

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1279/2010

ATAS/153/2011

**ARRET**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre des assurances sociales**

**du 15 février 2011**

**2<sup>ème</sup> Chambre**

En la cause

HELSANA ASSURANCES SA, sise avenue de Provence 15,  
LAUSANNE

demanderesse

contre

Monsieur A \_\_\_\_\_, domicilié à GENEVE, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Manuel MOURO

défendeur

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et  
Evelyne BOUCHAARA, Juges assesseurs**

---

### **EN FAIT**

1. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après l'assuré ou le défendeur) a conclu auprès d'Helsana Assurances SA (ci-après l'assurance ou la demanderesse) une assurance obligatoire de maladie valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2006.
2. Le 27 avril 2006, l'assuré a signé une proposition d'assurance individuelle d'indemnités journalières SALARIA, soumise à la LCA. La proposition prévoyait, en cas de maladie ou d'accident, une indemnité journalière de 183 fr. pendant 730 jours avec un délai d'attente de 30 jours. L'assuré a rempli la déclaration de santé, répondant par la négative à toutes les questions posées. Il spécifiait enfin qu'il était indépendant dans le domaine du nettoyage de parquet.
3. Il ressort du Registre du commerce que l'assuré a été titulaire d'une entreprise individuelle, notamment active dans le nettoyage, la vitrification et le ponçage de parquet et la pose de moquette, du 21 avril 1997 au 12 janvier 1999, date à laquelle il a été déclaré en faillite par jugement du Tribunal de première instance. Du 14 avril 2005 au 26 février 2007, l'assuré a été titulaire d'une entreprise individuelle de nettoyage et de ponçage de parquet, entreprise radiée le 26 février 2007. Enfin, l'assuré a été associé gérant d'une société à responsabilité limitée (Manunova Sàrl) du 6 février 2007 au 14 septembre 2007.
4. Par pli du 26 mai 2006, l'assurance a accepté de conclure l'assurance d'indemnités journalières SALARIA, avec une réserve pour un status post-opération de la colonne vertébrale lombaire, récidives et suites éventuelles.
5. Le 16 juin 2006, l'assuré a signé un document pré-imprimé, confirmant qu'il maintenait sa proposition malgré la réserve.
6. Par pli du 16 juin 2006, l'assurance a confirmé l'entrée en vigueur de l'assurance avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2006. La police, conforme à la proposition d'assurance s'agissant des conditions d'octroi, mentionnait que les conditions générales d'assurance (CGA 1997 / CSA 2005) sont déterminantes.
7. L'assuré a signé un "questionnaire accident" daté du 25 juillet 2007, faisant état d'un accident survenu le 2 février 2007 sur un chantier du cycle de la Seymaz. L'accident était décrit comme suit: "en tirant les câbles électriques des machines, déséquilibré et tombé de côté sur l'épaule droite". L'incapacité de travail était complète dès le 10 février 2007.
8. Le 29 novembre 2007, l'assuré a déclaré un accident survenu le 10 juin 2007 sur un chantier du collège de la Seymaz, la description étant "j'ai trébuché dans le câble électrique et je suis tombé". L'incapacité de travail était complète dès le 10 juin 2007.

- 
9. Selon un décompte de prestations daté du 11 décembre 2007, l'assuré a eu droit, à l'expiration du délai d'attente de 30 jours, à des indemnités journalières de 183 fr. du 14 juin au 13 août 2007 (incapacité de travail de 100 %) et de 91 fr. 50 du 14 août au 31 octobre 2007 (incapacité de travail de 50 %), soit au total 18'391 fr. 50. Cette somme a été versée sur le compte de l'épouse de l'assuré le 24 janvier 2008.
10. Le dossier de l'assuré contient un formulaire "annonce de maladie pour assurés individuels" daté du 16 avril 2008, non signé, mentionnant une incapacité de travail depuis le 15 mai 2007, en raison d'un accident. Il y est mentionné que l'assuré exploitait une société à responsabilité limitée, avec trois employés, dans le domaine du bâtiment. A la question "l'incapacité de travail entraîne-t-elle des frais supplémentaires", il est écrit: "engagement d'une personne: 4'470 fr./mois".
11. Par pli du 29 avril 2008, l'assurance, faisant suite à la visite de l'un de ses inspecteurs chez l'assuré, a sollicité des pièces justifiant le revenu de l'assuré (décompte AVS, compte d'exploitation ou déclaration d'impôts), précisant qu'il ne doit pas résulter une surindemnisation.
12. Il ressort de l'extrait de compte individuel AVS de l'assuré que ce dernier a réalisé un salaire de 34'000 fr. en 2006.
13. Par pli du 16 octobre 2008, l'assurance accuse réception du décompte AVS pour l'année 2006. Elle indique que l'assuré ne peut pas percevoir des prestations supérieures à sa perte de revenu effectif. Ainsi, la perte de gain est de 92 fr. 90 par jour, montant correspondant aux indemnités journalières réduites. Un décompte rectificatif a été effectué, comme suit :

a) indemnités journalières versées à tort:

- du 15.05.2007 au 14.08.2007 x 183 fr. x 61 jours à 100% =	11'163 fr.
- du 15.08.2007 au 31.10.2007 x 91 fr. 50 x 79 jours à 50% =	7'228 fr. 50
	<u>18'391 fr. 50</u>

b) indemnités journalières dues :

- du 15.5.2007 au 14.08.2007 x 92 fr. 90 x 61 jours à 100% =	5'666 fr. 90
- du 15.08.2007 au 19.08.2007 x 46 fr. 45 x 6 jours à 50% =	278 fr. 70
- du 20.08.2007 au 31.10.2008 x 91 fr. 50 x 408 jours à 100% =	37'903 fr. 20
	<u>43'838 fr. 80</u>

c) total en faveur de l'assuré: 25'457 fr. 30

14. Un "aperçu du décompte des prestations" adressé à l'assuré le 21 octobre 2008 mentionne "extourne: décompte erroné du 10.12.2007, total à votre charge: 18'391 fr. 50".
15. Le 23 octobre 2008, la somme de 43'848 fr. a été versée sur le compte bancaire de l'épouse de l'assuré. Le paiement avait pour motif les prestations du 15 mai 2007 au 30 septembre 2008 selon le décompte du 18 octobre 2008.
16. L'assurance a adressé le 16 novembre 2008 un rappel à l'assuré, l'invitant à payer la somme de 18'391 fr. 50 selon facture du 18 octobre 2008. Un second rappel a été adressé le 20 décembre 2008.
17. Le 29 mai 2009, l'assurance a fait notifier un commandement de payer, poursuite n° 09 115851 R, auquel l'assuré a formé opposition. L'assurance requérait le paiement de la somme de 18'391 fr. 50 avec intérêts à 5 % dès le 7 novembre 2008 ainsi que 70 fr. de frais administratifs.
18. Par pli du 30 juillet 2009, faisant référence à un entretien téléphonique avec l'épouse de l'assuré, l'assurance rappelle avoir déduit la somme de 3'994 fr. 70 sur la somme de 18'391 fr. 50 versée par erreur, de sorte que la somme encore due par l'assuré s'élève à 14'396 fr. 80.
19. Par pli du 4 février 2010, l'assurance a imparti un ultime délai à l'assuré pour payer le montant de 14'396 fr. 80, l'invitant à signer une reconnaissance de dette et précisant qu'à défaut de paiement, elle devra mettre l'assuré aux poursuites et ouvrir action en répétition de l'indu devant le Tribunal des assurances sociales. L'assurance relevait que la procédure est coûteuse, en particulier pour la partie qui succombe. De plus, au vu des faits limpides, le juge condamnera l'assuré à lui verser ce qu'il a indûment touché.
20. Le 13 avril 2010, l'assurance a déposé devant le Tribunal cantonal des assurances sociales une action en répétition de l'indu, concluant à ce que l'assuré soit condamné à lui verser la somme de 18'391 fr. 50, avec intérêts à 5% dès le 7 novembre 2008 sous déduction d'une somme de 3'884 fr. 50, montant compensé le 30 juillet 2009. Elle fait valoir que selon l'article 1<sup>er</sup> des CSA, seule la perte de gain effective doit être indemnisée, raison pour laquelle le défendeur a dû déposer le formulaire attestant du salaire déclaré en 2006 à l'AVS, soit le revenu qu'il touchait avant son incapacité de travail, de 34'000 fr. par an. Il s'agissait ainsi du montant maximum de sa perte de gain puisqu'aucun autre revenu qui aurait pu être indemnisé n'existait. Ainsi, l'indemnité journalière calculée sur la base du décompte AVS était de 92 fr. 90 (34'000 fr. divisés par 366 jours, 2008 étant une année bissextile) et non pas de 183 fr. par jour. L'assurance avait indemnisé provisoirement l'assuré du 15 mai au 31 octobre 2007 sur la base de l'indemnité journalière de 183 fr., prévue par la police d'assurance, puis, une seconde fois, lors de l'établissement du décompte final, en se basant sur une perte de gain fondée sur

le décompte AVS de 92 fr. 90 par jour. L'action en restitution de l'indu était fondée sur les art. 62 et ss du CO, la LCA ne renfermant pas de norme relative à la restitution de prestations versées à tort par une des parties au contrat. La source de l'enrichissement illégitime doit résulter, dans le cas de la répétition de l'indu prévu à l'art. 62 CO, d'un paiement volontaire ou par erreur, tout type d'erreur pouvant justifier un remboursement, qu'il s'agisse d'une erreur de fait, de droit, excusable ou pas. Au vu des faits, c'est en raison d'une erreur de l'assurance que le défendeur a perçu à double les indemnités journalières pour la période du 15 mai au 31 octobre 2007, voire en raison d'un paiement sans cause valable. En effet, l'assurance a indemnisé une seconde fois cette période par versement du 16 octobre 2008, en oubliant de déduire l'avance effectuée le 4 décembre 2007. Elle ne s'est rendu compte de son erreur qu'après le second versement du 16 octobre 2008. Le cas échéant, les conditions des autres cas d'enrichissement illégitime sont également remplies, puisque le versement a été effectué sans cause valable, dans la mesure où l'obligation de verser des indemnités journalières à double était inexistante pour la période en question. Enfin, si le Tribunal estime que sa créance découle d'une demeure d'une partie à un contrat bilatéral, les conditions de la répétition des art. 97 et ss CO sont également remplies.

