REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/9/2004 **ATAS/196/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 2 mars 2006

En la cause

Madame B_____, domiciliée à AIRE-LA-VILLE, représentée par ASSISTA TCS SA Service juridique Genève	recourante

contre

GROUPE MUTUEL ASSURANCE, Mutuelle Valaisanne, rue du Nord 6, 1920 MARTIGNY	intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Madame B_____, née en _____, a travaillé dès le 13 décembre 1999 en tant qu'aide-ménagère pour le compte de la FONDATION DES SERVICES D'AIDE ET DE SOINS À DOMICILE (ci-après : FSASD) à raison de 20 heures par semaine représentant un taux d'activité de 50% et pour un salaire annuel brut de 21'752 fr. (classe 4 et annuité 0). Son contrat d'engagement, daté du 8 décembre 1999, prévoyait qu'elle fût assurée auprès de ZURICH ASSURANCES (ci-après : ZURICH) pour la perte de gain en cas de maladie ainsi que dans l'éventualité d'accidents professionnels et non professionnels (pièce assuré [A] 1).

2. Dès l'année 2000, l'assurée a souscrit une indemnité journalière de 60 fr. 70 en cas de maladie/accident avec délai d'attente de 720 jours auprès de la caisse maladie MUTUELLE VALAISANNE (ci-après : la caisse; pièce caisse [C] 3).

3. Le 7 février 2000, l'assurée a été victime d'un accident de la circulation à Cernex (Haute-Savoie) en se rendant de sa résidence secondaire à son lieu de travail. Elle avait entrepris une manoeuvre de dépassement avant un virage alors qu'une voiture arrivait en sens inverse (A 4).

4. Les radiographies effectuées le 7 février 2000 ont montré un antélisthésis de C5 sur C6 sans lésion osseuse traumatique visible, une absence de trouble statique et de tassement vertébral sur le plan dorsal et l'absence de lésion osseuse traumatique visible aux côtes, clavicules, sternum et genou droit (A 5).

5. Le 10 février 2000, la FSASD a annoncé l'accident à ZURICH en mentionnant une fracture de la colonne vertébrale (cervicale, dorsale et lombaire). Elle a par ailleurs indiqué que le salaire mensuel de son employée était de 1'847 fr. 75 (A 6).

6. L'assureur-accidents a pris le cas en charge et a notamment indemnisé la perte de salaire à 80 %. Pendant 720 jours soit jusqu'au 27 janvier 2002, il a également versé un complément LAA perte de gain de 20% (A 11 et 13).

7. Le 23 janvier 2002, l'assurée a informé la caisse qu'elle présentait toujours une incapacité de travail et qu'il convenait d'examiner son droit à des indemnités journalières selon la couverture "BC" (A 9).

8. Le 3 février 2003, elle a indiqué à la caisse que son gain présumé perdu se montait à 4'500 fr. à 100% et que pour l'évolution salariale, il fallait tenir compte des augmentations prévues (A 10).

9. Par courrier du 4 février 2003, la caisse a pris acte de ce que le droit de l'intéressée aux prestations complémentaires LAA avait été épuisé le 27 janvier 2002 et lui a assuré qu'elle lui verserait donc des prestations dès le 28 janvier 2002 (A 11).

10. Le 25 février 2003, l'assurée a contesté le décompte de prestations de la caisse en faisant valoir que son gain présumé perdu se montait à environ 4'500 fr. par mois et que le calcul de surindemnisation devrait donc être fait sur cette base (A 12).

11. Le 6 mars 2003, la caisse lui a répondu que, pour calculer l'indemnité journalière, elle s'était basée sur le salaire annoncé par l'assurée à ZURICH, à savoir 22'173 fr. (A 13).

12. Le 15 avril 2003, l'assurée a informé la caisse que le salaire assuré auprès de ZURICH avait été augmenté de 10% rétroactivement au 1er juillet 2002. Elle a rappelé que le salaire assuré auprès de l'assureur-accidents tenait compte d'une activité à 50% et a estimé que le gain présumé perdu pouvait être extrapolé en multipliant le salaire assuré LAA par deux (A 14).

