

# La responsabilité de l'assureur au sens de l'art. 78 LPGA

*Journée de formation continue de la Fédération suisse des avocats*

*Berne, 31 août 2018*

Alexis Overney

Avocat, spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances

# Les références

**Ueli Kieser**

Kommentar ATSG, Zurich 2015, Art. 78 ATSG

**Alexis Overney**

Commentaire romand, LPGA, Berne 2018, Art. 78 LPGA (à paraître)

# Les références

Présentation consultable sur le site internet

**[www.letude.ch](http://www.letude.ch)**

# Le plan

- I. La genèse de la disposition
- II. Le champ d'application
- III. Les conditions de la responsabilité
- IV. La décision
- V. La responsabilité subsidiaire de la Confédération
- VI. La procédure
- VII. La responsabilité pénale
- VIII. La délimitation par rapport à d'autres normes régissant la responsabilité
- IX. Le dommage subi par l'assurance sociale
- X. La casuistique

# I. La genèse de la disposition

## **Art. 78 Responsabilité**

*1 Les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs répondent, en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales, des dommages causés illicitement à un assuré ou à des tiers par leurs organes d'exécution ou par leur personnel.*

*2 L'autorité compétente rend une décision sur les demandes en réparation.*

*3 La responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les institutions indépendantes de l'administration ordinaire de la Confédération est régie par l'art. 19 de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité.*

*4 Les dispositions de la présente loi s'appliquent à la procédure prévue aux al. 1 et 3. Il n'y a pas de procédure d'opposition. Les art. 3 à 9, 11, 12, 20, al. 1, 21 et 23 de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité sont applicables par analogie.*

*5 Les personnes agissant en tant qu'organes ou agents d'un assureur, d'un organe de révision ou de contrôle ou auxquelles sont confiées des tâches dans le cadre des lois spéciales, sont soumises à la même responsabilité pénale que les membres des autorités et les fonctionnaires, selon les dispositions du code pénal.*

# I. La genèse de la disposition

## **Rapport sur une partie générale du droit suisse des assurances sociales**

*Contribution d'un groupe de travail de la Société suisse de droit des assurances en vue d'améliorer la coordination en matière d'assurances sociales, Supplément à la RSAS, Berne 1984*

## II. Le champ d'application

- **Les seuls sujets de responsabilité externe**

*Les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs, à l'exception des organes et du personnel de ceux-ci.*

- **Le cercle des lésés**

*Les assurés et les tiers, à l'exception de l'assurance sociale elle-même.*

- **Une responsabilité subsidiaire**

- a) *Ou la prétention de la personne lésée ne peut être obtenue par le biais d'une procédure administrative ou judiciaire ordinaire en matière d'assurance sociale.*
- b) *Ou il n'existe aucune norme spéciale de responsabilité du droit des assurances sociales.*

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## A. Un sujet de responsabilité

- « (...) *les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales (...)*» (art. 78 al. 1 LPGA).
- L'art. 78 al. 1 LPGA
  - ne traite que de la **responsabilité externe** à l'égard de l'assuré ou tu tiers (et pas de la responsabilité d'un organe envers l'assurance);
  - exclut toute responsabilité externe **d'un organe de l'assurance**;
  - mentionne **spectre très large d'institutions** tenant compte de la diversité des acteurs concernés.

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## B. Un organe d'exécution ou son personnel

- Les organismes désignés à l'art. 78 al. 1 LPGA voient leur responsabilité engagée en leur qualité de «*garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales*».
- Une définition précise de l'organe d'exécution **impossible à donner**.
- Caractéristiques:
  - organe subordonné à l'assureur;
  - unité dont l'activité est régie dans une mesure substantielle par des normes et des directives données.

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## B. Un organe d'exécution ou son personnel

Le champ d'application de l'art. 78 LPGA s'étend à l'évidence au **personnel** («*Funktionäre*») des organes d'exécution (l'al. 1 prévoit que doit être réparé le dommage causé par «les organes d'exécution ou par leur personnel»).

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## C. L'exécution d'une tâche prévue par la loi

Même si, au contraire de l'art. 3 al. 1 LRCE, l'art. 78 LPGA n'exige pas que l'organe d'exécution ou son personnel ait agi «*dans l'exercice de ses fonctions*», cette condition doit être remplie.