21. Par mémoire de réponse du 30 juin 2010, le défendeur, représenté par avocat, conclut au déboutement de la demanderesse, avec suite de dépens. Il expose qu'il a réalisé, dans l'année ayant précédé la signature du contrat d'assurance, des revenus moindres, au motif qu'il avait souffert de difficultés de santé. Ceci explique que son relevé AVS fasse ressortir un gain de 34'000 fr. pour l'année 2006, inférieur à ses revenus usuels. Le défendeur escomptait réaliser des revenus de l'ordre de 5'000 fr., comme il le faisait par le passé, lorsqu'il a conclu une assurance individuelle d'indemnités journalières, pour une activité à plein temps et sans diminution de sa capacité de travail. Au demeurant, il appartenait à l'assurance de lui demander des explications concernant ses revenus effectifs, afin de fixer en toute transparence un niveau de prime correspondant au salaire assuré. Il n'est pas admissible que l'assurance prétende encaisser des primes qui correspondent à des indemnités journalières de 183 fr., puis accepte de verser, uniquement, 92 fr. 50 d'indemnités par jour. Le défendeur considère qu'il n'est pas compréhensible que l'assurance soit autorisée à encaisser des primes calculées sur 60'000 fr. de revenus et à verser des indemnités calculées sur 34'000 fr. de revenus. Dans l'hypothèse où le Tribunal devait retenir qu'il a perçu des prestations indues, celles-ci ne peuvent pas être répétées, dès lors que les versements auxquels l'assurance a procédé se fondent sur un contrat d'assurance, qui prévoit expressément le versement d'indemnités journalières correspondant au gain assuré, de sorte que la cause du versement est parfaitement légitime, indépendamment de la question de savoir si une appréciation juridique différente et postérieure au paiement est de nature à faire regretter à l'assureur le paiement opéré. De plus, lorsque la demanderesse a procédé au versement du montant de 43'848 fr. 80, elle ne croyait pas, à ce moment-là, par

---

erreur, qu'elle devait ce qu'elle a payé, dès lors que le 16 octobre 2008 déjà, l'assurance avait informé l'assuré de ce que l'indemnité s'élevait à 92 fr. 90 au lieu de 183 fr. calculés jusqu'alors. Pour terminer, l'assuré n'a jamais admis son obligation de rembourser les montants réclamés et, dès que son épouse lui a remis les montants perçus, de la main à la main, il s'est empressé de rembourser les dettes contractées auprès de ceux qui l'ont soutenu, de sorte qu'il n'est plus enrichi.

22. Par ordonnance du 6 juillet 2010, le Tribunal a fixé une comparution personnelle des parties au 17 août 2010 et a imparti aux parties un délai au 13 août 2010 pour déposer une liste de témoins.
23. Par pli du 20 juillet 2010, la demanderesse a précisé que l'audition de témoins est inutile, dès lors que l'argumentation du défendeur concernant l'absence d'enrichissement, en raison du remboursement de dettes, est irrelevante. La demanderesse a précisé que seule la perte de gain effective devait être indemnisée, le défendeur n'ayant attesté que d'une perte de gain de 34'000 fr., soit le salaire déclaré à l'AVS en 2006. Peu importe ce qu'il comptait réaliser, à défaut de pouvoir le prouver, seul étant déterminant le revenu effectivement perçu avant l'incapacité de travail. De plus, l'art. 11.2 CSA prévoit clairement que l'assuré doit apporter la preuve de la perte de gain, ce qu'il n'a manifestement pas fait.
24. Les parties ont été auditionnées le 17 août 2010. Les déclarations du défendeur, nonobstant l'aide d'un interprète portugais-français, étaient difficilement compréhensibles. Il est toutefois ressorti de son audition que, avant d'ouvrir son entreprise au printemps 2007, il a travaillé pour l'entreprise de son fils, comme salarié durant deux à trois ans, réalisant un salaire de l'ordre de 4'000 fr. à 4'500 fr. par mois. En 2005, il a eu un accident, de sorte que son salaire déclaré en 2006 n'est pas représentatif de son revenu antérieur, du fait qu'il était en partie constitué d'indemnités journalières et qu'il a ensuite travaillé à mi-temps.

Lors de la conclusion du contrat d'assurance, l'employée qui l'a reçu lui a indiqué que la prime serait de 480 fr. par mois et que l'indemnité serait de 5'500 fr. par mois en cas de maladie ou d'accident. Il ne sait pas qui a rempli l'annonce de maladie datée du 16 avril 2008. Il n'a plus repris le travail après l'arrêt qui a débuté le 15 mai 2007.

Lorsqu'il a été accidenté, il avait beaucoup de travail, et en particulier un contrat avec une école située à la route de Chêne. Il s'agissait de poncer et vitrifier 10'000 m<sup>2</sup> de parquet. Il a dû abandonner ce contrat à une autre entreprise.

Les machines et le véhicule lui appartenaient et il a dû investir une somme évaluée à 40'000 fr. Il louait deux locaux, l'un pour 1'050 fr. par mois et un dépôt pour 300 fr. par mois. Une femme, rémunérée, s'occupait de la comptabilité. Son fils a toujours une entreprise à son nom.

Quant au représentant de l'assurance, il a exposé qu'il ne connaissait pas les circonstances de la conclusion du contrat. Il ne détient pas la proposition d'assurance, ni les bases sur lesquelles l'indemnité journalière effectivement versée est fondée, lorsque l'assuré n'a exercé que quelques mois son activité indépendante, ce qui ne permet pas de déterminer le chiffre d'affaires qu'il aurait réalisé sur une plus longue période. Dans le cas du défendeur, l'assurance s'est effectivement fondée sur son salaire de dépendant réalisé en 2006. Lors de la conclusion du contrat, si l'entreprise existe déjà, l'assurance demande à voir les comptes pour fixer le montant de l'indemnité journalière. Si l'entreprise est nouvelle, le représentant de l'assurance a admis ne pas savoir sur quelle base l'indemnité est fixée, soit le chiffre d'affaires plutôt que le bénéfice net.

Il a précisé que l'incapacité de travail était de 100 % du 15 mai 2007 au 13 août 2007. L'indemnisation a débuté le 14 juin 2007. L'incapacité est de 50 % dès le 14 août 2007. Le versement des indemnités a cessé le 31 octobre 2008, mais l'incapacité a perduré. Le montant litigieux concerne les indemnités versées jusqu'au 31 octobre 2008. Le représentant de l'assurance relève que la compensation faite à hauteur de 3'994 fr. 70 pourrait concerner des prestations dues à l'épouse du défendeur. Il est en revanche certain que des indemnités journalières n'ont plus été versées au-delà du 31 octobre 2008.

La demanderesse admet que le défendeur a remboursé des dettes avec les montants perçus. Ce point n'étant plus contesté selon elle, il n'est pas nécessaire d'entendre des témoins à ce sujet.

25. Compte tenu du fait que de nombreuses pièces déterminantes n'ont pas été produites, le Tribunal a imparté aux parties un délai au 15 septembre 2010 pour produire leurs listes de témoins et les pièces manquantes, ainsi que pour répondre à toutes les questions posées dans l'ordonnance du 19 août 2010, concernant les circonstances, la date et les pourparlers lors de la conclusion du contrat, le fondement du montant des indemnités journalières fixé à 183 fr., le chiffre d'affaires prévisionnel et les charges de l'entreprise du défendeur, et la titularité de la créance de 3'994 fr. 70 compensée par la demanderesse.
26. Par pli du 6 septembre 2010 adressé au défendeur, et en copie au Tribunal, la demanderesse invoque une réticence, au sens de l'art. 6 al. 1 LCA, dès lors que lors de la conclusion du contrat d'assurance, le défendeur a répondu par la négative aux questions concernant les traitements subis les cinq dernières années, alors qu'il a eu un accident en 2005.
27. Par pli du 14 septembre 2010, la demanderesse produit des pièces manquantes et apporte des précisions sur les circonstances de la conclusion du contrat. Selon sa base de données, une employée a réceptionné la demande du défendeur en date du 27 avril 2006 pour une assurance d'indemnités journalières (selon la pièce produite,

