

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1303/2012

ATAS/578/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 6 juin 2013

3ème Chambre

En la cause

Monsieur P_____, domicilié à CAROUGE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître SCHNEIDER Jacques-
André

demandeur

contre

LA MOBILIERE SUISSE SOCIETE D'ASSURANCES SA, sise
Bundesgasse 35, BERN, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître GRUMBACH Philippe

défenderesse

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Michael BIOT et Claudiane CORTHAY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. De novembre 1988 à avril 2005, Monsieur P _____ (ci-après : l'assuré), né en 1955, a été employé par X _____, SOCIETE D'ASSURANCES, AGENCE GENERALE DE GENEVE, en qualité de conseiller en assurances.
2. L'assuré était couvert par son employeur contre la perte de gain en cas de maladie auprès de LA MOBILIERE SUISSE, SOCIETE D'ASSURANCES SA (ci-après : l'assureur perte de gain).

En sus de cette assurance collective, l'assuré avait en outre conclu une assurance maladie complémentaire individuelle prenant effet le 1^{er} décembre 1992 et expirant le 28 février 2002 (police n° _____), qui lui garantissait la couverture suivante : indemnité journalière d'hospitalisation de 150 fr., indemnité journalière de 100 fr. (délai d'attente 7 jours, durée des prestations 730 jours), indemnité journalière complémentaire de 50 fr. (délai d'attente 14 jours, durée des prestations 730 jours) et rente d'invalidité de 29'000 fr. par an (délai d'attente 730 jours).

Le 9 juin 1993, cette police d'assurance complémentaire a été remplacée par une nouvelle police dont le contenu ne différait que sur le montant de la rente d'invalidité, fixé à 12'000 fr. par an.

Le 1^{er} novembre 2002, la police susmentionnée a été renouvelée (remplacée), toujours sous le même numéro, sans modification, avec échéance au 29 février 2008; elle était soumise aux conditions générales d'assurance (CGA, édition 2002).

3. A compter du 8 septembre 2003, le demandeur a été dans l'incapacité totale de travailler pour cause de maladie. Il a été examiné notamment par le Dr Q _____, spécialiste en orthopédie et chirurgie, qui a estimé qu'il était totalement incapable d'exercer son activité habituelle de conseiller en assurances. Cette incapacité était motivée par les atteintes suivantes : cervico-brachialgies, uncarthrose bilatérale prédominant du côté gauche, métatarsalgies bilatérales, problèmes aux pieds ayant nécessité plusieurs opérations et suspicion d'une forme légère de maladie de Charcot.
4. Le 14 décembre 2004, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité (ci-après : AI).
5. L'assureur perte de gain a quant à lui pris le cas en charge et a versé des indemnités journalières du 8 septembre 2003 au 6 septembre 2005, soit jusqu'à épuisement des prestations convenues par les polices d'assurance maladie collective et individuelle. L'assureur a alors fait savoir au demandeur que son obligation d'allouer des prestations s'était éteinte et que des cas de maladie futurs ne seraient plus assurés. Il a cependant déclaré attendre la décision de l'assurance-invalidité pour procéder au versement de la rente d'invalidité due selon le contrat.
6. L'assuré a sollicité le versement de la rente d'invalidité à laquelle il estimait avoir droit à plusieurs reprises et que l'assureur lui a finalement octroyée le 15 juin 2006, avec effet rétroactif au 7 septembre 2005 (fin du délai d'attente de 730 jours).

7. Entre-temps, le 20 février 2006, l'agence générale de l'assureur à Genève a fait parvenir à son assuré une "proposition d'adaptation" de la police individuelle maladie, que l'assuré a signé le 21 février 2006 avant de la retourner à l'assureur.

Le 3 avril 2006, l'agence générale de l'assureur à Genève a fait savoir à l'assuré que la direction n'avait pas accepté la "proposition d'adaptation". En conséquence, elle a émis une nouvelle proposition d'assurance complémentaire maladie, que l'assuré a refusée, estimant que celle qu'il avait reçue le 20 février 2006 avait été acceptée.