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## D. Un acte illicite

- L'illicéité peut procéder d'un acte positif de son auteur, mais également d'une **omission**. Il faut alors qu'il existât, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission causée ou qui imposait à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise.
- La responsabilité instituée par l'art. 78 est donc **causale ou objective**.
- Cependant, **la faute**
  - constitue une condition de la responsabilité dans l'hypothèse où le lésé fait valoir une **indemnité pour tort moral** (art. 6 al. 1 LRCE);
  - peut également entraîner une **réduction de l'indemnité** (art. 44 CO).

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## D. Un acte illicite

La **gravité de la violation** importe peu. Cependant, lorsque l'illicéité reprochée résulte d'un acte juridique telle qu'une **décision ou un jugement**, seule la violation particulièrement importante des devoirs de fonction est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## E. Un dommage

- Notion **équivalente à celle qui prévaut dans le droit privé de la responsabilité civile.**
- Il peut avoir une coloration
  - **matérielle** (diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif);
  - **immatérielle** (détérioration de la qualité de vie, sous la forme de souffrances ou d'autres conséquences de nature physiques ou psychiques, mort, lésions corporelles, atteintes à la personnalité telles que le *mobbing*).

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## E. Un dommage

- Le dommage couvert par l'art. 78 LPGA peut être de nature **corporelle, matérielle ou de nature (purement) économique**.
- Le montant du dommage peut être **réduit** en application de l'art. 44 CO.
- Sont notamment constitutifs d'un dommage:
  - les **prétentions d'assurance sociale** prévues par la loi;
  - le **préjudice ménager**;
  - une indemnité pour **tort moral** (à la condition qu'une faute ait été commise);
  - les **prestations versées à tort** à un assuré et non recouvrables.

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)



## F. Une personne assurée ou un tiers lésé

- Il appartient à la loi particulière de chaque branche d'assurance dans laquelle un organe a provoqué un dommage de déterminer qui est **l'assuré**.
- **Le tiers** visé par l'art. 78 al. 1 LPGA peut être une personne physique ou morale : survivants, membres de la famille, personnes soumises à tort à un régime d'assurance sociale, employeur, *autre assureur social*, autre prestataire de prestations (qui dispose de possibilités spéciales d'action, comme p. ex. art. 89 LAMal), corporation de droit public (p. ex. une commune ou un canton).

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## F. Une personne assurée ou un tiers lésé

L'art. 78 LPGA ne vise pas la situation dans laquelle l'assurance sociale elle-même a subi un dommage du fait de l'un de ses organes. Si, en revanche, l'assurance sociale a éprouvé un dommage **du fait d'un autre assureur**, elle sera considérée comme un tiers au sens de cette disposition.

# III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

## G. Un rapport de causalité

- *Même notion qu'en droit de la responsabilité civile.*
- Si le manquement retenu consiste en une **omission**, l'établissement du lien de causalité revient à se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait empêché la survenance du résultat dommageable (causalité hypothétique).
- La causalité adéquate peut être **interrompue** par la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime.

## IV. La décision (al. 2)

- L'art. 78 LPGA **ne désigne pas l'autorité compétente.**
- Celle-ci n'est **pas forcément le sujet de responsabilité.**
- Elle est désignée par **chaque loi spéciale:**
  - art. 70 al. 2 LAVS (la caisse de compensation);
  - art. 59a LAI (l'office AI);
  - art. 25 LPC (l'autorité désignée par le droit cantonal);
  - art. 78a LAMal (l'assureur);
  - art. 100 LAA (l'assureur);
  - art. 82a al. 2 LAM (la CNA);
  - art. 21 al. 2 LAPG et 70 LAVS (la caisse de compensation);
  - art. 82a al. 1 (la caisse compétente), 85h al. 1 (l'autorité cantonale compétente) et 89a al. 1 LACI (l'organe compétent).

## V. La responsabilité subsidiaire de la Confédération (al. 3)

- La Confédération est responsable, à titre subsidiaire, pour les actes commis par «*ses institutions indépendantes de l'administration ordinaire*».
- Cette responsabilité est régie par **l'art. 19 LRCF**.
- Deux cas de figure:
  - a) Le dommage causé à **un tiers** par une assurance sociale.
  - b) Le dommage causé à **la Confédération** par un organe de l'assurance sociale.