---

il s'agirait du 27 mars 2006). Le 27 avril 2006, une seconde employée a imprimé l'offre d'assurance, à compléter par le défendeur. Selon la demanderesse, il est inutile d'interroger ces deux personnes, dès lors qu'elles n'ont qu'un vague souvenir d'un contrat passé il y a quatre ans. Au demeurant, pour ce genre de contrats, soit une assurance d'indemnités journalières peu élevées pour un indépendant, il n'y a pas de pourparlers à proprement dit. Lors de la conclusion, l'assureur informe qu'en cas d'incapacité de travail, la perte de gain devra être attestée et le montant assuré sera le maximum indemnisable. En règle générale, en cas de début d'activité d'indépendant, l'assuré produit un extrait de son compte AVS ou une estimation de sa future activité. Dans le cas présent, l'assuré n'a produit ni l'un ni l'autre, raison pour laquelle l'assurance a simplement repris le montant qu'il souhaitait voir être assuré. Il est impossible d'établir les motifs du choix du défendeur. Il est toutefois démontré qu'il réalisait un salaire de 34'000 fr. en 2006, seule perte de gain possible. La compensation de 3'994 fr. 70 était justifiée, dès lors qu'il s'agissait de prestations destinées au défendeur, soit les indemnités journalières du 1<sup>er</sup> avril au 13 mai 2009. Ainsi, en définitive, l'assurance a versé des indemnités journalières du 15 mai 2007 au 13 mai 2009, soit pendant la durée maximale du droit aux prestations. La demanderesse rappelle que le défendeur a commis une réticence, en n'annonçant pas l'accident et les soins qu'il a vraisemblablement reçus en 2005, ce qui impliquait la résiliation du contrat *ex nunc*, de sorte que l'assurance serait fondée à réclamer toutes les prestations déjà versées. Dans la mesure où le défendeur ne semble pas être en mesure de rembourser la somme de 14'396 fr. 80, il est inutile d'entreprendre une longue procédure afin de déterminer si les conditions de l'art. 6 al. 3 LCA sont remplies. Cela étant, si l'assuré n'accède pas à la demande judiciaire, l'assurance envisage de réclamer, outre le montant de 14'396 fr. 80, l'intégralité des prestations servies, soit 60'716 fr. 60. Il ressort enfin des pièces produites par la demanderesse qu'elle a effectivement versé au défendeur des indemnités journalières de 92 fr. 90, correspondant à un taux d'incapacité de 100 %, ce au-delà du 31 octobre 2008, soit jusqu'au 31 mars 2009, celles dues du 1<sup>er</sup> avril au 13 mai 2009 ayant été compensées avec la somme réclamée.

28. Par pli du 15 octobre 2010, l'avocat du défendeur a rappelé que le Tribunal avait pu constater lors de l'audience que l'assuré ne disposait pas d'une maîtrise du français suffisante pour comprendre les subtilités liées aux conditions générales de la police d'assurance, de sorte que l'on peut raisonnablement penser que si le juriste représentant la demanderesse à l'audience ne connaissait pas les modalités de calcul pratiquées pour fixer le montant des indemnités en cas d'activité indépendante débutante, l'assuré ne le savait pas non plus. De même, le simple représentant qui avait conclu le contrat ne l'avait certainement pas expliqué au défendeur. Les conditions générales prévoient que le montant assuré correspond au montant de la perte effective, qui ne rend pas obligatoire la référence au revenu salarié réalisé l'année précédente par l'assuré. Au contraire, la disposition impose à l'assurance

d'investiguer la situation réelle de l'assuré lors de l'accident, alors que celui-ci travaillait à plein temps, en qualité d'indépendant, pour le compte d'un gros client qui lui avait confié le soin de vitrifier 10'000 m<sup>2</sup> d'une école à Thônex.

Lors de la conclusion du contrat, le défendeur a compris, de bonne foi, qu'en payant des primes calculées sur un revenu de 5'500 fr., il pouvait légitimement aspirer à recevoir des indemnités correspondantes en cas d'accident. Il est contesté et totalement irréaliste que l'agent d'assurance lui ait expliqué qu'il allait payer des primes calculées sur 5'500 fr. de revenus, puis être indemnisé sur un salaire de 3'000 fr., car le bon sens commun de l'assuré, malgré ses difficultés de compréhension, l'aurait à l'évidence conduit à ajuster à la baisse le montant de ses primes. Cela étant, celui qui s'installe à son compte, en investissant pour cela des montants considérables, est en droit d'espérer réaliser des revenus supérieurs à ceux qu'il réalisait par le passé, sans quoi son intérêt à être indépendant plutôt que salarié serait inexistant. Ainsi, le défendeur n'a pas perçu des indemnités journalières sans cause légitime, puisqu'il a régulièrement versé des primes correspondant aux montants qu'il a perçus. Il appartenait à l'assurance, avant de réduire le montant des prestations, de procéder à une enquête portant sur le gain réel de l'assuré. En renonçant à solliciter des informations utiles de son assuré, elle doit se voir opposer l'obligation de verser les indemnités d'assurance correspondant aux primes versées. Pour terminer, le défendeur prend acte que la demanderesse n'entend pas solliciter la restitution des indemnités, en raison de la réticence évoquée, rappelant par ailleurs que la réticence est sans influence sur les prestations servies par l'assurance, dès lors que l'incapacité de travail relève d'un nouvel accident.

29. La cause a été gardée à juger le 20 octobre 2010.

### **EN DROIT**

1. a) Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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 ; RS 832.10) et à l'assurance-accidents obligatoire prévue par la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA ; RS 832.20), relevant de la loi fédérale sur la contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1).

Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009 en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011).

En l'espèce, le contrat conclu entre les parties est une assurance perte de gain maladie et accident, complémentaire à la LAMal et la LAA, et soumise à la LCA, de sorte que la Cour est compétente à raison de la matière.

2. a) S'agissant du for, l'art. 32 des conditions générales d'assurance (CGA) pour les assurances maladie complémentaires prévoit que sont compétents, pour toutes les actions au sujet du contrat, soit les tribunaux du domicile suisse des personnes assurées et des ayants droit, soit ceux du siège de l'assureur.

Se pose toutefois la question de savoir si la nature de l'action intentée, à savoir une demande fondée sur le contrat ou sur les dispositions de l'enrichissement illégitime, a une incidence sur les dispositions impératives du droit fédéral régissant le for.

b) Selon l'art. 404 al. 2 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, abrogeant ainsi au 31 décembre 2010 la loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (aLFors ; RS 272), la compétence à raison du lieu est régie par le nouveau droit. Toutefois, la compétence conférée en application de l'ancien droit est maintenue.

Ceci dit, les dispositions topiques au cas d'espèce sont identiques, que ce soit sous l'angle de la aLFors ou du CPC.

L'art. 9 al. 1 aLFors prévoit que, sauf disposition contraire, les parties peuvent convenir d'un tribunal appelé à trancher un différend présent ou à venir résultant d'un rapport de droit déterminé. Sauf disposition conventionnelle contraire, l'action ne peut être intentée que devant le tribunal choisi.

Selon l'art. 3 al. 1 let. a aLFors, le for est, sauf disposition contraire de la loi, pour les actions dirigées contre une personne physique, celui de son domicile.

À teneur de l'art. 22 al. 1 aLFors, en cas de litige concernant les contrats conclus avec des consommateurs, le for est celui du domicile ou du siège de l'une des parties lorsque l'action est intentée par le consommateur (let. a) ou celui du domicile du défendeur lorsque l'action est intentée par le fournisseur (let. b). Sont réputés contrats conclus avec des consommateurs les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée aux besoins personnels ou familiaux du consommateur et qui a été offerte par l'autre partie dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale (art. 22 al. 2 aLFors). Il s'agit d'un for impératif. À l'instar du Conseil fédéral (Message du 18 novembre 1998 in FF 1999 2591), la doctrine considère que le contrat d'assurance est un contrat conclu avec un consommateur (DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, Berne, 2001, p. 510 ; HOHL, Procédure civile, tome II, Berne, 2002, p. 59).

L'art. 25 aLFors prévoit que le tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. A ce sujet, il sied de relever que les actions fondées sur l'enrichissement illégitime ne sont pas des actions pour actes illicites, de sorte qu'elles doivent être intentées au for ordinaire de l'art. 3 aLFors (Message du 18 novembre 1998, FF 1999 2627 ; HOHL, op. cit., p. 65).

c) Il découle de ce qui précède qu'il existe un for au domicile du défendeur, soit en l'espèce le Canton de Genève, qu'il s'agisse d'une action fondée sur le contrat ou sur l'enrichissement illégitime (art. 3 al. 1 let. a ou art. 22 al. 2 aLFors), l'élection de for prévue à l'art. 32 CGA étant ainsi conforme au droit fédéral, eu égard au cas d'espèce.

La compétence de la Cour *ratione loci* est ainsi donnée.

3. S'agissant des règles de procédure applicables, l'art. 404 al. 1 CPC prévoit que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. A teneur de l'art. 89A de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA ; E 5 10), les dispositions de la LPA demeurent applicables aux procédures pendantes devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (anciennement Tribunal cantonal des assurances sociales) en tant qu'il n'y est pas dérogé.

En l'espèce, s'agissant d'une procédure introduite avant le 31 décembre 2010, les dispositions de procédure de la LPA demeurent applicables.

Si, à raison de la forme, la demande en restitution de l'indu respecte les conditions de LPA (art. 89B LPA), la question du respect du délai sera examinée ultérieurement. En effet, il s'agit, dans un premier temps, de déterminer si les prétentions de la demanderesse sont fondées sur la LCA ou sur les dispositions de l'enrichissement illégitime au sens des art. 62 et ss du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO - RS 220), dès lors que ces actions sont soumises à des délais de prescription différents (2 ans selon l'art. 46 LCA et 1 an selon l'art. 67 CO).