L'assureur perte de gain lui a répondu que son droit aux indemnités journalières maladie était épuisé et qu'aucune indemnité de ce type ne pourrait plus lui être versée sur la base de la police conclue en novembre 2002. Il a par ailleurs contesté avoir accepté la proposition du 21 février 2006.

8. En décembre 2006, les parties n'ayant pu s'entendre sur les prétentions de l'assuré en relation avec la police d'assurance maladie n°201 85446.014, l'assuré a saisi le Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS) d'une action visant à faire constater, notamment, que l'assureur était lié par les dispositions contractuelles résultant de la "proposition d'adaptation" du 21 février 2006.

Cette demande a été rejetée par le TCAS par arrêt du 13 décembre 2007 (ATAS/1426/2007) entré en force. Le Tribunal a considéré que la proposition de février 2006 devait être qualifiée de nouveau contrat – et non de simple modification, comme le soutenait l'assuré. En effet, d'une part, la proposition du 21 février 2006 prévoyait une indemnité journalière d'un montant légèrement inférieur par rapport à la police initiale, d'autre part, la durée du contrat avait été modifiée. Ces éléments démontraient que l'assuré entendait pouvoir bénéficier à nouveau d'une protection en la matière et qu'il avait donc bien pour objectif un nouveau contrat (avec un objet modifié) et non une simple modification du contrat existant. Ce nouveau contrat, faute d'avoir été accepté par l'assureur, n'était pas entré en force, de sorte que la police d'assurance du 1^{er} novembre 2002 demeurait en vigueur.

Dans les considérants de son arrêt, le TCAS a constaté que le droit aux indemnités journalières maladie selon la police du 1er novembre 2002 s'était éteint du fait de l'épuisement de la durée des prestations (l'assureur ayant versé les 730 jours d'indemnité sous déduction du délai d'attente; cf. Conditions générales d'assurance MobiSana, édition 2002, point B 2.2 [ci-après : CGA]). Partant, le contrat d'assurance, dans sa version au 1er novembre 2002, ne contenait plus de couverture en matière d'indemnité journalière maladie au moment où avait été formulée la proposition du 21 février 2006.

9. Le 22 février 2007, l'OAI a quant à lui nié à l'assuré le droit à une rente d'invalidité au motif qu'il était capable de continuer à exercer son activité habituelle de conseiller en assurances. Cette décision a été confirmée par le TCAS (cf. arrêt ATAS/291/2008 du 6 mars 2008), puis par le TF (cf. arrêt 9C_369/2008 du 5 mars 2009).

10. Le 31 mars 2007, l'assurance perte de gain a mis un terme au versement de la rente allouée jusqu'alors à l'assuré.
11. Le 27 avril 2009, l'assuré a déposé une nouvelle demande de prestations auprès de l'assurance-invalidité en invoquant une aggravation de ses pathologies aux niveaux cervical et lombaire, une maladie de Paget touchant l'omoplate et la clavicule droites ainsi que l'ensemble du sacrum et, enfin, une embolie de cholestérol.

Par décision du 24 mars 2010, l'OAI a admis une totale incapacité de travail à compter du 1^{er} avril 2007 et reconnu à l'assuré le droit à une rente entière d'invalidité à compter du 1^{er} octobre 2009.

Saisie d'un recours de l'assuré qui soutenait que le droit à la rente devait lui être reconnu dès le 1^{er} novembre 2007 car son incapacité de travail remontait à novembre 2006, la Cour de justice l'a rejeté par arrêt du 12 mai 2011 (ATAS/471/2011). Saisi à son tour par l'assuré, le TF a statué en date du 14 mai 2012 (arrêt 9C_473/2011) et a admis partiellement le recours en ce sens qu'il a reconnu à l'assuré le droit à une rente d'invalidité dès le 1^{er} avril 2008. Le TF a en effet considéré, d'une part, que l'assuré s'était annoncé implicitement une nouvelle fois à l'AI bien avant le 31 décembre 2008, d'autre part, que le délai d'attente d'une année avait commencé à courir dès avril 2007 – date du début de l'incapacité totale de travail.