## V. La responsabilité subsidiaire de la Confédération (al. 3)

- L'assurance sociale concernée assume une **responsabilité primaire**.
- Les organisations visées par l'art. 19 LRFC ?
  - pas les organisations internes mais **les organisations indépendantes** de la Confédération;
  - des organisations qui **remplissent des tâches** de la Confédération.
- **Exemples:** caisses-maladie comme supports de l'assurance-maladie sociale, les caisses de compensation professionnelles dotées de la puissance publique, **mais pas** les institutions d'utilité publique comme Pro Senectute, Pro Infirmis, Pro Juventute.

# VI. La procédure (al. 4)

## A. L'application de la LPGA

- Les dispositions applicables:
  - art. 30 LPGA (devoir de communication);
  - art. 38 à 41 LPGA (délais);
  - art. 43 al. 1 LPGA (prise d'office des mesures d'instruction);
  - art. 49 al. 3 et 4 LPGA (notification de la décision);
  - art. 56 ss, 62 LPGA (voies de recours).

# VI. La procédure (al. 4)

## A. L'application de la LPGA

- L'instruction de la demande:
  - si un recours contre l'agent est envisagé, il doit être informé sans délai de la demande (art. 3 al. 4 LRCE, 78 al. 4 LPGA);
  - l'assurance prend d'office les mesures d'instruction nécessaires (art. 30 LPGA);
  - mais l'assuré a le fardeau de la preuve;
  - respect du droit d'être entendu;
  - procédure (en principe) indépendante du litige relatif aux prestations (cf. toutefois TF, arrêt du 31.5.2011, 8C\_26/2011, c. 6.3.2).

# VI. La procédure (al. 4)

## A. L'application de la LPGA

- Possibilité de transiger ?
- Pas de procédure d'opposition.
- Notification à toutes les personnes concernées (art. 49 al. 34 LPGA).
- Recours au Tribunal cantonal des assurances (art. 56 ss LPGA) puis au Tribunal fédéral (art. 62 LPGA).

# VI. La procédure (al. 4)

## B. L'application analogique de certaines dispositions de la LRCE

- **Dispositions générales** sur la responsabilité:
  - art. 3 LRCE (conditions de la responsabilité, exclusion de toute action contre l'auteur);
  - art. 4 LRCE (possibilité de réduire, de supprimer les dommages-intérêts → art. 44 CO);
  - art. 5 LRCE (mode de calcul du dommage → art. 45 et 46 CO);
  - art. 6 LRCE (tort moral → art. 47 et 49 al. 1 (~~≠~~ 49 al. 2) CO)
  - art. 7 LRCE( conditions du recours de l'organisme concerné);
  - art. 8 LRCE (responsabilité du fonctionnaire envers la Confédération);
  - art. 9 LRCE (responsabilité interne, dérogation à l'art. 50 CO);
  - art. 11 LRCE (l'organisme agit comme sujet de droit privé);
  - art. 12 LRCE (pas de révision de la légalité d'actes juridiques in procès en resp.).

# VI. La procédure (al. 4)

## B. L'application analogique de certaines dispositions de la LRCE

- **Délais** de péremption et de prescription:
  - art. 20 LRCE (délai de péremption de un / dix ans, pas de délai de plus longue durée de droit pénal);
  - art. 21 LRCE (prescription de l'action récursoire);
  - art. 23 LRCE (prescription en cas de dommage direct causé par l'organe; d'exécution ou son personnel).

## VII. La responsabilité pénale (al. 5)

- **But** de l'al. 5: unifier la responsabilité pénale des personnes qui agissent comme organes ou agents d'un assureur avec celle des autorités et des fonctionnaires.
- **Conception large** de la notion de fonctionnaire (ATF 141 IV 329, c. 1.4).
- Pas de renvoi aux **art. 13 ss LRFC** (donc, pas d'autorisation préalable du DFJP).