13. Par décision du 27 mai 2003, la caisse a procédé à un nouveau calcul de surindemnisation dès le 1er juillet 2002. Elle a retenu un salaire annuel de 24'390 fr. 30, soit un revenu journalier de 66 fr. 80, dont elle a déduit l'indemnité journalière versée par ZURICH (53 fr. 45), aboutissant ainsi à une perte de gain résiduelle de 13 fr. 35 par jour. Multipliant ce montant par 274 jours (du 1er juillet 2002 au 31 mars 2003), elle a obtenu un montant dû de 3'657 fr. 90, dont elle a déduit ses versements (3'329 fr. 10) et a conclu à un solde dû de 328 fr. 80. Elle a précisé que, pour le calcul de la perte de gain présumée, elle avait tenu compte du fait que, sans incapacité de travail, l'assurée n'aurait subi qu'une perte de gain de 50% puisqu'avant l'accident, elle n'exploitait pas sa capacité de travail dans une mesure supérieure. Elle a par ailleurs fait remarquer que l'assurance avait pour objectif de protéger les employés contre les conséquences d'une incapacité de travail et non de les placer dans une situation meilleure que celle qui aurait été la leur avant la survenance de l'accident (A 17).

14. Le 24 juin 2003, l'assurée a formé une opposition non motivée contre cette décision et demandé la transmission d'un décompte récapitulatif détaillé des indemnités journalières payées (A 18).

15. Le 2 juillet 2003, la caisse a indiqué que, pour la période du 28 janvier au 30 juin 2002, elle avait versé 1'871 fr. 10 (154 jours x 12 fr. 15), pour celle du 1er juillet au 31 décembre 2002, un montant de 2'456 fr. 40 (184 jours x 13 fr. 35) et, enfin, pour la période du 1er janvier au 30 avril 2003, un montant de 1'602 fr. (120 jours x 13 fr. 35; C 8).

16. Le 14 octobre 2003, l'assurée a motivé son opposition en précisant qu'elle ne contestait que le mode de calcul de la surindemnisation mais qu'elle critiquait le gain présumé perdu retenu par la caisse. A cet égard, elle a fait valoir que, selon la jurisprudence, il fallait se baser sur le gain qu'elle aurait réalisé en travaillant à 100% et non pas à 50% (A 19).

17. Par décision sur opposition du 26 novembre 2003, la caisse a confirmé sa décision du 27 mai 2003 (A 20).

18. Par acte du 6 janvier 2004, l'assurée a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales. Elle conclut au versement par la caisse d'une indemnité journalière non réduite de 60 fr. 70, sous suite de frais et dépens. A l'appui de ses conclusions, elle relève que, selon la jurisprudence, le gain présumé perdu déterminant pour le calcul de surindemnisation prend en considération une capacité de gain de 100% même si l'activité professionnelle est exercée à 50%. De plus, elle soutient que, dans la mesure où elle avait émis le désir de devenir aide-familiale au moment de son engagement, rien n'indique qu'elle aurait continué à exercer une activité à temps partiel.

19. Dans sa réponse du 13 février 2004, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle considère que l'assurance individuelle d'une indemnité journalière couvre la perte de salaire ou de gain et que le degré de l'incapacité de travail s'apprécie au regard de la profession exercée jusque-là par l'assuré. Quant au calcul de surindemnisation, elle admet que pour définir le gain présumé perdu, il faut tenir compte d'une capacité de gain entière. Toutefois, dans le cas de la recourante, elle estime que sa pleine capacité de gain correspond à son activité professionnelle à mi-temps. De plus, faute d'éléments objectifs permettant de retenir que l'assurée aurait travaillé à 100% sans l'accident, elle soutient qu'il n'y a pas de raison de se baser sur un salaire à 100% pour le calcul de surindemnisation.

20. Dans sa réplique du 18 mars 2004, la recourante a maintenu ses conclusions. Elle considère que l'intimée se base sur une jurisprudence mineure pour étayer la thèse selon laquelle le gain présumé perdu correspond au salaire réalisé au moment de l'accident. De plus, elle estime que cette jurisprudence ne s'applique pas dans son cas, dès lors qu'elle a personnellement financé entièrement les primes d'assurance pour les indemnités journalières. Enfin, elle estime qu'il est démontré qu'elle aurait vraisemblablement augmenté son temps de travail au moment du début du droit aux prestations compte tenu de ses ambitions professionnelles, du fait que sa fille était en âge de suivre la scolarité obligatoire et de sa situation familiale de mère de famille séparée et en instance de divorce.