12. Par courrier du 13 octobre 2011, l'assureur perte de gain a renoncé à invoquer la prescription jusqu'au 31 décembre 2012.
13. Le 10 novembre 2011, l'assurance perte de gain a adressé à l'assuré un courrier aux termes duquel elle a indiqué qu'elle considérait que les problèmes de santé ayant conduit l'AI à reconnaître finalement le droit de l'assuré à une rente d'invalidité constituaient un nouveau cas d'assurance au sens de ses CGA, de sorte qu'il y avait lieu d'appliquer un nouveau délai d'attente de 730 jours, ce qui reportait le début du droit à la rente au 1^{er} avril 2009.

Considérant par ailleurs que la rente versée précédemment, de septembre 2006 à mars 2007 l'avait été à tort, l'assureur perte de gain a annoncé qu'il entendait procéder à une compensation avec la rente due à compter du 1^{er} avril 2009, ce qui reportait le début de son versement de sept mois, au 1^{er} octobre 2009.

14. Le 3 mai 2012, l'assuré a saisi la Cour de céans d'une demande en paiement à l'encontre de l'assurance en concluant, sous suite de frais et dépens, dans tous les cas, à l'octroi d'une rente entière d'invalidité de 12'000 fr. par année dès le 1^{er} mai 2012, avec intérêts de 5% dès cette même date, et au surplus :
 - principalement, à l'octroi d'une rente entière d'invalidité à compter du 7 septembre 2005 (et à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser, en conséquence 61'011 fr. 40 – montant correspondant aux rentes dues du 7 septembre 2005 au 30 avril 2012 - plus intérêts à 5 % l'an dès le 31 décembre 2008),
 - subsidiairement, à l'octroi d'une rente entière à compter du 1^{er} novembre 2006 (et à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser un montant de

47'214 fr. 10 - correspondant aux rentes échues du 1^{er} novembre 2006 au 30 avril 2012 - plus 5 % d'intérêts dès le 1^{er} novembre 2008),

- plus subsidiairement encore, à l'octroi d'une rente entière à compter du 1^{er} novembre 2008 (et à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser un montant de 23'214 fr. 10 - correspondant aux rentes échues du 1^{er} novembre 2008 au 30 avril 2012 -, plus intérêts à 5 % l'an dès le 1^{er} novembre 2008).

Le demandeur conteste l'application d'un nouveau délai d'attente et soutient que le début de son droit à la rente remonte au 7 septembre 2005 puisqu'il n'a jamais recouvré sa capacité de travail depuis le 8 septembre 2003.

15. Invitée à se déterminer, la défenderesse, dans sa réponse du 22 juin 2012, a conclu au rejet de la demande.

En substance, elle considère que, puisque la décision du 22 février 2007 de l'OAI de nier le droit aux prestations à l'assuré au motif qu'il avait conservé une pleine capacité de travail a été confirmée tant par le Tribunal cantonal que par le Tribunal fédéral, c'est à tort qu'elle a versé une rente de septembre 2005 à mars 2007. En définitive, l'incapacité totale de travail n'a débuté qu'en avril 2007, ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral. Il se justifie donc d'appliquer un délai d'attente à ce qui constitue un nouveau cas d'assurance, le premier annoncé n'ayant pas donné lieu à une incapacité durable de travail.

La défenderesse s'estime par conséquent en droit de compenser l'intégralité de la rente versée à titre provisoire et finalement à tort – soit 18'785 fr. 90, plus intérêts à 5 % à compter du 1^{er} juillet 2006 – avec la rente d'invalidité qu'elle reconnaît devoir à l'assuré à compter du 1^{er} avril 2009 – ce qui représente 37'000 fr. pour la période du 1^{er} avril 2009 au 30 avril 2012, plus intérêts à 5 % à compter du 15 octobre 2010.

