

Chapeau

144 III 136

16. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. SA contre B. (recours en matière civile) 4A_42/2017 du 29 janvier 2018

Regeste

Art. 28 al. 2 et 4 LACI; subsidiarité de l'assurance-chômage.

En vertu de cette disposition, l'assurance-chômage est subsidiaire à l'assurance privée couvrant la perte de gain occasionnée par une maladie (confirmation de jurisprudence). L'assureur privé n'est pas dispensé de fournir les prestations dues contractuellement sous prétexte que l'assurance-chômage a versé à l'assuré des avances provisoires dans la perspective d'une éventuelle prise en charge par l'assurance-invalidité (consid. 4).

Faits à partir de page 137

BGE 144 III 136 S. 137

A.

A.a B. était assuré contre la perte de gain en cas de maladie, dans le cadre d'une assurance collective contractée par son employeuse auprès de l'établissement A. SA (ci-après: la compagnie d'assurance). La police prévoyait une indemnité journalière s'élevant à 90 % du salaire, payable dès le 15^e jour de maladie pour une durée maximale de 730 jours par cas.

Les conditions générales d'assurance (CGA) auxquelles renvoyait la police énonçaient notamment ce qui suit à leur article 8:

"8. Allocation des prestations

8.1 Principe

Les prestations sont versées dès l'expiration du délai d'attente, pour toute incapacité de travail de 25 % au moins, proportionnellement au degré de l'incapacité de travail attestée.

8.2 Chômeurs

Pour les chômeurs reconnus aptes au placement par l'institution compétente et au bénéfice d'une indemnité de chômage, l'allocation journalière est réduite de moitié quand l'incapacité de travail est supérieure à 25 %; l'allocation est complète lorsque l'incapacité de travail est supérieure à 50 %.

(...)

8.5 Surassurance

Si l'assuré a droit durant son incapacité de travail à des prestations d'autres institutions d'assurances sociales, telles notamment l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance invalidité fédérale, l'assurance accidents selon la LAA, l'assurance chômage, l'assurance militaire fédérale, la prévoyance professionnelle, ou des institutions étrangères similaires, A. SA doit uniquement la différence entre les prestations, le cas échéant cumulées, de ces institutions et l'indemnité journalière assurée. D'éventuelles réductions opérées par ces institutions n'augmentent pas les obligations de A. SA.

(...)"

A.b A compter du 5 janvier 2015, B. (ci-après: l'assuré) a entièrement cessé de travailler pour cause de maladie. L'employeuse a averti la compagnie d'assurance.

BGE 144 III 136 S. 138

Par lettre du 6 juillet 2015, l'employeuse a mis fin aux rapports de travail pour le 31 octobre 2015.

La compagnie d'assurance, qui avait recommandé à l'assuré de reprendre le travail à 50 % dès le 1^{er} juillet 2015, puis à 100 % dès le 1^{er} septembre 2015, a réduit dans cette mesure les indemnités journalières, puis les a supprimées.

A.c Le 26 octobre 2015, l'assuré s'est inscrit à l'assurance-chômage pour le 1^{er} novembre 2015.

Par décision du 20 janvier 2016, l'assurance-chômage a déclaré l'assuré apte au placement dès le 1^{er} novembre 2015 (cf. consid. 4.3 *infra*). Considérant que l'assuré avait recouvré une capacité de travail de 50 % dès le 14 décembre 2015, qu'il était ainsi disposé et apte à prendre un emploi convenable correspondant à 20 % au moins d'un emploi à plein temps, qu'il avait de surcroît déposé en mai 2015 une demande de

détection précoce auprès de l'assurance-invalidité, l'assurance-chômage a conclu que l'assuré était réputé apte au placement et qu'elle devait provisoirement prendre en charge les prestations.

B. Le 12 février 2016, l'assuré a saisi la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève d'une demande en paiement contre la compagnie d'assurance. En dernier lieu, il a conclu au paiement de 85'978 fr., montant correspondant aux indemnités journalières qu'il estimait dues pour la période du 1^{er} novembre 2015 au 10 novembre 2016.

Par arrêt du 15 décembre 2016, la Cour de justice genevoise a condamné la compagnie d'assurance à verser 84'747 fr. 60 plus intérêts à l'assuré. La Cour a retenu que du 1^{er} novembre au 13 décembre 2015, l'assuré était affecté d'une incapacité de travail à 100 % et avait le droit à de pleines indemnités journalières. A compter du 14 décembre 2015 jusqu'au 4 novembre 2016 (date du dernier certificat d'arrêt de travail versé à la procédure), l'incapacité de travail n'était plus que de 50 % et l'assuré avait le droit à des indemnités journalières de 50 %, conformément à l'art. 8.2 CGA. La compagnie d'assurance ne pouvait pas déduire de sa dette les indemnités versées par l'assurance-chômage. En effet, l'art. 28 al. 2 LACI (RS 837.0) consacrait le principe de subsidiarité du versement de l'indemnité de chômage par rapport à l'indemnité perte de gain maladie, faisant ainsi échec à l'art. 8.5 CGA.