21. Dans sa duplique du 21 avril 2004, l'intimée a maintenu sa position et relevé que les règles relatives à la surindemnisation ne sont pas dépendantes du statut de la personne qui paie la prime.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 4 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal).

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1, 335 consid. 1.2, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références).

   En l'espèce, le recours concerne le droit à des prestations dès le 28 janvier 2002, date antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA. En conséquence, sur le plan matériel, le litige reste régi par la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Quant aux règles de procédure, elles sont applicables, sauf dispositions transitoires contraires, à tous les cas en cours dès l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 131 V 314 consid. 3.3, 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

4. Le recours a été formé en temps utile. En effet, en agissant le 6 janvier 2004, le recourant a respecté le délai de recours de trente jours courant du 28 novembre 2003 au 12 janvier 2004 (art. 60 al. 1 et 38 al. 3 et 4 LPGA). Interjeté également dans la forme prévue par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA.

5. Le litige porte sur le droit de la recourante à des indemnités journalières entières pour perte de gain dès le 28 janvier 2002.

6. a) Toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de 15 ans révolus, mais n'ayant pas atteint 65 ans, peut conclure une assurance d'indemnités journalières avec un assureur au sens de l'art. 68 LAMal (art. 67 al. 1 LAMal). L'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées (art. 72 al. 1 LAMal). Selon la jurisprudence, les parties fixent en toute liberté le montant de l'indemnité journalière (ATF 126 V 501 consid. 2a). Figurent toutefois à l'art. 72 LAMal quelques dispositions impératives, notamment sur la naissance du droit à l'indemnité (al. 2), la durée du droit (al. 3), la réduction de la prestation en cas d'incapacité partielle de travail (al. 4) et la surindemnisation (al. 5). La réglementation d'autres aspects détaillés relève en revanche de la liberté contractuelle des parties (ATF 125 V 116 consid. 2e, 124 V 205 consid. 3d).
   b) Le versement d'une indemnité journalière par l'assurance-maladie est subordonné à l'existence d'une incapacité de travail, totale ou partielle (art. 72 al. 2 LAMal). Est considéré comme incapable de travailler l'assuré qui, à la suite d'une atteinte à la santé, ne peut plus exercer son activité habituelle ou ne peut l'exercer que d'une manière limitée ou encore avec le risque d'aggraver son état (ATF 129 V 53 consid. 1.1, 114 V 283 consid. 1c, 111 V 239 consid. 1b). Par ailleurs, le fait de s'être assuré pour une indemnité journalière d'un montant donné et d'avoir payé les primes correspondantes n'ouvre pas forcément le droit au versement de la somme assurée; l'assuré doit encore prouver l'existence d'une incapacité de travail et d'une perte de salaire ou de gain consécutive à la maladie (ATF 110 V 332 consid. 5; RAMA 1990 n° K 829 p. 8 consid. 3c; ATFA du 20 juin 2001, K 129/00 consid. 2b).

7. En l'espèce, l'art. 1 des conditions de l'assurance facultative d'indemnités journalières [branche BC; ci-après: conditions d'assurance BC]) prévoit que l'assurance indemnité journalière est de 20 fr. (al. 1), mais que pour les personnes exerçant une activité lucrative, la caisse peut admettre une couverture d'assurance allant jusqu'à concurrence du revenu journalier justifiable mais au maximum jusqu'à 350 fr. (al. 2).

   La recourante et l'intimée ont convenu d'un montant d'indemnité journalière de 60 fr., supérieur aux 20 fr. de l'art. 1.1 conditions d'assurance BC et donc équivalent au revenu journalier justifiable de l'art. 1.2 conditions d'assurance BC.

   L'intimée n'invoque pas, à juste titre, une surassurance. En effet, sans accident, le revenu de la recourante se serait élevé en 2002 à 66 fr. 80 par jour (cf. salaire indemnisé par ZURICH). En revanche, elle soutient que le cumul de l'indemnité journalière de 60 fr. et des prestations de ZURICH (80% de 66 fr. 80) entraîne une surindemnisation, respectivement une réduction de l'indemnité journalière.