4. Le litige porte sur la question de savoir si la demanderesse est en droit de demander la restitution des prestations indues qu'elle a versées au défendeur. Il convient donc, d'une part, de déterminer la nature des relations entre les parties et, d'autre part, la nature de l'action de la demanderesse.
5. a) Il est rappelé que les parties sont liées par un contrat d'assurance, soumis à la LCA et aux conditions générales d'assurance. Il s'agit en l'espèce d'une assurance d'indemnités journalières pour perte de gain, en cas d'accident et de maladie. La LCA ne comporte pas de dispositions particulières sur l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie ou d'accident, de sorte qu'en principe, le droit aux

prestations se détermine exclusivement d'après la convention des parties (ATF 133 II 185, consid. 2 = SJ 2007 I p. 459).

b) À teneur de l'art. 1 CGA, les assurances complémentaires à l'assurance obligatoire des soins couvrent, dans le cadre des dispositions applicables et conformément aux conditions supplémentaires d'assurance (CSA), les conséquences économiques de la maladie, de la maternité et de l'accident, aussi longtemps que dure l'assurance. Pour autant que les conditions du contrat ne prévoient pas de dérogation, le contrat d'assurance est régi par les prescriptions de la LCA (art. 4 CGA).

Selon l'art. 1 CSA, l'assurance d'indemnités journalières SALARIA couvre la perte de gain attestée, à concurrence de l'indemnité journalière assurée, qui résulte de l'incapacité de travail causée par la maladie ou l'accident. L'indemnité journalière s'éteint automatiquement lorsque le droit maximal aux prestations a été atteint ou à l'abandon de l'activité lucrative (art. 5.2 CSA), étant précisé que les jours d'incapacité de travail partielle sont comptés comme jours entiers.

Le droit aux prestations de l'indemnité journalière n'existe que s'il n'en résulte pas de gain d'assurance pour l'assuré. Sont considérées comme gain d'assurance, les prestations qui dépassent la couverture de la perte de revenu de la personne assurée (art. 11.1 CSA). La personne assurée doit apporter la preuve de la perte de gain non couverte, sinon il n'y a pas de droit aux prestations d'indemnités journalières (art. 11.2).

c) Eu égard à ce qui précède, il convient d'examiner la nature de l'action en restitution, singulièrement de déterminer si celle-ci est fondée sur le contrat ou sur un enrichissement illégitime.

Contrat et enrichissement illégitime s'excluent l'un l'autre, puisqu'un contrat représente une cause juridique, et qu'une prétention découlant de l'enrichissement illégitime suppose précisément qu'il n'y a pas de cause juridique. Aussi longtemps que l'on peut faire valoir une créance découlant d'un contrat, les règles de l'enrichissement illégitime ne peuvent être appliquées. C'est pourquoi il faut examiner si la partie demanderesse à une telle action a effectué des prestations découlant d'un contrat et si elle peut également en réclamer la restitution sur la base de ce contrat. La grande différence entre les prétentions contractuelles et celles qui résultent de l'enrichissement illégitime est la divergence des délais de prescription applicables, soit l'art. 46 al. 1 LCA pour les prétentions contractuelles et l'art. 67 CO pour celles qui découlent de l'enrichissement illégitime (ATF 135 III 289 consid. 6.1 ; ATF 133 III 356 = JdT 2008 I p. 91).

Ainsi, sous réserve d'un délai conventionnel plus long (art. 98 al. 1 LCA), les créances qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation (art. 46 al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, LCA). Cette disposition est

---

applicable à toutes les créances qui, en vertu de la loi ou du contrat, ont leur source dans les rapports d'assurance. Les deux principales situations visées par cette disposition concernent, d'une part, la prétention de l'assureur en paiement de la prime et, d'autre part, la prétention de l'ayant droit à l'exécution de la prestation d'assurance. Les prétentions qui ont certes un rapport avec le contrat d'assurance, mais qui ne constituent pas des prétentions légales ou contractuelles, ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 46 LCA. Ainsi, une créance en restitution de prestations versées à tort ne dérive pas du contrat d'assurance lui-même, mais ressortit à l'enrichissement illégitime (ATF 42 II 674 consid. 2a ; BRULHART, Droit des assurances privées, 2008, p. 385, n. 867 ; GRABER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Bâle, 2001, n° 3 ad art. 46 LCA ; MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, Fribourg, 1994, p. 207 s). Par analogie, il y a lieu de tenir le même raisonnement s'agissant de la créance en restitution de primes versées à tort (pour un cas relatif à des primes de la prévoyance professionnelle obligatoire et surobligatoire, arrêt non publié du Tribunal fédéral du 11 juin 2007, B 149/06, consid. 6.2, in SVR 2008 BVG n° 3 p. 9).

Conformément à l'art. 67 CO, l'action pour cause d'enrichissement illégitime se prescrit par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit de répétition, et, dans tous les cas, par dix ans dès la naissance de ce droit. Le lésé n'a connaissance de son droit que lorsqu'il a la possibilité d'intenter une action en justice et qu'il possède les éléments suffisants pour motiver une telle demande (ATF 132 V 404 consid. 3 ; ATF 129 III 503 consid. 3.4).

d) La LCA ne contient pas de règles d'interprétation des contrats. Comme elle renvoie au code des obligations pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même (art. 100 al. 1 LCA), la jurisprudence en matière de contrat est applicable. Il s'ensuit que, lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat d'assurance et des conditions générales et/ou particulières qui en font partie intégrante, le juge doit, comme pour tout autre contrat, tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si cette volonté ne peut être établie en fait, le juge interprétera les déclarations et les comportements des parties selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Lorsqu'un assureur, au moment de conclure, présente des conditions générales, il manifeste la volonté de s'engager selon les termes de ces conditions; lorsqu'une volonté réelle concordante n'a pas été constatée, il faut se demander comment le destinataire de cette manifestation de volonté pouvait la comprendre de bonne foi (ATF 135 III 410 consid. 3.2 ; ATF 133 III 675 consid. 3.3). A cet égard, les

conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 133 III 675, consid. 3.3 ; ATF 122 III 118, consid. 2a).

e) En l'espèce, il ressort des conditions générales que l'assurance d'indemnités journalières SALARIA couvre la perte de gain attestée, à concurrence de l'indemnité journalière assurée, qui résulte de l'incapacité de travail causée par la maladie ou l'accident. Dites conditions précisent que le droit aux prestations de l'indemnité journalière n'existe que s'il n'en résulte pas de gain d'assurance pour l'assuré. Sont considérées comme gain d'assurance, les prestations qui dépassent la couverture de la perte de revenu de la personne assurée (art. 11.1 CSA). La personne assurée doit apporter la preuve de la perte de gain non couverte, sinon il n'y a pas de droit aux prestations d'indemnités journalières (art. 11.2).

En d'autres termes, le contrat prévoit que le droit à des indemnités journalières n'existe que dans la mesure où elles couvrent la perte de gain effective. Il en découle que l'assuré n'a aucun droit, selon le contrat, à des indemnités journalières qui iraient au-delà de sa perte de gain effective. Ainsi, le contrat en question n'admet pas la surindemnisation. Toutes prestations de l'assureur, supérieures à la perte de gain éprouvée, ne seraient donc pas dues sur une base contractuelle.

Par conséquent, dans la mesure où l'action de la demanderesse est fondée sur des indemnités versées en dehors du cadre contractuel, soit qui ne sont pas des prestations d'assurance, c'est bien l'action pour enrichissement illégitime qui est ouverte dans le cas d'espèce, fondée sur les art. 62 et ss CO.

f) Il découle également de ce qui précède que l'action en restitution est soumise à un délai de prescription relatif d'une année, et absolu de dix ans. Ceci dit, le défendeur ne soulève pas l'exception tirée de la prescription dans le cadre de la présente procédure, le juge ne pouvant y suppléer d'office (142 CO). Dès lors qu'il s'agit d'une règle de droit fédéral, le droit cantonal de procédure, notamment la maxime d'office (art. 19 LPA), ne saurait y déroger.

Partant, il y a lieu de considérer que la demande en restitution de la demanderesse a été déposée dans les délais légaux.

6. a) Avant d'examiner les conditions des art. 62 et s CO, il y a eu de constater ce qui suit.

b) Dans un arrêt du 29 janvier 2004, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence relative au fardeau de la preuve dans le domaine du contrat d'assurance (ATF 130 III 321 = JdT 2005 I 618). Conformément à l'art. 8 CC, et si la loi ne prévoit le contraire, il appartient à celui qui fait valoir une prétention de prouver les faits qu'il allègue pour en déduire son droit. Ainsi, la partie qui émet une

réclamation doit apporter la preuve des faits pertinents, alors que la preuve des faits de nature à empêcher, respectivement dénier ou restreindre le droit invoqué incombe à la partie qui prétend dénier le droit invoqué ou qui en conteste la naissance ou la pertinence. Cette règle générale peut être restreinte par des prescriptions légales en matière de fardeau de la preuve et elle doit être concrétisée dans chaque cas d'espèce (pour le détail: ATF 128 III 271 c. 2a/aa = JdT 2003 I 606). Elle vaut aussi dans le domaine du contrat d'assurance (Nebel, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Bâle, 2001, n° 4 et n° 9 ad art. 100 LCA).