BGE 144 III 136 S. 139

C. La compagnie d'assurance a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile concluant au rejet de la demande en paiement. Elle a contesté l'incapacité de travail de l'assuré et soutenu qu'en tout état de cause, les juges cantonaux auraient dû imputer sur sa dette les indemnités de l'assurance-chômage. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable.
(résumé)

Considérants

Extrait des considérants:

4.

4.1 La recourante reproche aux juges genevois de ne pas avoir soustrait de sa dette d'indemnités journalières les indemnités de chômage dont l'assuré a bénéficié, alors qu'une telle déduction est prévue par l'art. 8.5 CGA (cf. Etat de faits let. A.a *supra*).

La cour cantonale a toutefois constaté que l'art. 28 al. 2 LACI consacrait le principe de subsidiarité du versement de l'indemnité de chômage par rapport à l'indemnité compensant la perte de gain pour cause de maladie ou d'accident. Elle en a déduit que c'était au contraire l'assurance-chômage qui devait tenir compte des indemnités perte de gain dues par la compagnie d'assurance et pouvait dès lors réviser ses décisions. La recourante dénonce à cet égard une fausse application du droit fédéral, plus précisément de l'art. 33 LCA (loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance; RS 221.229.1) et des art. 28, 29, 94 et 95 LACI. En substance, elle plaide que l'art. 28 al. 2 LACI ne vaudrait que pour les assurances pertes de gain soumises à la LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie; RS 832.10), à l'exclusion de celles régies par la LCA. De surcroît, l'art. 28 LACI ne viserait que les cas d'incapacité de travail passagère, à l'exclusion des cas d'incapacité durable.

Il se pose ainsi une question de coordination entre l'assurance-chômage et l'assurance couvrant la perte de gain occasionnée par une maladie, étant rappelé qu'il s'agit ici d'une assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, soumise à la LCA.

4.2 L'art. 28 LACI régit l'"indemnité journalière [de chômage] en cas d'incapacité passagère de travail, totale ou partielle". Il énonce notamment ce qui suit:

"¹ Les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie (art. 3 LPG),

BGE 144 III 136 S. 140

d'un accident (art. 4 LPG) ou d'une grossesse et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Leur droit persiste au plus jusqu'au 30^e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre.

^{1bis}. ... [abrogé]

² Les indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents qui représentent une compensation de la perte de gain sont déduites de l'indemnité de chômage.

³ (...)

⁴ Les chômeurs qui ont épuisé leur droit selon l'al. 1, sont encore passagèrement frappés d'incapacité restreinte de travail et touchent des indemnités journalières d'une assurance, ont droit, dans la mesure où cette incapacité partielle n'entrave pas leur placement et où ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité:

- a. à la pleine indemnité journalière s'ils sont aptes au travail à raison de 75 % au moins;
- b. à une indemnité journalière réduite de 50 % s'ils le sont à raison de 50 % au moins.

⁵ (...)"

Cette disposition coordonne l'assurance-chômage et les assurances perte de gain pour cause de maladie ou d'accident. Elle repose sur la prémisse que ces assurances-ci ne prenaient autrefois effet qu'au 31^e jour d'incapacité. Aussi le législateur a-t-il voulu combler une lacune en prévoyant, à l'alinéa 1, une prise en charge par l'assurance-chômage durant les trente premiers jours d'incapacité de travail. Cette obligation de prestation est toutefois subsidiaire à l'assurance perte de gain, comme l'exprime l'art. 28 al. 2 LACI, qui est destiné à éviter la surindemnisation (**ATF 142 V 448** consid. 4.2; **ATF 128 V 176** consid. 5 *in fine*, 149 consid. 3b; arrêt C 303/02 du 14 avril 2003 consid. 3.1, in DTA 2004 p. 50; FF 1980 III 509 et 588 ss ad art. 27).