8. Les dispositions sur la surindemnisation, applicables tant à l'assurance obligatoire des soins qu'à l'assurance facultative d'indemnités journalières, ne définissent pas l'objet de cette dernière (Gebhard EUGSTER, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG in : LAMal-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997 [cité ci-après: LAMal-KVG], p. 506). Elles ont pour but d'empêcher la réduction des prestations d'assurance aussi longtemps que l'assuré encourt des frais ou une perte de gain au sens de l'art. 122 al. 2 OAMal. Pour procéder au calcul de la surindemnisation, il faut bien sûr déterminer d'abord dans chaque cas les prestations auxquelles l'assuré peut prétendre (RAMA 1998 n° KV 43 p. 421 consid. 2b).

   Dans le présent cas, étant donné que la recourante a convenu d'une indemnité journalière correspondant en tout cas à son salaire journalier et qu'elle subit une incapacité totale de travail, elle peut prétendre dès le 28 janvier 2002 à une indemnité journalière de 60 fr.

9. En cas de surindemnisation, les prestations assurées peuvent être réduites conformément aux art. 78 al. 2 LAMal et 122 OAMal.

   Selon l'art. 122 al. 2 OAMal, il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations de l'assurance-maladie - seules ou entrant en concours avec celles d'autres assurances sociales - excèdent, pour une même atteinte à la santé :

   a) les frais de diagnostic et de traitement supportés par l'assuré;
   b) les frais de soins supportés par l'assuré et d'autres frais non couverts dus à la maladie;
   c) la perte de gain présumée subie par l'assuré du fait du cas d'assurance ou la valeur des tâches qu'il ne peut pas accomplir.

   En cas de surindemnisation, les prestations de l'assurance-maladie sont réduites du montant de la surindemnisation (art. 122 al. 3 OAMal).

10. En l'espèce, les conditions d'assurance BC 2000 ne règlent pas spécifiquement la question de la surindemnisation. En revanche, dans le cadre de l'art. 12.2 traitant de la réduction de l'indemnité journalière assurée, elles prévoient, d'une part, que la surindemnisation correspond à la différence entre l'indemnité journalière assurée et le revenu journalier justifiable, d'autre part, que cette différence doit être remboursée à la caisse.

    Par ailleurs, dans ses conditions d'assurance BC valables dès le 1er janvier 2003, l'intimée a réglé spécifiquement la question de la surindemnisation en prévoyant que celle-ci correspond à la part de l'indemnité journalière supérieure à la perte de gain effective et que cette part doit être remboursée à l'assureur (art. 11.1).

    En définitive, dans les deux dispositions susmentionnées, l'intimée considère que la limite de surindemnisation correspond au revenu journalier justifiable,

respectivement à la perte de gain effective. Ces dispositions n'envisagent comme limite de surindemnisation que la perte de gain résultant d'une incapacité de travail soit, une limite de surindemnisation autre que celle de l'art. 122 al. 2 OAMal qui correspond notamment à la perte de gain présumée subie par l'assuré du fait du cas d'assurance ou à la valeur des tâches qu'il ne peut pas accomplir (let. c).

En tant qu'elles divergent du texte légal qui est de droit impératif (cf. supra, consid. 6a) et qu'elles n'ont manifestement pas été adaptées au changement législatif lors du passage de la LAMA à la LAMal, elles ne peuvent pas être prises en considération pour résoudre le présent litige.

En effet, la jurisprudence (ATFA du 25 septembre 2000, K 14/00 consid. 3a) a précisé que sous l'empire de la LAMal, la surindemnisation, pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative, est définie de manière plus large que la notion qui prévalait sous l'empire de la LAMA. Sous l'égide de cette dernière, aux termes de l'art. 26 al. 1 LAMA, l'assurance ne devait pas être une source de gain pour l'assuré. Constituait un gain d'assurance toute prestation dépassant le montant intégral de la perte de gain, des frais médico-pharmaceutiques et des autres frais entraînés par la maladie qui n'étaient pas couverts par ailleurs (art. 16 Ord. III). Pour déterminer s'il y avait surassurance, il fallait comparer l'ensemble des prestations dont bénéficiait l'assuré en raison de sa maladie avec l'ensemble du manque à gagner, des frais médicaux et pharmaceutiques, ainsi que des autres frais dus à l'atteinte à la santé qui n'étaient pas couverts par ailleurs (ATF 115 V 124 consid. 1a et les références). Lorsque ceux-ci ne pouvaient être exactement prouvés, ils devaient néanmoins être pris en considération s'ils découlaient du mode de vie courant et se tenaient dans les limites usuelles (ATF 110 V 320 consid. 3, 105 V 196). Le Tribunal fédéral des assurances avait toutefois jugé, à propos de ces dispositions, qu'on ne pouvait interdire à une caisse de limiter le versement des prestations à ce qui était nécessaire pour couvrir des frais de traitement, respectivement une perte de salaire ou de gain, ni de définir de façon précise et exhaustive les frais ou le préjudice économique justifiant l'octroi des prestations convenues. Si la caisse faisait usage de cette possibilité, s'agissant, par exemple, du versement de l'indemnité journalière, le calcul de la surindemnisation devait s'effectuer en fonction de la perte de gain uniquement (ATF 105 V 195 consid. 1; RJAM 1982 n° 475 p. 34 consid. 2; EUGSTER, op. cit., p. 506).