Par ailleurs la défenderesse admet devoir à l'assuré une rente d'invalidité de 12'000 fr. par année à compter du 1^{er} mai 2012, sous réserve d'une amélioration de son état de santé et jusqu'à l'extinction du droit à la rente.

16. Le 31 août 2012, le demandeur a répliqué en alléguant que les notions d'incapacité de travail et d'invalidité telles que définies dans les CGA divergeaient de celles prévues par la loi sur l'assurance-invalidité.

Le 5 octobre 2012, la défenderesse a dupliqué en persistant également dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 7 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 292) et à l'art. 134 al. 1 let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie

sociale prévue par la LAMal, relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1).

En l'espèce, le demandeur fonde ses prétentions sur la police d'assurance conclue avec la défenderesse, assurance soumise à la LCA en vertu du ch. A2 CGA. L'assurance en cause est une assurance perte de gain en cas de maladie, de sorte qu'il existe un lien matériel immédiat avec l'assurance-maladie sociale (JdT 1999 III 106 consid. f). Partant, il s'agit d'une assurance complémentaire à l'assurance-maladie.

La compétence *ratione materiae* de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Le ch. D9 CGA prévoit que la défenderesse peut être actionnée au domicile suisse du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, ainsi qu'au lieu de son siège. Le demandeur étant domicilié à Genève, la compétence *ratione loci* de la Cour de céans est également établie.
3. Enfin, on relèvera que la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (LSA; RS 961.01) ne contient pas de règles spécifiques concernant les délais relatifs aux contestations de droit privé qui s'élèvent entre les entreprises d'assurance et les assurés. Par conséquent, la demande est également recevable à la forme.
4. Les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie ne sont pas soumis à la procédure de conciliation préalable de l'art. 197 CPC lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC (ATF 138 III 558 consid. 4.5 et 4.6; ATAS/577/2011 du 31 mai 2011), étant précisé que le législateur genevois a fait usage de cette possibilité (art. 134 al. 1 let. c LOJ).
5. Le litige porte sur la date à compter de laquelle débute le droit du demandeur au versement de la rente d'invalidité que la défenderesse reconnaît lui devoir.
6. a) Il convient en premier lieu de se référer aux CGA de la défenderesse.

L'assuré dont la capacité de gain subit une atteinte vraisemblablement permanente ou de longue durée reçoit une rente d'invalidité (ch. B3.1 CGA).

Cette rente est allouée pendant la durée de l'incapacité de gain, après expiration d'un délai d'attente de 730 jours, étant précisé que si l'incapacité de gain ne peut pas encore être déterminée à ce moment-là, l'indemnité est fixée provisoirement, d'après le degré d'incapacité de travail (ch. B3.2 CGA).

Il y a incapacité de travail lorsqu'à la suite d'un événement assuré, l'assuré est totalement ou partiellement incapable d'exercer l'activité professionnelle déclarée dans la proposition (ch. E9 CGA).

Il y a incapacité de gain lorsqu'à la suite d'un événement assuré, l'assuré est totalement ou partiellement incapable d'exercer sa profession ou une autre activité lucrative correspondant à sa situation, ses connaissances ou ses capacités (ch. E10 CGA).