L'alinéa 4 règle le concours entre l'assurance-chômage et l'assurance perte de gain après épuisement du droit au sens de l'alinéa 1. Il doit être lu en conjonction avec l'art. 73 al. 1 LAMal, l'art. 5 al. 4 de l'ordonnance du 24 janvier 1996 sur l'assurance-accidents des personnes au chômage (RS 837.171) et l'art. 25 al. 3 OLAA (ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents; RS 832.202). Toutes ces dispositions fixent la quote-part des indemnités dues respectivement par l'assurance-chômage et par l'assurance perte de gain maladie ou accident en cas de capacité de travail partielle (arrêt précité C 303/02 consid. 3.1; UELI KIESER, Die Koordination von Taggeldern der

BGE 144 III 136 S. 141

Arbeitslosenversicherung mit Taggeldern anderer Sozialversicherungszweige, DTA 2012 p. 222). Il en découle notamment que lorsque la capacité de travail est comprise entre 50 % et 74 %, l'assurance-chômage et l'assureur-maladie ou accident versent chacun une indemnité journalière de 50 % (cf. FF 2008 7051). Ce système de coordination s'applique aussi aux assurances-maladie complémentaires soumises à la LCA. En effet, l'art. 100 al. 2 LCA prévoit l'application par analogie de l'art. 73 LAMal pour les preneurs d'assurance et assurés réputés chômeurs au sens de l'art. 10 LACI. A l'origine, le projet de loi sur l'assurance-chômage ne prévoyait pas une telle extension du système de coordination (FF 1980 III 697 s. a *contrario*), qui est due à une proposition de la Commission des affaires juridiques du Conseil National, fondée sur le constat que beaucoup d'entreprises avaient des contrats d'assurance collective auprès d'assureurs privés (cf. BO 1981 CN I 847 ad art. 113a; RO 1982 2222).

La jurisprudence, en se référant à cet art. 100 al. 2 LCA, a précisé que par "indemnités journalières de l'assurance-maladie" au sens de l'art. 28 al. 2 LACI, il fallait entendre aussi bien les indemnités de l'assurance-maladie sociale facultative régie par les art. 67 ss LAMal que celles d'assurances complémentaires soumises à la LCA (**ATF 128 V 176** consid. 5; arrêt précité C 303/02 consid. 4.1; cf. aussi **ATF 142 V 448** consid. 4.2 p. 453; arrêt 4A_111/2010 du 12 juillet 2010 consid. 4; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR, 3^e éd. 2016, p. 2395 n. 437; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n° 8 ad art. 28 LACI; KIESER, op. cit., p. 221 ch. 2 et p. 227 ch. 2).

Le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de rappeler la portée de l'art. 28 al. 2 et 4 LACI, dans une affaire où l'assuré avait touché des indemnités de chômage calculées sur un gain assuré réduit de moitié, en raison d'une aptitude au placement restreinte par une maladie. L'assuré avait en outre touché pendant la même période de pleines indemnités journalières fondées sur une assurance collective perte de gain régie par la LCA. Après avoir eu connaissance de ce fait, la caisse de chômage avait réclamé le remboursement des indemnités de chômage; elle a obtenu gain de cause. L'autorité de céans a relevé que si l'assureur privé - allant ainsi au-delà du régime de coordination légal - allouait de pleines indemnités pour une incapacité de travail de 50 %, en se fondant sur ses conditions générales ou sur un engagement pris dans une procédure de conciliation, ces indemnités

BGE 144 III 136 S. 142

devaient être déduites de l'assurance-chômage, conformément au principe de subsidiarité découlant des alinéas 2 et 4 de l'art. 28 LACI (**ATF 142 V 448** consid. 4.2 et 5.4; cf. aussi arrêt précité C 303/02 consid. 5.1).

4.3 En l'espèce, la situation se présente sous un angle quelque peu différent. La compagnie d'assurance a cessé de verser des indemnités journalières en se fondant sur la prémisse (erronée) que l'assuré avait retrouvé une pleine capacité de travail le 1^{er} septembre 2015. Pour sa part, la caisse de chômage a considéré que l'assuré réalisait les conditions d'indemnisation à compter du 1^{er} novembre 2015. Elle a alloué de pleines indemnités pendant 30 jours, soit du 1^{er} au 30 novembre 2015 (cf. art. 28 al. 1 LACI). Constatant que l'assuré avait ensuite retrouvé une capacité de travail à 50 % le 14 décembre 2015 et qu'il n'était ainsi pas manifestement inapte au placement, elle a versé depuis lors de pleines indemnités de chômage, au motif qu'une demande de prestations était pendante devant l'assurance-invalidité et que la prise en charge provisoire des prestations lui incombait dans l'intervalle. Elle a donc non seulement versé des indemnités de chômage correspondant à la capacité médicalement attestée de l'assuré (soit 50 %), mais en sus elle a avancé les indemnités que l'assurance-invalidité pourrait lui octroyer ultérieurement, ce en application de l'art. 15 al. 3 OACI (ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage [...]; RS 837.02), auquel renvoie l'art. 15 al. 2 LACI.

Force est de constater que pour la première phase d'indemnisation par l'assurance-chômage (1^{er} au 30 novembre 2015), l'assurance perte de gain déployait déjà ses effets; comme l'incapacité de travail était totale, de pleines indemnités perte de gain étaient dues. Le principe de subsidiarité de l'assurance-chômage (art. 28 al. 2 LACI) fait ainsi échec à l'art. 8.5 CGA.