Dans le cadre de la LAMal, Ueli KIESER (Die Stellung der Nichterwerbstätigen in der freiwilligen Taggeldversicherung [Artikel 67 ff. KVG], in : LAMal-KVG, p. 611 et 613) précise que lorsqu'un assuré travaille à temps partiel et qu'il présente une incapacité de travail, l'indemnité journalière ne peut pas être comprise seulement comme une allocation pour perte de salaire ; elle remplace également la valeur des tâches qui ne peuvent pas être accomplies dans le domaine d'activité. Ainsi, la surindemnisation prend désormais en compte la valeur des tâches que l'assuré ne peut plus accomplir, conformément à l'art. 122 al. 2 let. c OAMal.

11. En l'espèce, la recourante travaille à 50% en tant qu'aide-ménagère. En se référant aux ATF 128 V 149 et 117 V 394, elle soutient que l'intimée doit tenir compte en tant que perte de gain présumée d'une capacité de gain à 100%. L'ATF 117 V 394 concerne le gain dont on peut présumer que l'assuré se trouve privé selon l'art. 51 al. 3 OLAA dans le cas d'un rentier de l'assurance-invalidité qui subit par la suite un accident lui donnant droit à une indemnité journalière de l'assurance-accidents, soit une toute autre situation que celle de la recourante qui, avant son accident, travaillait à 50% pour s'occuper de son enfant et non pas en raison d'une atteinte à la santé. Quant à l'ATF 128 V 149, il se borne à préciser que, pour calculer la surindemnisation, il faut établir un compte global comme sous l'empire de la LAMA. En conséquence, ces jurisprudences ne sont d'aucune aide pour étayer la thèse de la recourante.

12. En outre, la recourante prétend que, sans son accident, elle aurait travaillé dans une plus grande mesure que 50% en raison de ses ambitions professionnelles, de l'âge de sa fille et de sa situation familiale. A cet égard, il y a lieu de constater que la recourante ne précise pas la mesure dans laquelle elle travaillerait au-delà de 50%. Pour cette raison déjà, son argument ne peut être pris en considération.

    De plus, la notion de perte de gain présumée dans le cadre du calcul de surindemnisation de l'art. 122 al. 2 OAMal n'autorise pas davantage à retenir la thèse de la recourante. En effet, selon EUGSTER (op. cit. p. 539), le gain perdu s'apprécie en fonction de la perte de gain due à la maladie ou à l'accident durant la période d'incapacité de travail pour laquelle l'assuré a droit à l'indemnité journalière. Il dépend de ce que l'assuré aurait gagné s'il n'avait pas été malade ou incapable de travailler. Le salaire obtenu avant le début de l'incapacité de travail est en principe un indice décisif pour l'étendue de la perte.

    Quant à la jurisprudence, elle précise que la perte de gain en assurance maladie se détermine selon le gain manquant durant l'incapacité de travail et que sont applicables à cet effet les mêmes règles qui ont cours en cas de cumul de rente de l'assurance-invalidité avec celles de l'assurance-accidents obligatoire ou de l'assurance militaire (ATFA 1962 p. 190, RJAM 1978 n° 314 p. 39 consid. 3a). Le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé est le salaire hypothétique qu'il aurait réalisé sans son invalidité ce qui peut conduire, après la fixation de la rente, à une modification du calcul de surindemnisation si l'on peut admettre que le revenu hypothétique que l'assuré aurait concrètement obtenu sans invalidité se serait modifié de manière sensible. Ces mêmes principes étaient déjà applicables au calcul de la surindemnisation selon les anciens art. 45 LAI et 39 bis RAI. Ils ont été repris à l'art. 40 LAA et à l'art. 72 al. 2 LAM (cf. ATF 122 V 151 consid. 3c).