En vertu de la règle générale précitée, la personne titulaire de la prétention - généralement le preneur d'assurance, le tiers assuré ou le bénéficiaire - doit prouver les faits propres à la "justification des prétentions" (selon la terminologie du titre marginal de l'art. 39 LCA), soit notamment l'existence d'un contrat d'assurance, la survenance du cas assuré, ainsi que l'étendue de la prétention. L'assureur supporte la charge d'établir les faits de nature à justifier une diminution ou une suppression de l'obligation contractuelle (par exemple du fait d'un sinistre fautif: art. 14 LCA), ou à le libérer du contrat à l'égard du demandeur (par exemple du fait d'une prétention frauduleuse: art. 40 LCA). Dans le litige relatif aux prétentions contractuelles, l'ayant droit aussi bien que l'assureur ont, chacun, leur propres faits à prouver, et, dans ce cadre, chacun d'eux a la charge de la preuve principale. Cela vaut également lorsque les faits à prouver de part et d'autre sont allégués contradictoirement dans une même procédure, comme c'est souvent le cas en matière d'assurance contre le vol (cf. par exemple arrêt du Tribunal fédéral non publié du 15 février 2001, 5C.146/2000). Certes, le tribunal appréciera aussi les indices amenés au titre de preuve par une partie à la lumière des preuves à charge de l'autre partie (arrêt 5C.11/2002 précité ; Nef, Kommentar cité, no 58 ad art. 40 LCA ; REAS 2002 p. 378 ss). De l'échec de la preuve à charge de l'une (par exemple celle d'un sinistre intentionnel), on ne peut cependant pas tirer de conclusion relative à la preuve à charge de l'autre (par exemple celle de la réalisation du cas d'assurance). Cela équivaldrait à renverser le fardeau de la preuve et constituerait une violation de l'art. 8 CC (arrêt du Tribunal fédéral du 9 décembre 1996, 5C.86/1996, consid. 4).

Une preuve est tenue pour établie lorsque le tribunal, par un examen objectif, a pu se convaincre de la vérité d'une allégation de faits. Une certitude absolue ne peut être exigée en la matière. Il suffit que le tribunal ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué, ou que les doutes subsistants apparaissent faibles. Des exceptions à cette règle d'appréciation des preuves, dans lesquelles une vraisemblance prépondérante est considérée suffisante, résultent d'une part de la loi elle-même, ou ont été élaborées d'autre part par la jurisprudence et la doctrine. Ces exceptions trouvent leur fondement dans une réflexion selon laquelle la mise en œuvre du droit ne doit pas échouer en raison de difficultés probatoires qui se présentent de façon typique dans certaines situations (ATF 128 III 271 = JdT 2003 I 606). L'allègement de la preuve suppose donc un "état de nécessité en matière de

---

preuve" (en all. "Beweisnot"). Cette condition est remplie lorsque, par la nature même de l'affaire, une preuve stricte n'est pas possible ou n'est pas raisonnablement exigible, spécialement lorsque les faits allégués par la partie qui supporte le fardeau de la preuve ne peuvent être établis qu'indirectement et par des indices. Mais un état de nécessité en matière de preuve ne résulte pas de la seule circonstance qu'un élément de fait, qui devrait par nature être l'objet d'une preuve directe, ne peut être établi, faute par la partie à qui la preuve incombe de disposer des moyens de preuve nécessaire. De simples difficultés probatoires dans un cas concret ne sauraient conduire à un allègement de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 1997, 5C.175/1997, consid. 2 et 3 ; HOHL, op. cit., tome I, p. 210).

S'agissant de la survenance du cas d'assurance - notamment en matière d'assurance-  
vol - la jurisprudence considère que l'on se trouve en règle générale dans une situation d'état de nécessité justifiant une réduction des exigences en matière de preuve (arrêt du Tribunal fédéral du 17 avril 2002 5C.47/2002, consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral du 12 juin 2002, 5C.99/2002, consid. 2.1). Le degré de preuve requis, s'agissant de la survenance du sinistre, se limite à la vraisemblance prépondérante ("die überwiegende Wahrscheinlichkeit"; "la verosimiglianza preponderante"; cf. ATF 128 III = JdT 2003 I 606). Il est arrivé au Tribunal fédéral d'user d'autres termes, mais sans intention de circonscrire différemment le niveau de preuve requis. Il se justifie d'adopter désormais une terminologie unifiée. La preuve par vraisemblance prépondérante doit en particulier être distinguée de la simple vraisemblance ("die Glaubhaftmachung"; "la semplice verosimiglianza"). En effet, sous le terme de "rendre vraisemblable", on désigne souvent le degré de preuve requis en matière de décisions à caractère provisoire, généralement associées à des limitations des moyens de preuve, comme c'est notamment le cas pour les mesures provisionnelles. En outre, le degré de vraisemblance exigé n'est pas le même. Un fait est déjà établi comme vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si le tribunal tient encore pour possible qu'il ne se soit pas produit (cf. ATF 120 II 393 = JdT 1995 I 571 ; ATF 104 Ia 408, consid. 4 ; ATF 88 I 11 = JdT 1962 I 590, 591-592). En revanche, les exigences requises pour que l'on retienne un cas de vraisemblance prépondérante sont plus élevées: la possibilité que les choses se soient déroulées différemment n'exclut certes pas la vraisemblance prépondérante, mais elle ne doit pas revêtir une importance significative en l'espèce, ni entrer raisonnablement en considération (HOHL, op. cit., tome I, p. 200 s et p. 210 et tome II, p. 225).

Ensuite, le Tribunal fédéral a expressément rejeté un système d'appréciation des preuves "à géométrie variable", où les exigences mises à la preuve d'un fait sont d'autant plus élevées que son allégation est peu vraisemblable (arrêt précité 5C.99/2002, consid. 2.4). Il est certes exact qu'un fait précis apparaît plus ou moins rapidement aux yeux du tribunal comme étant d'une vraisemblance prépondérante, en fonction des circonstances du cas d'espèce. Cette réflexion s'inscrit cependant dans la problématique de l'appréciation des preuves. L'assureur a un droit -

découlant de l'art. 8 CC - d'apporter une contre-preuve. Il peut prétendre à démontrer des circonstances de nature à faire naître des doutes sérieux dans l'esprit du tribunal au sujet de la réalité des faits objets de la preuve principale, et qui soient ainsi aptes à faire échouer cette preuve. Pour que cette contre-preuve aboutisse, il suffit par conséquent que la preuve principale soit ébranlée (ATF 120 II 393, consid. 4b), de sorte que les allégations principales n'apparaissent plus comme étant d'une vraisemblance supérieure.

L'objet de la contre-preuve réside dans les faits présentés par l'ayant droit chargé de la preuve principale. Elle s'étend également à la crédibilité de ceux-ci: dès lors que la survenance du sinistre ne peut, dans la règle, pas être prouvée de façon directe, mais seulement par des indices plus ou moins concluants, une diminution de la crédibilité peut être appropriée pour ébranler la force de conviction des faits allégués. Il est ainsi loisible à l'assureur de présenter une version des faits divergente de celle développée par l'ayant droit et qui, en face de la version alléguée, apparaisse tout autant plausible, voire même plus correcte. Cela ne constitue cependant pas une obligation, et il n'est nullement question ici d'un renversement du fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral du 8 janvier 2001, 5C.79/2000, consid. 1b/bb). Si la contre-preuve est rapportée, les faits allégués par l'ayant droit ne doivent plus être tenus pour établis, soit comme présentant une vraisemblance prépondérante. La preuve principale a même au contraire échoué. Mais il faut s'en tenir là, comme le Tribunal fédéral l'a reconnu tout récemment (arrêt précité 5C.99/2002, c. 2.4). On ne peut en déduire que l'ayant droit serait tenu d'administrer une preuve stricte de la réalisation du cas d'assurance, du seul fait que l'assureur est parvenu à faire sa contre-preuve. En effet, au moment de rendre son jugement, le tribunal procède à une appréciation globale de tous les résultats de la procédure probatoire. Il n'y a aucun sens à charger l'ayant droit d'une preuve stricte, qu'il pourrait d'autant moins rapporter qu'il a déjà échoué à franchir l'obstacle d'une preuve alléguée. Ce qui précède peut être résumé comme suit. Celui qui fait valoir une prétention contre l'assureur a charge d'alléguer et de prouver la survenance du cas d'assurance (c. 3.1). Dans la mesure où cette preuve se heurte en règle générale à des difficultés, l'ayant droit bénéficie d'un allègement de la preuve (c. 3.2) et il satisfait à cette preuve lorsqu'il parvient à démontrer la vraisemblance prépondérante du cas d'assurance (c. 3.3). Si l'assureur parvient, dans le cadre de la contre-preuve à sa disposition, à éveiller des soupçons importants au sujet des faits allégués par l'ayant droit, la preuve principale à charge de ce dernier est mise en échec.

c) Selon l'art. 69 al. 1 LPA, la juridiction administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties, mais elle n'est en revanche pas liée par les motifs qu'elles invoquent. De plus, selon l'art. 76 LPA, les règles générales de procédure de la loi, notamment celles relatives à l'établissement des faits, sont applicables à l'instruction du recours. Ainsi, l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties (art. 19 LPA). Le juge

doit tenir compte des faits juridiquement pertinents, même si les parties ne les ont pas invoqués. La maxime inquisitoire ne dispense toutefois pas les parties d'une collaboration active à la procédure; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (arrêt non publié du Tribunal fédéral du 19 juin 2009, 4A\_487/2007 ; ATF 130 III 102, consid. 2.2).

