de répondre à la question de savoir si la révision du droit à la rente était justifiée. Ainsi, l'intérêt de l'assurance-invalidité à réduire, même à titre provisoire, le montant de ses prestations l'emportait sur celui de l'assurée à percevoir une rente entière d'invalidité durant la durée de la procédure. Le retrait de l'effet suspensif par l'autorité était par conséquent justifié.

5. En l'espèce, l'assurance a, par décision de reconsidération du 18 février 2011, refusé de prendre en charge les suites de l'accident du 3 novembre 2009 et, en conséquence, elle a cessé de verser les indemnités journalières; elle a décidé de laisser à la charge de l'assurance maladie de l'assurée les frais de traitement, notamment de l'opération du 22 avril 2010, mais elle a renoncé à réclamer à l'assurée les indemnités journalières déjà versées à hauteur 21'820 fr. 20, admettant ainsi par anticipation une éventuelle demande de remise de l'assurée, les conditions de la bonne foi, et très vraisemblablement, de la situation difficile étant réalisées pour les indemnités déjà versées. La question de savoir si la décision de reconsidération est une décision négative (qui nie tout droit à une prestation) ou une décision positive (qui supprime le droit à des prestations en cours), ce qui permet de déterminer si les conclusions de l'assurée - qui visent concrètement au paiement des indemnités journalières LAA - doivent être traitées comme une demande de mesures provisionnelles ou une demande de restitution de l'effet suspensif, peut rester ouverte. En effet, il s'avère que, bien que la situation de fait ne soit pas encore tout à fait claire, la probabilité que l'assurée n'ait plus eu droit à un demi salaire dès le 30 septembre 2009 (et non pas dès le 27 juin 2008 comme le prétend l'assurance), soit plus de 30 jours avant l'accident du 3 novembre 2009, ce qui impliquerait l'absence de couverture LAA, est suffisamment importante pour que l'intérêt de l'administration de ne pas verser des prestations prime sur celui de l'assurée de les percevoir. En effet, la difficulté de recouvrement de prestations versées à tort si la décision de reconsidération est confirmée sur le fond conduit la Cour à admettre que les indemnités journalières ne doivent pas être versées à l'assurée. Pour le surplus, le retrait de l'effet suspensif prononcé par l'assurance n'a d'effet sur l'assurée qu'en ce qui concerne les indemnités journalières.
6. Ainsi, la demande de restitution de l'effet suspensif, le cas échéant de mesures provisionnelles visant au versement des indemnités journalières, est rejetée.

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

Statuant sur incident

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Rejette la demande de restitution de l'effet suspensif.
3. Réserve la suite de la procédure.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Irène PONCET

Sabina MASCOTTO

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