    En ce qui concerne la question de la prise en considération d'un changement hypothétique d'activité, le revenu sans invalidité doit se déterminer en fonction de nouvelles bases de calcul seulement si la démonstration peut être faite, au degré de

la vraisemblance prépondérante (cf. RAMA 1993 n° U 168 p. 100 consid. 3b et les références citées), que l'assuré aurait été promu ou aurait embrassé une profession plus lucrative en l'absence d'accident (ATFA du 26 avril 2001, U 299/00 consid. 2bb). Toutefois, des possibilités théoriques de développement professionnel ou d'avancement ne doivent être prises en considération que lorsqu'il est très vraisemblable qu'elles seraient advenues. Il convient, à cet égard, d'exiger la preuve d'indices concrets que l'assuré aurait obtenu dans les faits un avancement et une augmentation corrélative de ses revenus, s'il n'était pas devenu invalide. Des indices concrets en faveur de l'évolution de la carrière professionnelle doivent exister, par exemple, lorsque l'employeur a laissé entrevoir une telle perspective d'avancement ou a donné des assurances en ce sens. De simples déclarations d'intention de l'assuré ne suffisent pas. L'intention de progresser sur le plan professionnel doit, bien plus, déjà s'être manifestée par des étapes concrètes, telles que la fréquentation de cours, le début d'études ou la passation d'examens (ATF 96 V 29; ATFA 1968 p. 93 consid. 2a; RAMA 1993 n° U 168 p. 100 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral des assurances non publié F. du 28 août 1996 [U 12/96]). C'est la raison pour laquelle on pose la présomption que l'assuré aurait continué d'exercer son activité sans la survenance de son invalidité (ATF 129 V 224 consid. 4.3.1).

En l'espèce, la recourante se borne à alléguer que, sans son accident, elle aurait augmenté son taux d'activité sans que des indices concrets ne confirment son intention. En effet, ses ambitions personnelles, la scolarisation de sa fille et sa situation familiale ne représentent que la simple possibilité d'une telle évolution. En revanche, la recourante n'est pas en mesure de démontrer que son employeur était prêt à augmenter son taux d'activité au-delà de 50% de sorte qu'il n'existe aucune preuve d'une telle évolution au degré habituel de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurances sociales.

En cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé (ATF 117 V 264 consid. 3b et les références; RAMA 1994 n° U 206 p. 327 consid. 1 et les références). En conséquence, dans le présent cas, la preuve d'une augmentation du taux d'activité sans invalidité n'ayant pas été rapportée, il y a lieu de s'en tenir à la présomption que la recourante aurait continué à exercer son activité dans la même mesure qu'avant la survenance de son accident.

13. Quant au calcul de surindemnisation, il y a lieu de vérifier les éléments retenus par l'intimé au regard de l'art. 122 al. 2 OAMal.

Dans son calcul, l'intimé a pris en considération comme limite de surindemnisation la perte de gain présumée subie par l'assurée, à savoir le salaire annuel assuré par l'assureur-accidents correspondant, pour la période du 28 janvier au 30 juin 2002, à 60 fr. 75 (22'173 fr. : 365) et, pour la période dès le 1er juillet 2002, à 66 fr 80 (24'390.30 : 365). Elle a déduit de ce montant, l'indemnité journalière versée à 80%

par l'assureur-accident à savoir 48 fr. 60 du 28 janvier au 30 juin 2002 et 53 fr. 45 dès le 1er juillet 2002. Elle a constaté que la différence entre la perte de gain présumée et les prestations de l'assureur-accidents s'élevait à 12 fr. 15 pour la période du 28 janvier au 30 juin 2002 et à 13 fr. 35 dès le 1er juillet 2002.

En revanche, bien que la recourante travaille à 50 % en tant qu'aide-ménagère et également comme femme au foyer, dans son calcul de surindemnisation, l'intimé n'a pas pris en considération la valeur des tâches qu'elle ne peut plus accomplir dans son foyer.

A ce sujet, il y a lieu d'examiner la position de la doctrine.