b) On rappellera pour le surplus que, pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de politique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d CO), de baux à ferme (art. 301 CO) et de contrats de travail (art. 343 CO; ATF 127 III 421 consid. 2 et les références). Selon la jurisprudence rendue en matière de contrat de travail et de bail, le juge doit établir d'office les faits, mais les parties sont tenues de lui présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige. Ce principe n'est pas une maxime officielle absolue, mais une maxime inquisitoire sociale. Le juge ne doit pas instruire d'office le litige lorsqu'une partie renonce à expliquer sa position. En revanche, il doit interroger les parties et les informer de leur devoir de collaboration et de production des pièces; il est tenu de s'assurer que les allégations et offres de preuves sont complètes uniquement lorsqu'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. L'initiative du juge ne va pas au-delà de l'invitation faite aux parties de mentionner leurs moyens de preuve et de les présenter. La maxime inquisitoire sociale ne permet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves et de recueillir toutes les preuves possibles (ATF 125 III 231 consid. 4a p. 238).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral des assurances dans sa jurisprudence relative à l'appréciation des preuves dans le domaine médical, le principe de la libre appréciation des preuves signifie que le juge apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles, en procédant à une appréciation complète et rigoureuse des preuves. Dès lors, le juge doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (ATF non publié 4A_253/2007 du 13 novembre 2007, consid. 4.2). En présence de rapports médicaux contradictoires, le juge ne peut trancher l'affaire sans apprécier l'ensemble des preuves et sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion médicale et non pas sur une autre. L'élément déterminant pour la valeur probante d'un rapport médical n'est ni son origine, ni sa désignation, mais son contenu. A cet égard, il importe que les points litigieux importants aient fait l'objet d'une étude fouillée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prenne également en considération les plaintes exprimées, qu'il ait été établi en pleine connaissance du dossier (anamnèse), que la description des interférences médicales soit claire et, enfin, que les conclusions de l'expert soient bien motivées (ATF 125 V 351 ss consid. 3, ATF non publié 4A_45/2007 du 12 juin 2007, consid. 5.1).

En ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitants, le juge peut et doit tenir compte du fait que, selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier (ATF 125 V 351 consid. 3b/bb et cc).

Les mesures d'instruction ordonnées par l'assureur, à savoir notamment l'examen par un médecin, ne sont pas des expertises au sens strict du terme, à moins que l'assureur n'interpelle l'intéressé sur le libellé des questions ainsi que le choix de l'expert et lui donne l'occasion de se déterminer avant l'exécution de l'acte d'instruction projeté. L'on ne saurait toutefois leur dénier toute valeur probante de ce seul fait. Il faut en effet examiner si le médecin commis par l'assureur s'est penché sur les questions médicales litigieuses et a donné à celui-ci des indications utiles pour décider d'une éventuelle prise en charge (ATA/143/1999).

Concernant plus particulièrement l'appréciation du résultat d'une expertise, le juge n'est en principe pas lié par le rapport de l'expert, qu'il doit apprécier en tenant compte de l'ensemble des autres preuves administrées. S'il entend s'en écarter, il doit motiver sa décision et ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert, sous peine de verser dans l'arbitraire (ATF 129 I 49 consid. 4; ATF 128 I 81 consid. 2; ATF 122 V 157 consid. 1c). De tels motifs déterminants existent notamment lorsque l'expertise contient des contradictions, lorsqu'une détermination ultérieure de son auteur vient la démentir sur des points importants, lorsqu'elle contient des constatations factuelles erronées ou des lacunes, voire lorsqu'elle se fonde sur des pièces dont le juge apprécie autrement la valeur probante ou la portée (ATF 110 Ib 52 consid. 2; ATF 101 Ib 405 consid. 3b/aa; ATF 101 IV 129 consid. 3a in fine). Si, en revanche, les conclusions d'une expertise judiciaire apparaissent douteuses sur des points essentiels, le juge doit recueillir des preuves complémentaires pour tenter de dissiper ses doutes (ATF 118 Ia 144 consid. 1c; ATF non publié 4D_8/2008 du 31 mars 2008, consid. 3.2.1).

7. En l'espèce, il a été établi par l'OAI, confirmé en cela par le Tribunal cantonal puis par le Tribunal fédéral, que le début de l'incapacité de travail du demandeur ne remonte qu'au 1^{er} avril 2007.