d) En premier lieu, le seul revenu que le défendeur a pu attester ressort de son relevé AVS pour l'année 2006, soit 34'000 fr. Certes, le défendeur a déclaré qu'en 2006, son salaire n'était pas représentatif de ses revenus antérieurs et qu'il comptait acquérir, pour l'avenir, un salaire de l'ordre 5'000 fr. par mois. De même, lors de son accident, il a allégué qu'il avait beaucoup de travail, en particulier un contrat avec une école située à la route de Chêne, où il s'agissait de poncer et vitrifier 10'000 m<sup>2</sup> de parquet, chantier qu'il dit avoir abandonné à une autre entreprise. Toutefois, malgré les diverses possibilités qui lui ont été accordées dans le cadre de la procédure, le défendeur n'a pas été en mesure de fournir une seule pièce attestant ses dires. En particulier, il n'a pas produit un exemplaire du contrat qu'il aurait conclu avec l'école précitée et il est surprenant qu'il n'existe pas de contrat écrit, conclu entre le défendeur et l'administration cantonale ou, le cas échéant en cas de sous-traitance et en l'absence de contrat écrit, des factures d'honoraires perçus ou encore des relevés bancaires. Par ailleurs, il a indiqué avoir investi dans des machines et un véhicule pour un montant évalué à 40'000 fr., avoir loué des locaux et employé une personne pour la comptabilité, mais il n'a produit aucune pièce en attestant. En outre, il ressort du Registre du commerce que le défendeur était titulaire d'une entreprise individuelle d'avril 2005 à février 2007. Or, il n'a pas été en mesure de fournir une seule pièce à ce sujet attestant de gains de l'ordre de 5'000 fr. Enfin, il a allégué avoir travaillé comme dépendant en 2005 et 2006. Cependant, il n'a fourni aucune fiche de salaire ou décompte d'indemnités à ce sujet. Aussi, le défendeur a manifestement échoué dans la contre-preuve, ce quel que soit le degré de preuve requis, n'ayant pas été en mesure d'amener un seul élément permettant de remettre en cause les faits allégués par la demanderesse concernant sa perte de gain.

Le défendeur soutient, en second lieu, qu'il appartenait à la demanderesse de solliciter de son assuré des explications concernant ses revenus effectifs afin de fixer en toute transparence un niveau de prime correspondant au salaire assuré. Selon lui, la demanderesse encaisse des primes correspondant à des indemnités journalières de 183 fr. et n'assure, dans les faits, qu'un montant journalier de 92 fr. 50, ce qui constituerait non seulement un enrichissement illégitime mais également une prestation sans contrepartie obtenue à la faveur de conditions générales trompeuses. En réduisant de manière unilatérale, sur la base d'un revenu AVS sans pertinence, le montant des indemnités journalières, la demanderesse l'aurait injustement privé d'une partie des prestations auxquelles il avait manifestement droit. En toute hypothèse, l'on ne saurait lui reprocher d'avoir compris, de bonne

foi, qu'en payant des primes calculées sur 5'500 fr. de revenu, il pouvait légitimement aspirer à recevoir les indemnités correspondantes en cas d'accident. Enfin, il est totalement contesté et au demeurant parfaitement irréaliste que l'agent de la compagnie d'assurance ait expliqué au défendeur qu'il allait payer des primes calculées sur 5'500 fr. de revenu pour être indemnisé sur un salaire de 3'000 fr. En effet, le bon sens commun dont l'assuré, en dépit de ses difficultés de compréhension, n'est pas totalement dépourvu, l'aurait à l'évidence conduit à ajuster le montant de ses primes.

En substance, le défendeur reproche à la demanderesse de s'être écartée du montant de l'indemnité journalière, tel qu'initialement convenu entre les parties, soit 183 fr. Toutefois, comme la Cour l'a déjà relevé, le contrat d'assurance signé entre les parties renvoie aux conditions générales y afférentes, lesquelles prévoient que le droit aux prestations de l'indemnité journalière n'existe que s'il n'en résulte pas de gain d'assurance pour l'assuré, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

Le défendeur fait également reproche à la demanderesse de ne pas avoir fait le nécessaire, lors de la conclusion du contrat, en sollicitant de sa part des explications concernant ses revenus effectifs, afin de fixer en toute transparence un niveau de prime correspondant au salaire assuré. Toutefois, et par-là, il n'indique pas quelle obligation la demanderesse aurait violée. En effet, ni les conditions générales, ni la LCA ne prévoient une telle obligation de l'assureur. En outre, le montant des indemnités journalières a été fixé en fonction de la demande du défendeur, soit le proposant, eu égard à ce qu'il envisageait gagner dans son activité professionnelle. Il ne saurait ainsi faire reproche à la demanderesse d'avoir fixé le montant maximal des indemnités journalières en fonction de ce que lui-même a demandé. Partant, ce grief apparaît mal fondé.

e) Par ailleurs, le défendeur, représenté par un avocat, semble indiquer, par les termes "conditions générales trompeuses", que la clause de l'art. 11 CSA serait insolite. Il y a donc lieu d'examiner cette question.

Les conditions générales préformulées (CG) reprises dans les contrats doivent être en principe interprétées comme les autres dispositions contractuelles (ATF 135 III 1 consid. 2). Sont néanmoins exclues de l'acceptation globale des conditions générales toutes les clauses insolites sur l'existence desquelles l'attention de la partie plus faible ou moins expérimentée n'a pas été attirée spécialement parce qu'il faut partir de l'idée qu'un partenaire contractuel inexpérimenté ne souscrit pas à des clauses insolites qui modifient essentiellement le caractère du contrat ou qui s'écarte notablement du cadre légal caractéristique du contrat en question. Plus une clause affaiblit la condition juridique du partenaire contractuel, plus il s'impose de la qualifier d'insolite (ATF 135 III 2255 = SJ 2009 I 446 ; ATF 135 III 1 consid. 2.1; ATF 119 II 443 c. 1a).

En l'espèce, la demanderesse soutient que, pour ce type d'assurance, le conseiller ou le courtier avise le proposant, lors de la conclusion du contrat, qu'en cas d'incapacité de travail, la perte de gain devra être attestée et que le montant assuré sera le maximum indemnisable. Le défendeur le conteste.

Pour une assurance perte de gain, il n'apparaît pas insolite que l'indemnisation soit fonction de la perte effective. Le défendeur ne soutient d'ailleurs pas qu'une telle assurance serait singulière.

De plus, une telle assurance n'affaiblit pas la condition juridique du défendeur, dès lors qu'il est indemnisé à hauteur de la perte de gain éprouvée.

En outre, l'argument consistant à dire que, si l'agent de la compagnie d'assurance avait expliqué au défendeur qu'il allait payer des primes calculées sur 5'500 fr. de revenu pour être indemnisé sur un salaire de 3'000 fr., il aurait à l'évidence ajusté le montant de ses primes, est sans pertinence. En effet, le défendeur a déterminé sa perte de gain en fonction du revenu qu'il comptait obtenir, et la prime a été fixée en fonction de ce revenu. Cela ne signifiait toutefois pas encore qu'il serait indemnisé à hauteur de l'indemnité journalière maximale ("à concurrence de l'indemnité journalière assurée" selon l'art. 1 CSA), ce d'autant plus qu'il lui a été précisé qu'il devait prouver sa perte de gain en cas de sinistre (maladie ou accident). Ainsi, le recourant ne pouvait croire que l'indemnité en cas d'accident (ou de maladie) serait supérieure à ses revenus.

De plus, comme cela a déjà été relevé, l'incapacité du défendeur à prouver sa perte de gain au-delà des revenus attestés en 2006 ne saurait être imputée à la demanderesse ni rendre les clauses relatives à la surindemnisation inefficaces, sauf à vider de son sens l'assurance elle-même. Pour le surplus, la notion de surassurance n'a rien d'insolite en matière de contrat d'assurance, dès lors qu'elle est prévue à l'art. 51 LCA.

Enfin, la nature juridique du contrat dont est question permet d'exclure une surindemnisation. En effet, il sied de se demander s'il s'agit d'une assurance de somme ou de dommage. La première garantit des prestations contractuellement définies au moment de la conclusion du contrat d'assurance qui ne dépendent pas d'un dommage effectif; elles sont dues dès l'instant où l'événement assuré s'est réalisé. Les secondes, en revanche, tendent à compenser un dommage effectif; l'ampleur de la prestation dépend par conséquent de l'étendue du préjudice subi par l'assuré. Dans l'assurance de somme, l'assuré peut cumuler les prestations d'assurance et une créance en réparation du dommage à l'encontre d'un éventuel responsable (art. 96 LCA). Dans l'assurance de dommage, le principe indemnitaire prévaut et, pour éviter toute forme de cumul, la loi institue un droit de recours de l'assureur à l'encontre du tiers responsable (art. 72 LCA) (BRULHART, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in le droit social

dans la pratique de l'entreprise, Berne, 2006, p. 109). L'assurance dont est question est manifestement une assurance de dommage, tendant à compenser un dommage effectif comme cela ressort expressément des conditions générales et particulières (cf. à ce sujet l'art. 23.1 des CGA à teneur duquel si des tiers responsables doivent répondre des suites d'une maladie ou d'un accident, l'assureur ne garantit ses prestations que lorsque les tiers ont versés leurs prestations et uniquement dans la mesure où l'assuré ne réalise aucun gain, compte tenu des prestations des tiers). Cela vient renforcer le fait qu'il faut considérer le contrat conclu comme une assurance indemnitaire, en fonction du dommage effectivement subi par l'assuré, et pas au-delà.

De surcroît, le défendeur n'invoque à aucun moment qu'il n'a pas eu connaissance des conditions générales et particulières, qui font pourtant partie intégrante du contrat.