Selon Alfred MAURER (Das neue Krankenversicherungsrecht, 1996, p. 107), l'indemnité journalière doit - c'est son but principal - compenser la perte de gain entière ou partielle que l'assuré subit en raison de la maladie, la maternité ou éventuellement l'accident. En outre, elle sert aussi à couvrir les dépenses qui naissent dans un cas d'assurance comme, par exemple, pour l'engagement d'une aide ménagère. Cet auteur précise que sous l'égide de la LAMA, la femme (ou l'homme) à la maison, lorsqu'elle (il) était malade, ne pouvait imputer aucune valeur abstraite en tant que perte de salaire à la valeur des tâches non accomplies. Il explique que l'art. 122 al. 2 let c OAMal exige maintenant que la valeur des tâches que l'assuré ne peut pas accomplir soit considérée comme gain perdu. Il conçoit que cette valeur soit déterminée de la même manière qu'en responsabilité civile (ATF 113 II 350 ss, 108 II 439), à savoir selon le coût d'une aide-ménagère. En conséquence, il y a lieu de comparer le montant de l'indemnité journalière dans un cas d'assurance LAMal, d'une part, avec la valeur des tâches non accomplies et, d'autre part, avec une éventuelle perte de gain; si l'indemnité journalière dépasse ce montant, il y a une surindemnisation.

EUGSTER (op. cit., p. 540), quant à lui, admet que l'art. 122 al. 2 let. c OAMal permet à l'assuré de prendre en considération tant le gain perdu que la valeur des tâches qu'il ne peut pas accomplir. On pense aux tâches empêchées par l'incapacité de travail de l'assuré dans une activité sans revenu qui, par sa nature, correspond à une activité professionnelle. Principalement les hommes ou femmes à la maison devraient pouvoir invoquer cette disposition en leur faveur. La valeur des tâches que l'assuré ne peut pas accomplir doit être comprise à l'art. 122 al. 2 let. c OAMal comme un dommage abstrait. Pour le quantifier, il faut évaluer ce que le service de la personne incapable de travailler aurait coûté si on avait dû indemniser un tiers selon les conditions habituelle du marché. Il est sans importance que l'assuré ait effectivement eu recours à un tiers ou non.

Enfin, Bettina KAHIL (L'assurance facultative d'indemnité journalière selon la LAMal in : 1366 jours d'application de la LAMal, Colloque de Lausanne [IRAL] 1999, p. 52-53) relève que l'art. 67 al. 1 LAMal inclut les personnes domiciliées en

Suisse indépendamment de l'exercice d'une activité lucrative et que, dans le cadre de la LAMal, pour calculer l'indemnité journalière, par exemple, il conviendrait de tenir compte du coût de l'engagement d'une femme de ménage qualifiée.

En définitive, eu égard à l'unanimité de la doctrine sur cette question, il y a lieu de considérer que la limite de surindemnisation selon l'art. 122 al. 2 OAMal prend en compte de façon cumulative le gain perdu et la valeur des tâches que l'assuré ne peut pas accomplir dans une activité sans revenu telle que celle de femme ou d'homme à la maison. Étant donné que, dans le cas de la recourante, les médecins attestent l'existence d'une incapacité de travail de 100% dans une activité d'aide-ménagère, il va sans dire qu'elle présente également une incapacité de travail dans l'activité de femme à la maison dont les tâches sont plus étendues que celle d'aide-ménagère. L'intimé n'ayant procédé à aucun acte d'instruction quant au taux d'incapacité de la recourante dans ses activités ménagères, le Tribunal de céans ne dispose d'aucune donnée à ce sujet et ne peut que se borner à émettre des hypothèses.
En conséquence, il y a lieu de retenir comme limite de surindemnisation, cumulativement, l'intégralité du gain perdu dans l'activité d'aide ménagère à 50% et la valeur des tâches de femme à la maison. Pour ce dernier terme du calcul de surindemnisation, selon la doctrine susmentionnée, de la même manière qu'en droit de la responsabilité civile (cf. à ce sujet ATF 127 III 403 consid. 4b p. 406, ATF C.276/2001 du 26 mars 2002 publié in Pra 91/2002 n° 212 p. 1127, consid. 7b), il faut évaluer ce que le service d'une aide-ménagère ou d'une femme de ménage qualifiée aurait coûté selon les conditions habituelles du marché si on avait dû engager un tiers pour effectuer ces tâches, peu importe que la recourante ait effectivement engagé ou non une aide à cet effet.