## VIII. La délimitation par rapport à d'autres normes de responsabilité

### A. Dans le domaine des assurances sociales

- **Normes de comportement** de la LPGA (art. 27, 29 al. 2, 30, 31 al. 2, 33, 43 al. 1, 46, 47 al. 2, 49 LPGA).
- Normes contenues dans **les lois spéciales**:
  - art. 70 al. 1, 49a let. d et 102 al. 1 let. d, 52, 57 al. 2 let. h, 63 al. 5, 71a LAVS;
  - art. 59a, 66, 68<sup>quinquies</sup>, 77 al. 1 let. d LAI;
  - art. 25 LPC;
  - art. 78a, 7 al. 5, 84 let. e LAMal;
  - art. 100, 6 al. 3, 46 al. 3, 53 al. 1, 64c, 96 let. d LAA;
  - 82a, 82 al. 1 et 2, 94a let. c LAM;
  - 21 al. 3, 21 al. 2, 20a LAPG;
  - 25 let. c LAFam;
  - 82a, 85h, 89a al. 1, 79 al. 1, 82, 85g, 88 al. 2 à 5, 89a al. 2 LACI.

## VIII. La délimitation par rapport à d'autres normes de responsabilité

### B. La LRCF

- L'art. 78 LPGA constitue une **disposition spéciale** de responsabilité par rapport à la LRCF (art. 3 al. 2 LRCF).
- L'art. 78 LPGA **complète** la LRCF (art. 78 al. 4 LRCF).
- La LRCF **s'applique directement** dans l'hypothèse de l'art. 78 al. 3 LPGA).

## VIII. La délimitation par rapport à d'autres normes de responsabilité

### C. La responsabilité délictuelle et contractuelle

- L'art. 78 LPGA ne supplante pas les autres normes de responsabilité du droit commun (art. 58 CO ou responsabilité contractuelle, p. ex.).

## IX. Le dommage subi par l'assurance sociale

- Le dommage est provoqué par **un autre assureur social**:
  - l'assurance lésée est alors considérée comme un tiers lésé au sens de l'art. 78 al. 1 LPGA et cette disposition est applicable.
- Le dommage est causé par un **organe ou le personnel** de l'assurance sociale:
  - l'art. 78 LPGA n'est pas applicable;
  - les dispositions des lois spéciales sont applicables (art. 52, 70 al. 1, 71a LAVS, 66 LAI, 25 LPC, 64c LAA, 21 al. 2 et 20a LAPG, 25 let. c LAFam, 79 al. 1, 80 al. 2 let. c, 82, 85g, 88 al. 2 à 5, 89a al. 2, 83 al. 1 let. f LACI).

# X. La casuistique

- **Violation du devoir d'information (art. 27 LPGGA)**

- ATF 131 V 472, c. 4 et 5

*La violation du devoir d'information est assimilée à une déclaration erronée.*

- TF, arrêt du 14.7.2006, C 335/05, c. 3, TF, arrêt du 31.5.2011, 8C\_26/2011, c. 5.2.1

*Les al. 2 et 3 de l'art. 27 LPGGA instaurent un droit individuel des assurés à être conseillés par les organes des assurances sociales.*

- TF, arrêt du 14.11.2013, 9C\_375/2013, c. 5

*Ce devoir ne revêt pas un caractère absolu: l'assuré doit réagir s'il estime que l'information donnée ne concorde pas avec celle de l'hôpital consulté quant au traitement disponible en Suisse.*

- TF, arrêt du 18.12.2008, 9C\_894/2008, c. 4 et 6

*Un assuré est censé connaître l'existence de l'assurance-chômage, de sorte qu'un office AI n'a pas à élaborer un plan de vie complet («eine umfassende Lebensplanung»).*

# X. La casuistique

- **Violation du devoir d'information (art. 27 LPGA)**

- TF, arrêt du 31.5.2011, c. 6.3.2

*Violation de l'art. 27 LPGA admise, s'agissant d'une caisse de chômage qui a renseigné l'assuré de manière inexacte, lui faisant perdre des indemnités de chômage (le TF admet exceptionnellement l'application de l'art. 78 LPGA dans le cadre d'un recours au sujet des prestations d'assurance).*

- TF, arrêt du 14.7.2006, C 335/05, c. 3

*Un assuré peut raisonnablement attendre de son conseiller ORP qu'il le renseigne spontanément et lui fasse part de son droit à ces indemnités de chômage complètes.*

- TASS SG, arrêt du 11.3.2010, EO 2009/1

*Les organes de l'assurance-chômage voient leur responsabilité engagée pour n'avoir pas examiné correctement, avant de lui proposer un emploi temporaire pour 6 mois, si une assurée bénéficiait de suffisamment d'indemnités de chômage pour cela.*