Au vu de ce qui précède, l'attention du défendeur a été attirée sur le fait qu'il serait indemnisé à hauteur de sa perte de gain attestée, soit prouvée, le contenu de l'art. 11 CSA étant, pour le surplus, caractéristique d'une assurance perte de gain. Le défendeur, qui n'est pas dénué de bon sens selon les termes de son conseil, ne conteste d'ailleurs pas ne pas avoir compris que le montant de l'indemnité journalière était un montant maximum. À nouveau, le recourant ne pouvait croire que l'indemnisation serait supérieure à ses revenus effectifs, de sorte qu'il lui appartenait de démontrer que les mandats obtenus depuis la création de son entreprise devaient lui permettre de réaliser le revenu escompté de 5'000 fr. Ainsi, l'art. 11 CSA n'est pas une clause insolite. Il en découle que la volonté des parties à ce sujet est également claire et non équivoque.

Quant aux difficultés de compréhension du français du défendeur, cet argument apparaît sans pertinence, celui-ci ne soutenant pas qu'il en découlerait un droit pour lui ou une obligation spécifique de son cocontractant. À nouveau, le défendeur n'invoque pas ne pas avoir compris qu'il serait indemnisé à hauteur de sa perte de gain prouvée.

Enfin, le défendeur fait valoir que la demanderesse se serait enrichie en encaissant des primes ne correspondant pas aux montants des indemnités journalières assurées. La Cour n'a pas à entrer en matière sur ce grief, dès lors que le défendeur ne prend aucune conclusion en remboursement de primes trop perçues. Il lui appartient, cas échéant, d'agir par toutes voies utiles pour faire valoir ses prétentions à ce sujet.

f) Au vu de ce qui précède, nonobstant le fait que le contrat d'assurance prévoit une indemnité journalière de 183 fr. par jour, correspondant à un revenu annuel assuré de 66'795 fr., il sera donc retenu que le dernier revenu prouvé du défendeur est celui qui ressort du relevé AVS pour l'année 2006, soit 34'000 fr., les prestations

versées au-delà de ce montant étant donc indues. C'est ainsi sous cet angle que la demande en restitution des prestations indues devra être traitée.

7. a) Il s'agit donc d'examiner à présent les conditions propres de l'enrichissement illégitime.

b) A teneur de l'art. 62 CO, celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution (al. 1). La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister (al. 2).

Les conditions de cette disposition sont ainsi un enrichissement (*lucrum emergens* ou *damnum cessans*), un appauvrissement, une connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement (corrélation nécessaire entre l'apparition d'une valeur dans le patrimoine du défendeur et l'absence de cette valeur dans le patrimoine de la demanderesse) et l'absence de cause légitime (TERCIER, Le droit des obligations, Genève, 2009, p. 336-371 ; PETITPIERRE, Commentaire romand, Code des obligations I, 2003, Bâle, p. 425 ss, ad 62 CO ; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Berne, 1997, p. 584).

Selon l'art. 63 CO, celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas ne peut le répéter s'il ne prouve qu'il a payé en croyant, par erreur, qu'il devait ce qu'il a payé (al. 1). Ce qui a été payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral ne peut être répété (al. 2).

Outre les conditions de l'art. 62 al. 1 CO, l'application de l'art. 63 al. 1 CO est subordonnée à deux conditions supplémentaires, dont le créancier a la charge de la preuve, soit un paiement involontaire, fait par erreur (TERCIER, op. cit., p. 372 ; PETITPIERRE, op. cit., p. 440). La condition du caractère volontaire de l'attribution n'est pas réalisée, selon la jurisprudence, dès que l'on est en présence d'une situation de contrainte véritable. Tel est le cas, en particulier, de l'attribution effectuée sous la pression d'une poursuite, de celle faite sous l'emprise de la gêne, et de celle accomplie en raison d'une crainte fondée (ATF 129 III 646 = JdT 204 I 105 ; ATF 123 III 101 = JdT 1997 I 586). La loi exige que le demandeur en répétition prouve que c'est par erreur qu'il s'est exécuté, c'est-à-dire qu'il croyait à tort devoir payer ce qu'il a payé indûment. Il s'agit donc d'exclure la répétition d'un paiement effectué en toute connaissance de cause. L'erreur doit avoir été déterminante, mais point n'est besoin qu'elle ait été essentielle. Par ailleurs, peu importe que l'erreur soit de fait ou de droit (ATF 98 Ia 172 = JdT 1974 I 224 ; ATF 70 II 271 = JdT 1945 I 268 ; ATF 107 II 1981 = JdT 1982 I 73 ; ENGEL, op. cit. p. 591-592). Il est également admis que le paiement ait eu lieu par mégarde, ou même qu'il s'agisse d'un *lapsus calami*, la doctrine citant l'exemple de celui qui paie, au compte de chèques postaux de l'autre, 120 fr. alors que la facture est de 102 fr. (ENGEL, op. cit., p. 592 ; PETITPIERRE, op. cit., p. 440).

---

L'art. 63 al. 1 CO reprend la règle de l'art. 62 al. 1 CO dont elle est un cas particulier, mais en la formulant de manière négative. Elle ne s'applique que dans le cas où l'enrichissement provient d'un acte de l'appauvri qui se croyait débiteur, avant tout d'un paiement. Ainsi, lorsqu'on est dans le champ d'application de l'art. 63 al. 1 CO, cette norme s'applique. À défaut, c'est l'art. 62 al. 1 CO qui entre en ligne de compte (TERCIER, op. cit., p. 372 ; PETITPIERRE, op. cit., p. 440).

c) En l'espèce, le défendeur s'est bien enrichi, en ce sens où son patrimoine a bien augmenté par un gain effectif (*lucrum emergens*) dont le calcul sera effectué ci-après. Quant à la demanderesse, elle s'est bien appauvrie en ce sens où son patrimoine a diminué. Il existe en outre un lien de connexité entre l'enrichissement et l'appauvrissement. Enfin, la Cour a admis l'absence de cause, en ce sens où tout montant perçu au-delà du dommage attesté n'était pas dû.

Il sied de préciser qu'il n'y a pas lieu de différencier les montants perçus en trop par le défendeur au titre de la surindemnisation, et ceux qu'il a perçu en trop en raison du versement effectué à double par la demanderesse. En effet, le montant réclamé par la demanderesse de 18'391 fr. 50, couvrant selon elle la période du 15 mai 2007 au 31 octobre 2007, ne concerne pas uniquement des montants perçus en trop (surindemnisation), mais également des montants versés à double. Dans la mesure où les conditions de l'enrichissement sont les mêmes pour ces deux hypothèses, il n'est pas nécessaire de les différencier.

Ceci précisé, nous nous trouvons dans le cas particulier de l'art. 63 al. 1 CO, où la demanderesse fait valoir qu'elle a fait un paiement volontaire par erreur. En l'espèce, il est manifeste que la demanderesse a fait un paiement volontaire et qu'il a été fait par erreur. En effet, c'est par erreur que la demanderesse a payé des indemnités journalières au-delà de la perte de gain prouvée et, s'agissant du paiement fait à double, il a été effectué par mégarde, si ce n'est par *lapsus calami*, dont il est admis qu'il s'agit d'une erreur au sens de l'art. 63 al. 1 CO.

Il en découle que les conditions de l'art. 63 al. 1 CO sont réalisées de sorte que le défendeur apparaît tenu à restitution.

8. a) Ce dernier fait valoir que, dans tous les cas, l'art. 64 CO fait obstacle à la répétition de l'indu. Selon cette disposition, il n'y a pas lieu à restitution, dans la mesure où celui qui a reçu indûment établit qu'il n'est plus enrichi lors de la répétition, à moins cependant qu'il ne se soit dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer.
- b) L'étendue de la créance dépend de la bonne foi (art. 3 CC) de l'enrichi au moment du dessaisissement, mais son contenu se détermine en référence au moment de son exercice. S'il est de bonne foi, il ne doit pas (nécessairement) le montant dont il a bénéficié, mais au plus celui dont il se trouve encore enrichi au moment où la répétition est exigée (ATF 87 II 137 = JdT 1961 I 604). Celui qui a

employé l'argent reçu sans cause pour des dépenses nécessaires, notamment pour son entretien courant, reste enrichi puisqu'il aurait dû subvenir à ces dépenses par d'autres moyens (SJ 1998 I 677 ; ATF 102 V 91 ; ATF 71 II 147 = JdT 1945 I 612 consid. 6 ; ENGEL, op. cit., p. 600). S'il est de mauvaise foi, il doit la totalité du montant dont il a bénéficié. C'est le cas de celui qui savait, mais aussi de celui qui aurait dû savoir qu'il était tenu à restitution et qui a malgré tout dépensé le montant dont il avait bénéficié (TERCIER, op. cit., p. 374).

c) Dans le cadre de son écriture du 30 juin 2010, le défendeur a allégué qu'à réception des montants versés par la demanderesse, il s'était empressé de rembourser les dettes contractées auprès de ceux qui l'ont soutenu au cours des longs mois pendant lesquels il ne percevait aucun revenu. La demanderesse, pour sa part, a admis, dans son écriture du 20 juillet 2010, que le défendeur a utilisé les sommes reçues pour son entretien personnel et non pour des dépenses dont il se serait abstenu s'il n'avait pas reçu la somme en question.

Les parties admettent donc que le défendeur a employé l'argent reçu pour son entretien courant. Il en découle, au vu des principes susmentionnés, que le défendeur est tenu à restitution. Il n'est donc pas utile d'examiner s'il était de bonne foi ou non.

9. a) Il convient encore d'examiner si le calcul du montant des prétentions de la demanderesse, qui conclut au versement de la somme de 18'391 fr. 50, avec intérêts à 5 % dès le 7 novembre 2008, sous déduction de 3'994 fr. 70 compensés le 30 juillet 2009, est correct.