Dès lors, il s'agit tout d'abord de déterminer le nombre d'heures que la recourante consacre à l'entretien de son ménage ainsi qu'aux soins et à l'assistance fournis à son enfant. Il y a lieu de relever que l'intimé n'a procédé à aucune enquête à ce sujet de sorte que le Tribunal de céans ne dispose d'aucune donnée concrète. Toutefois, pour évaluer le temps nécessaire aux activités ménagères, les juges du fait peuvent soit se prononcer de façon abstraite, en se fondant exclusivement sur des données statistiques, soit prendre en compte les activités effectivement réalisées par le soutien dans le ménage (ATF 131 II 360 consid. 8.2.1).

La jurisprudence considère que l'enquête suisse sur la population active (ESPA; en allemand, SAKE), effectuée périodiquement par l'Office fédéral de la statistique, offre une base idoine pour la détermination du temps effectif moyen consacré par la population suisse aux activités ménagères et pour la fixation du temps consacré dans chaque cas individuel (ATF 129 III 135 consid. 4.2.2.1 p. 155 ss; en ce sens également, CHAPPUIS, Le préjudice ménager : encore et toujours ou les errances du dommage normatif, in Responsabilité et assurance [REAS] 4/2004 p. 282 ss, 286). Des tableaux ont été dressés sur cette base (cf. PRIBNOW / WIDMER /

SOUSA-POZA / GEISER, Die Bestimmung des Haushalts-schadens auf der Basis der SAKE, Von der einsamen Palme zum Palmenhain, in REAS 1/2002 p. 24 ss, 37ss).

En l'espèce, d'après la recourante, au moment du début de son droit aux prestations litigieuses, elle vivait séparée en instance de divorce avec une fille âgée de près de six ans (née le 2 mai 1996). Pour la période du 28 janvier au 1er mai 2002, selon la tabelle 3 in REAS 1/2002 p. 37, une femme exerçant une activité lucrative avec un enfant jusqu'à cinq ans consacre 171 heures par mois aux activités ménagères ainsi que 69 heures par mois à l'assistance et aux soins donnés à son enfant, soit au total 240 heures par mois, respectivement sept heures cinquante-cinq par jour (240 x 12 : 365). Dès le 2 mai 2002, selon la tabelle 4 in REAS 1/2002 p. 37, une femme exerçant une activité lucrative avec un enfant dès six ans consacre 117 heures par mois aux activités ménagères ainsi que 46 heures par mois à l'assistance et aux soins donnés à son enfant, soit au total 163 heures par mois, respectivement cinq heures vingt par jour (163 x 12 : 365). Eu égard à la situation prévalant dans le canton de Genève, on peut, conformément à la jurisprudence (ATF 131 III 360 consid. 8.3), retenir une rémunération horaire de 30 fr. pour le travail ménager ce qui représente une valeur des tâches que la recourante ne peut plus accomplir de 237 fr. par jour pour la période du 28 janvier au 1er mai 200, respectivement de 156 fr. par jour dès le 2 mai 2002, pour autant qu'elle présente une incapacité de 100% pour les activités ménagères. Même si l'incapacité de la recourante dans ses activités ménagères n'était que de 50%, il faudrait encore retenir un montant journalier de 119 fr. par jour, respectivement de 78 fr. par jour au titre de l'accomplissement des tâches domestiques, soit dans tous les cas un montant supérieur à l'indemnité convenue de 60 fr. 70 par jour. En définitive, sur la base des éléments à disposition du Tribunal de céans, il n'existe aucune surindemnisation.

14. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être admis et le dossier renvoyé à l'intimée pour qu'elle procède à un nouveau calcul de l'indemnité journalière dès le 28 janvier 2002 au sens des considérants, après éventuelle instruction complémentaire sur le taux d'incapacité de la recourante dans ses activités ménagères pour autant qu'elle l'estime nécessaire.

La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses dépens.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet au sens des considérants.

3. Annule les décisions du GROUPE MUTUEL ASSURANCE des 27 mai 2003 et 26 novembre 2003.

4. Renvoie la cause à l'intimé pour éventuelle instruction complémentaire et nouvelle décision au sens des considérants.

5. Condamne l'intimé à verser à la recourante une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière — La Présidente :

Janine BOFFI — Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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