La situation médicale et la capacité de travail du demandeur ont donc d'ores et déjà été établies à satisfaction puisqu'elles ont fait l'objet d'un arrêt du Tribunal cantonal entré en force. Peu importe à cet égard que les définitions de la capacité de travail et de gain divergent légèrement entre les CGA et la loi sur l'assurance invalidité. Les faits demeurent, ils ont été établis de manière détaillée, de sorte qu'il n'y a pas lieu de rouvrir une instruction, même s'il s'agit désormais d'un litige soumis à la LCA. La situation médicale reste la même. Or, dans son arrêt du 6 mars 2008, le Tribunal cantonal a reconnu pleine valeur probante à l'expertise bidisciplinaire réalisée par le Service médical régional (SMR) de l'AI en juillet 2006 et a fait siennes ses conclusions, à savoir que l'activité de conseiller en assurances, dans la mesure où elle s'exerce essentiellement en position assise, n'implique pas le port de charges et permet de se déplacer en voiture ou en transports publics pour se rendre auprès des clients, paraissait alors tout à fait adaptée aux diverses atteintes de l'assuré, notamment à sa pathologie orthopédique. Le Tribunal cantonal a également relevé que le fait que l'assuré ait été licencié, pris en compte par l'expert Q_____, n'était pas pertinent pour déterminer la capacité de travail.

Il en découle qu'avant le 1^{er} avril 2007, il n'y a eu ni incapacité de travail ni incapacité de gain au sens où l'entendent les CGA de la défenderesse, puisque le demandeur n'était ni totalement ni partiellement incapable d'exercer une activité lucrative, que ce soit celle déclarée dans la proposition ou une autre.

Le demandeur a déjà fait valoir, dans la procédure l'opposant à l'OAI suite à sa nouvelle demande de prestations, que son incapacité de travail remonterait à novembre 2006 et il s'est vu débouter sur ce point tant par l'OAI que par la Cour de justice et le Tribunal fédéral, lequel a confirmé que le début de l'incapacité de travail ne remontait qu'à avril 2007. Auparavant, ainsi qu'on vient de le rappeler supra, la capacité du demandeur à exercer son activité habituelle a été jugée totale. Peu importe donc que le taux minimum fixé par les CGA soit moins élevé que celui admis par l'AI (25% au lieu de 40%). Il ne s'agit en effet pas de reprendre ainsi tel quel le degré d'invalidité retenu par l'AI pour l'appliquer mais de se baser sur les faits médicaux déjà établis pour en tirer les conclusions qui s'imposent en appliquant les CGA de la défenderesse.

Eu égard à ces considérations, le début de l'incapacité de travail doit bel et bien être fixé à avril 2007.

8. Reste à examiner s'il s'agit d'un nouveau cas d'assurance - impliquant un nouveau délai d'attente - ainsi que le soutient la défenderesse, ce que conteste le demandeur.

Les CGA de la défenderesse définissent expressément ce que l'on doit comprendre par « nouveau cas d'assurance » en leur chiffre B4.1 : "est réputée nouveau cas d'assurance une maladie pour laquelle des prestations ont déjà été allouées, lorsque l'assuré n'a pas subi d'incapacité de travail ni suivi un traitement médical pendant douze mois au moins à cause de cette maladie".

Le Tribunal cantonal a relevé, dans son arrêt du 6 mars 2008, que le demandeur souffrait de nouvelles pathologies aux épaules, attestées par le Dr R_____ dans un rapport du 15 mai 2007, et que ces atteintes, jamais évoquées avant la décision de l'OAI de février 2007, étaient postérieures à cette dernière. Il en découle que ce ne sont pas les problèmes orthopédiques de l'assuré mais bien les nouvelles atteintes mises en évidence (épicondylite, capsulose et maladie de Paget) qui ont finalement ouvert droit aux prestations tant de l'AI que de la défenderesse. Or, ces nouvelles atteintes n'ont donné lieu ni à un traitement médical durant les douze mois précédant avril 2007, ni à une incapacité de travail, puisqu'elles sont postérieures à février 2007 - date de la première décision de l'OAI. Les problèmes orthopédiques, eux, n'ont jamais entraîné d'incapacité de gain - ni même de travail - reconnue.