Les conditions générales ne prévoient pas de dispositions particulières sur le mode de calcul des indemnités journalières. Les enquêtes n'ont pas permis, pour le surplus, d'établir sur quelle base l'indemnité journalière initialement convenue de 183 fr. a été fixée. Ceci dit, et dès lors que le total des indemnités journalières versé ne saurait être supérieur à la perte effective, il y a lieu de déterminer les indemnités journalières selon la même méthode que la demanderesse, soit en divisant le gain annuel par le nombre de jour compris dans une année.

Selon la demanderesse, l'indemnité journalière de base est de 92 fr. 90, correspondant à 34'000 fr. divisés par 366 jours, 2008 étant une année bissextile. La demanderesse a procédé au calcul suivant :

a) indemnités journalières versées à tort:

- du 15.05.2007 au 14.08.2007 x 183 fr. x 61 jours à 100% =	11'163 fr.
- du 15.08.2007 au 31.10.2007 x 91 fr. 50 x 79 jours à 50% =	. <u>7'228 fr. 50</u>
	18'391 fr. 50

b) indemnités journalières dues :

- du 15.5.2007 au 14.08.2007 x 92 fr. 90 x 61 jours à 100% = 5'666 fr. 90  
- du 15.08.2007 au 19.08.2007 x 46 fr. 45 x 6 jours à 50% = 278 fr. 70  
- du 20.08.2007 au 31.10.2008 x 91 fr. 50 x 408 jours à 100% = 37'903 fr. 20  
43'838 fr. 80

c) total en faveur de l'assuré: 25'457 fr. 30

b) Le calcul effectué par la demanderesse ne saurait être exactement suivi. D'une part, si l'année 2008 est bien une année bissextile, tel n'est pas le cas de l'année 2007. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu de différencier les années bissextiles des autres. En effet, et dans l'hypothèse où la perte de gain de l'assurée était effectivement celle qui avait été convenue dans la police, soit 183 fr. par jour, celle-ci n'aurait pas été diminuée lors de l'année 2008. Le contrat ne le prévoit en aucun cas. Le fait qu'il s'agisse d'une bissextile ne saurait donc avoir aucune influence sur le calcul de l'indemnité journalière. Aussi, tant pour l'année 2007 que pour l'année 2008, l'indemnité journalière est de 93 fr. 15 (34'000 fr. / 365 jours). D'autre part, le calcul du nombre de jour indemnizable n'est pas correct. En effet, entre la période du 15 mai au 14 août 2007, il y a 92 jours, dont à déduire 30 jours de délai d'attente. Ainsi, il s'agit de 62 jours à indemniser et non 61 comme indiqués dans le décompte de la demanderesse. Par ailleurs, du 15 août au 19 août 2007, il y a 5 jours à indemniser, et non 6 comme le mentionne la demanderesse. Enfin, pour la période du 20 août 2007 au 31 octobre 2008, il y a 439 jours à indemniser, et non 408 comme le mentionne la demanderesse dans son décompte du 16 octobre 2008 ou 469 comme indiqués dans la demande du 13 avril 2010 (p. 4). Pour le surplus, la demanderesse admet, et le défendeur ne le conteste pas, que l'incapacité de travail était de 100 % du 15 mai 2007 au 13 août 2007, de 50 % du 15 août au 19 août 2007 et de 100 % du 20 août 2007 au 31 octobre 2008. Des indemnités journalières ont été versées au-delà de cette date, jusqu'au 13 mai 2009. Ces indemnités ne font toutefois pas l'objet de la présente procédure, le défendeur ne contestant pas les avoir reçues et n'invoquant pas la compensation à cet égard.

Au vu de ce qui précède, le calcul des indemnités dues s'établit comme suit:

- du 15.5.2007 au 14.08.2007 x 93 fr. 15 x 62 jours à 100% = 5'775 fr. 30  
- du 15.08.2007 au 19.08.2007 x 46 fr. 60 x 5 jours à 50% = 233 fr.  
- du 20.08.2007 au 31.12.2007 x 93 fr. 15 x 137 jours à 100% = 12'761 fr. 55  
- du 01.01.2008 au 31.10.2008 x 93 fr. 15 x 305 jours à 100 % = 28'410 fr. 75

---

**total en faveur du défendeur:**

**47'180 fr. 60**

Partant, le défendeur aurait dû recevoir 47'180 fr. 60 pour la période considérée, mais c'est un montant de 62'240 fr. 30 (43'848 fr. 80 plus 18'391 fr. 50) qu'il a reçu. Le trop perçu s'élève donc à 15'059 fr. 70 (62'240 fr. 30 moins 47'180 fr. 60), et non à 18'391 fr.50.

c) De ce montant, il faut déduire, selon la demanderesse, la somme de 3'994 fr. 70 compensé le 30 juillet 2009. Selon la demanderesse, il s'agit du montant des indemnités journalières du 1<sup>er</sup> avril 2009 au 13 mai 2009 dues par elle au défendeur.

Selon l'art. 120 al. 1 CO, lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles. En droit suisse, la compensation n'est pas automatique: elle ne peut résulter que d'une manifestation de volonté du débiteur. La compensation résulte ainsi d'un acte juridique unilatéral. L'effet extinctif ne se produit que si le débiteur fait connaître au créancier son intention de l'invoquer par une déclaration de compensation (SJ 2002 I 244 ; TERCIER, op. cit., p. 309).

La déclaration de compensation contenus dans acte de procédure n'est pas un acte judiciaire, mais un acte juridique, c'est-à-dire une manifestation de volonté destinée et apte à produire l'effet juridique correspondant à la volonté exprimée, ressortissant au droit matériel (HOHL, op. cit., tome II, p. 91, n° 1899).

En l'espèce, la demanderesse fait l'inverse, dès lors qu'elle compense sa créance avec une dette. Il s'agirait d'une compensation au sens de la disposition précitée si c'est le défendeur qui exigeait la compensation de sa dette (restitution des indemnités journalières indues) avec sa créance (indemnités journalières dues), même à titre subsidiaire. Or, tel n'est pas le cas. Même à considérer qu'il s'agit bien d'un cas de compensation, la Cour n'est pas à même de juger si les conditions de l'art. 120 CO sont réalisées, dès lors que la demanderesse s'est contentée d'allégation non étayée sur le montant avancé, et le défendeur n'a fourni aucune explication à ce sujet, malgré l'invitation qui a été faite aux parties par ordonnance du 19 août 2010. Or, lorsqu'une partie invoque la compensation, le juge ne sait rien a priori de la créance compensatoire; il incombe donc à la partie de présenter les faits permettant de constater que les conditions de la compensation sont réunies; si elle détient des moyens de preuve, on peut attendre d'elle qu'elle les produise (SJ 2002 I 244).

Ceci dit, la Cour prend acte de ce que la demanderesse admet devoir au défendeur la somme de 3'994 fr. 70, venant en déduction de ses conclusions auquel la Cour est tenue. Point n'est besoin d'examiner si cette somme est effectivement due ou non, le défendeur ne prenant aucune conclusion à ce sujet. C'est ainsi sans préjudice de ses droits que d'admettre l'imputation de ce montant sur les conclusions de la

demanderesse, le défendeur pouvant en réclamer le versement, cas échéant, par les voies de droit qu'il jugera utile.

d) Ainsi donc, le défendeur devra verser à la demanderesse la somme de 11'065 fr. (15'059 fr. 70 moins 3'994 fr. 70).

10. La demanderesse réclame enfin le versement d'intérêts dès le 7 novembre 2008, correspondant à la date d'échéance de la première demande de remboursement.

La LCA, qui régit le contrat en cause, et donc les relations entre le défendeur et la demanderesse, règle le moment de l'échéance de la créance résultant du contrat d'assurance ; celle-ci 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 (art. 41 al. 1 LCA). La LCA ne contient toutefois pas de dispositions sur la demeure. Dès lors, les art. 102 ss CO, en vertu de l'art. 100 al. 1 LCA, s'appliquent. Le débiteur d'une obligation est en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). 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 al. 2 CO). L'intérêt moratoire - de 5 % l'an (art. 104 al. 1 CO) - est dû à partir du jour suivant celui où le débiteur a reçu l'interpellation (ATF 103 II 102, consid. 1a) ou, en cas d'ouverture d'une action en justice, dès le lendemain du jour où la demande en justice a été notifiée au débiteur (ATF 98 II 23 consid. 7 ; THEVENOZ, Commentaire romand du Code des obligations I, n. 9 ad art. 104 CO).

En l'espèce, dans son décompte du 21 octobre 2008, la demanderesse a fixé un délai au 7 novembre 2008 au défendeur pour le remboursement de la somme de 18'391 fr. 50. Aussi, c'est bien dès le lendemain que l'intérêt moratoire est dû, soit le 8 novembre 2008, et non le jour même.

Pour le surplus, la demanderesse ne fait pas valoir que les intérêts dus selon les art. 62 et ss CO débuteraient plus tôt, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner cette question.

11. Enfin, la Cour relève, à toutes fins utiles, qu'il appartient à la demanderesse d'agir par les voies qu'elle jugera utile quant à la question de la réticence, la demanderesse ne prenant aucune conclusion à ce sujet dans le cadre de la présente procédure.

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement.
3. Condamne le défendeur à verser à la demanderesse la somme de 11'065 fr. avec intérêts à 5 % dès le 8 novembre 2008.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, conformément aux art. 113ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) et/ou par la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF en ce qui concerne les prestations relevant de la LCA; 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers par le greffe le