A compter du 14 décembre 2015, l'assurance-chômage a versé provisoirement de pleines indemnités dans la perspective d'une éventuelle prise en charge par l'assurance-invalidité, et c'est dans cette avance que réside le noeud du problème. En effet, si elle avait été calculée sur la base d'une aptitude au travail de 50 %, l'indemnité journalière de l'assurance-chômage aurait été réduite de 50 % (art. 28 al. 4 let. b LACI). Elle aurait été complétée par la demi-indemnité due par l'assureur-maladie privé, conformément à l'art. 8.2 CGA - et à l'art. 73 al. 1 LAMal, applicable par renvoi de l'art. 100 al. 2 LCA. Dans cette mesure, la question d'une déduction ne se pose pas, les

BGE 144 III 136 S. 143

deux demi-indemnités étant versées à des titres bien distincts, à savoir la perte de revenu imputable à la conjoncture pour l'indemnité de chômage, et celle imputable à un état de santé déficient pour l'autre indemnité. La recourante ne prétend d'ailleurs pas le contraire.

Subsiste la question de savoir si la recourante est exonérée de l'obligation de verser les indemnités compensant la perte de gain due à la maladie, au motif que l'assurance-chômage a avancé à l'assuré les prestations que pourrait verser l'assurance-invalidité. Tel ne saurait être le cas. La recourante ne peut en effet porter en déduction de sa dette une indemnité allouée à titre provisoire, sans reconnaissance aucune d'un droit définitif à une prestation susceptible d'émaner de l'assurance-invalidité. L'art. 15 al. 3 OACI a été introduit afin d'éviter une privation de prestations d'assurance pendant la période de carence durant l'instruction du cas par l'assurance-invalidité (**ATF 136 V 95** consid. 7.1; NUSSBAUMER, op. cit., p. 2352 ch. 283), dans l'optique d'une compensation ultérieure avec les indemnités de l'assurance-invalidité (**ATF 127 V 484** consid. 2; **ATF 126 V 124** consid. 3a; RUBIN, op. cit., n° 93 ad art. 15 LACI), et non pas pour permettre à l'assureur privé couvrant la perte de gain due à la maladie de cesser prématurément le versement des indemnités journalières. La caisse de chômage n'aurait du reste pas eu à verser une telle avance si la recourante avait d'emblée assumé ses obligations contractuelles en versant les indemnités journalières dont elle était redevable, étant encore rappelé que l'art. 70 al. 2 LPGa (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) n'est pas applicable dans les relations entre l'assurance-chômage et un assureur perte de gain maladie soumis à la LCA (arrêt 8C_791/2016 du 27 janvier 2017 consid. 5.1).

4.4 La recourante objecte que l'art. 28 LACI ne saurait s'appliquer aux indemnités journalières d'une assurance perte de gain maladie régie par la LCA. Elle cite de longs pans d'un commentaire critique de l'**ATF 142 V 448** (DUPONT/GIROD, Coordination entre assurances sociales et assurances privées: sortie de route difficile à expliquer, in REAS 2016 p. 328 ss). Il n'y a toutefois pas matière à revenir sur la jurisprudence rappelée ci-dessus (consid. 4.2), qui repose sur le fait que le régime de coordination entre assurance-chômage et assurance-maladie réglé par les art. 28 LACI et 73 LAMal vaut aussi pour les assurances complémentaires soumises à la LCA, en vertu du renvoi de l'art. 100 al. 2 LCA. Les auteurs précités ne font du reste

BGE 144 III 136 S. 144

aucune mention de cette disposition-ci, relevant tout au plus que les conditions générales en cause étaient "inspirée[s]" de l'art. 73 LAMal (DUPONT/GIROD, op. cit., p. 332 note 21).

La recourante plaide en outre que l'art. 28 LACI n'aurait pas vocation à s'appliquer dès lors que l'incapacité de travail de l'assuré n'était pas "passagère" au sens de cette disposition. Comme l'autorité de céans l'a déjà souligné, du moment qu'il est question de la coordination entre l'assurance-chômage et une assurance perte de gain maladie, le caractère passager ou durable de l'incapacité n'importe pas (arrêt précité C 303/02 consid. 5.2). Une telle question de coordination se pose aussi longtemps que l'indemnité journalière perte de gain est due selon les conditions qui la régissent (cf. à cet égard KIESER, op. cit., pp. 228 let. c, 233 let. d et 234 ch. 8). En l'occurrence, rien n'indique qu'elle n'était plus due.

4.5 Il s'ensuit que la Cour de justice n'a pas violé le droit fédéral en considérant qu'il n'y avait pas lieu de déduire les indemnités versées par la caisse de chômage de celles dues par la compagnie d'assurance.