## X. La casuistique

- **Violation du devoir d'informer un autre assureur (art. 31 al. 2 LPGA)**

- TF, arrêt du 2.1.2013, 8C\_194/2012

*Responsabilité d'un office AI qui omet d'informer un assureur-accidents qu'il verse un rente complémentaire et une rente pour enfants.*

- TF, arrêt du 11.3.2011, 8C\_162/2010

*Si des indications données conduisent un autre assureur à admettre à tort une couverture d'assurance, le dommage qui s'ensuit pour celui-ci doit être réparé.*

- **Omission d'envoyer certains formulaires**

- ATF 133 V 14 (cf. ég. TF, arrêt du 18.9.2017, 8C\_247/2017)

*Responsabilité d'un office AI qui n'envoie pas à un employeur, qui l'avait demandée, la formule spéciale destinée à obtenir le remboursement des prestations qu'il avait avancées, les arriérés de rentes ayant été versés directement à l'assuré et non à l'employeur.*

# X. La casuistique

- **Violation des intérêts ou de l'intégrité corporelle de l'assuré**

- TF, arrêt du 3.10.2008, 8C\_510/2007

*Responsabilité engagée ensuite d'une lésion causée par le médecin d'arrondissement de la CNA lors d'un examen médical qui aurait pu être évitée par la consultation de radiographies.*

- TF, arrêt du 8.11.2017, 8C\_570/2016, c. 1.4 (CourEDH, 18.10.2016, Vutoka-Bojic c. Suisse, arrêt n° 61838/19)

*La surveillance d'une assurée par un détective privé mandaté par un assureur-accidents jugée contraire au droit car effectuée en violation des droits garantis par les art. 8 CEDH et 13 Cst.*

## X. La casuistique

- **Assureur qui paie (ou s'abstient de payer) des prestations en main d'un tiers**
  - TF, arrêt 2.5.2007, I 83/07, SVR 2007 IV n° 42  
*Versement sur un compte bancaire erroné.*
  - ATF 133 V 14  
*Absence de remboursement des arriérés de rente en mains de l'employeur.*
  - TF, arrêt du 9.6.2010, 9C\_392/2010  
*Absence de remboursement d'une rente pour enfant à un service social.*

# X. La casuistique

- **Assureur qui suspend le paiement de prestations**

- TAF, arrêt du 2.12.2014, C-124/2013

*Assureur qui suspend le paiement des prestations alors qu'il devait rechercher d'office les renseignements dont il avait besoin (art. 43 LPGGA).*

- **Assureur qui omet de réduire ou de supprimer une rente**

- ATF 137 V 76, c. 3.3.1

*Office AI qui a négligé d'exécuter une décision de suppression de rente durant plus de dix ans n'a pas été considéré comme garant des intérêts de l'institution de prévoyance qui avait poursuivi le versement de la rente durant ce laps de temps.*

# X. La casuistique

- **Calcul inexact ou évaluation erronée des conditions d'octroi des prestations d'assurances**

- TF, arrêt du 11.12.2012, 8C\_81/2012

*Caisse de chômage qui accorde à tort des prestations d'assurance en considérant que les conditions de l'art. 8 LACI sont remplies amenée à rembourser la CNA pour les prestations que celle-ci avait allouées à tort et qui n'étaient plus recouvrables.*

- TF, arrêt du 10.11.2017, 9C\_367/2017, c. 5.2

*Différence de prime d'assurance-maladie lorsqu'une caisse-maladie rend impossible le changement d'assureur.*

- TF, arrêt du 8.8.2017, 9C\_314/2017

*Omission de statuer sur une demande d'allocation pour mineur impotent.*

# X. La casuistique

- **Déni de justice ou retard injustifié**

- TAF, arrêt du 10.1.2012, C-142/2010

*Peut faire l'objet d'une réparation s'il a causé un dommage.*

- TF, arrêt du 6.11.2000, 5A.8/2000, c. 3

*Même si un retard injustifié provoque une atteinte grave à la personnalité, celle-ci se trouve compensée par le constat du comportement illicite des organes concernés, qui constitue une forme de réparation (!).*

# Conclusion



***Merci de votre attention.***