Il y a donc bel et bien eu nouveau cas d'assurance, de sorte qu'en l'occurrence, la rente d'invalidité prévue par les CGA n'est due qu'après expiration d'un nouveau délai d'attente de 730 jours (ch. B3.2 CGA) commençant à courir le 1er avril 2007, soit dès le 1er avril 2009.

Ainsi que le fait remarquer la défenderesse, aucun droit aux indemnités journalières n'est ouvert durant ce deuxième délai d'attente puisque, conformément au ch. B2.2 CGA, après épuisement de la durée des prestations pour un cas d'assurance, la couverture d'assurance (indemnités journalières) s'éteint. Il n'y a là rien de choquant dans la mesure où le demandeur a déjà bénéficié de l'intégralité de la couverture d'assurance prévue.

En conclusion, c'est à juste titre que la défenderesse soutient que le droit à la rente du demandeur ne s'ouvre qu'en date du 1er avril 2009.

9. Il convient enfin de vérifier si c'est à bon droit que la défenderesse entend compenser ses prestations avec celles déjà versées au demandeur de septembre 2005 à mars 2007.

De manière générale, la compensation est subordonnée à la condition que deux personnes soient réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre conformément à la règle posée par l'art. 120 al. 1 CO (voir Nicolas JEANDIN, Commentaire romand, Code des obligations I, n° 5 ss ad art. 120 CO; ATF 128 V 228 consid. 3b; VSI 1994 p. 217 consid. 3).

En l'occurrence, la défenderesse a versé une rente à l'assuré dans l'attente de la décision de l'OAI. Elle a ainsi appliqué le ch. B3.2 de ses CGA et fixé provisoirement le degré de l'incapacité de gain d'après le degré de l'incapacité de travail prétendue, dont il s'est avéré par la suite qu'elle n'était pas justifiée.

C'est donc à tort que la défenderesse a versé une rente d'invalidité au demandeur de septembre 2005 à mars 2007, puisqu'il a été établi qu'il n'y a eu ni incapacité de gain ni incapacité de travail durant cette période.

L'incapacité n'ayant débuté qu'au 1er avril 2007, c'est l'intégralité de la rente versée à titre provisoire qui doit être restituée, soit un montant de 18'785 fr. 90, plus intérêt à 5 % à compter du 1er juillet 2006.

La défenderesse reconnaissant par ailleurs au demandeur le droit à une rente à compter d'avril 2009, les conditions d'une compensation sont réunies.

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, la demande est rejetée.

Pour le surplus, il n'est pas alloué de dépens à la charge du demandeur (art. 17 al. 3 let. b de la loi d'application du code civil et du code des obligations du 7 mai 1981 [LaCC ; RS E 1 05]) ni perçu de frais judiciaires (art. 114 let. e CPC).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. La rejette.
3. Prend acte de ce que la défenderesse reconnaît devoir au demandeur :
 - une rente d'invalidité à compter du 1^{er} avril 2009 - soit 37'000 fr. pour la période du 1^{er} avril 2009 au 30 avril 2012, plus intérêts à 5% à compter du 15 octobre 2010 – sous déduction de sa créance envers le demandeur – soit 18'785 fr. 90, plus intérêts à 5 % à compter du 1^{er} juillet 2006,
 - une rente d'invalidité de 12'000 fr. par année à compter du 1^{er} mai 2012, sous réserve d'une amélioration de l'état de santé du demandeur et jusqu'à l'extinction de son droit à la rente.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (Tribunal fédéral suisse, avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14), sans égard à sa valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). 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, invoqués comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente

Marie-Catherine SECHAUD

Karine STECK

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