[AZA 7]
K 14/00 Rl

Ière Chambre

composée des Juges fédéraux Lustenberger, Président, Schön,
Spira, Rüedi et Widmer; Frésard, Greffier

Arrêt du 25 septembre 2000

dans la cause
Hotela, Caisse-maladie et accidents de la société suisse des hôteliers, rue de la Gare 18, Montreux, recourante,

contre
M._____, intimé, représenté par Maître Christian Grosjean, avocat, rue Etienne-Dumont 1, Genève,

et
Tribunal administratif du canton de Genève, Genève

A.- M._____ exerce la profession de chauffeur de taxis indépendant. Il est assuré auprès d'HOTELA, Caisse-maladie et accidents de la société suisse des hôteliers, notamment pour une assurance d'indemnités journalières. A l'origine, le montant de l'indemnité assurée était de 105 fr. Il a été porté à 220 fr. dès le début de l'année 1996. L'indemnité est versée à partir du 31e jour d'incapacité de travail.
M._____ a été incapable de travailler du 14 septembre 1998 au 14 février 1999, à la suite d'une opération cardiaque (pontage coronarien).
Le 19 octobre 1998, HOTELA a invité son assuré à lui remettre "une copie de (ses) fiches salaire des 6 derniers mois". En réponse à cette demande, M._____ a fourni ses comptes de pertes et profits pour les années 1996 et 1997.
Il en ressort qu'il a réalisé un bénéfice net de 36 954 fr. 50 en 1996 et de 26 238 fr. 25 en 1997.
Par décision du 17 février 1999, HOTELA a réduit, avec effet au 1er janvier 1996, à 100 fr. par jour le montant de l'indemnité assurée. Elle a informé l'assuré qu'elle lui rembourserait les primes payées en trop, par 2001 fr. 60.
Elle a fait valoir que l'assurance d'indemnités journalières de 220 fr. ne correspondait pas au revenu obtenu par l'assuré durant les deux années précédentes, ce qui conduisait à une surassurance, justifiant une réduction rétroactive de la couverture du risque.
L'assuré a formé opposition en concluant au versement d'une indemnité journalière de 220 fr. pour la période du 14 octobre 1998 au 14 février 1999. La caisse a rejeté cette opposition par une nouvelle décision, du 23 avril 1999.
La caisse a versé, en conséquence, des indemnités journalières de 100 fr. par jour.

B.- M._____ a recouru contre cette décision. Par jugement du 21 décembre 1999, le Tribunal administratif du canton de Genève a admis son recours et condamné la caisse à payer à l'assuré une indemnité journalière de 220 fr.
pour la période du 14 octobre 1998 au 15 février 1999, avec intérêts à 5 pour cent l'an dès le 29 décembre 1998.
Le tribunal a en outre alloué à l'assuré une indemnité de dépens de 1750 fr.

C.- HOTELA interjette un recours de droit administratif dans lequel elle demande au Tribunal fédéral des assurances de confirmer ses décisions des 23 avril 1999 et 17 février 1999 "dans le sens que l'assurance indemnités journalières est modifiée rétroactivement au 1er janvier 1996 à 100 fr. par jour".
M._____ conclut, sous suite de frais et dépens, au rejet du recours. Quant à l'Office fédéral des assurances sociales, il ne s'est pas déterminé à son sujet.

Considérant en droit :

1.- Contrairement à ce que retiennent les premiers juges, les indemnités ici en cause relèvent de l'assurance facultative d'indemnités journalières selon les art. 67 ss LAMal et non de la LCA (voir l'art. 1er du règlement de la recourante, édition 1997). Cela n'est du reste pas contesté par les parties. Le jugement attaqué peut donc être déféré au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (art. 128 OJ; art 91 LAMal), en dépit d'une indication erronée des voies de droit par la juridiction cantonale.

2.- Est litigieux le montant de la couverture d'assurance de l'intimé et, par là-même aussi, le montant des indemnités journalières qui lui sont dues en raison de l'incapacité de travail qu'il a subie.

3.- a) Aux termes de l'art. 67 al. 1 LAMal, toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de quinze ans révolus, mais qui n'a pas atteint 65 ans, peut conclure une assurance d'indemnités journalières avec un assureur au sens de l'art. 68 LAMal.
L'assureur convient avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées; ils peuvent limiter la couverture aux risques de la maladie et de la maternité (art. 72 al. 1 LAMal).
Il est unanimement admis par la doctrine que l'assurance d'indemnités journalières facultative selon la LAMal trouve son fondement dans un contrat d'assurance de droit public (Vincent Brulhart, Quelques remarques relatives au droit applicable aux assurances complémentaires dans le nouveau régime de la LAMal, 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. 741; Ueli Kieser, Die Stellung der Nichterwerbstätigen in der freiwilligen Taggeldversicherung [Artikel 67 ff. KVG], in :
LAMal-KVG, p. 613; Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 113; Gebhard Eugster, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, in : LAMal-KVG, p. 551).
C'est ainsi que les parties fixent en toute liberté le montant de l'indemnité journalière assurée (ATF 124 V 207 consid. 4d). Il résulte de la nature contractuelle des relations qui s'établissent entre elles que la couverture d'assurance ne peut pas être réduite par l'assureur sans le consentement de l'assuré (Kieser, loc. cit. , p. 613). Demeure réservée la possibilité pour les assureurs de prévoir dans leur règlement une limitation ou une suppression de l'assurance d'indemnités journalières pour les personnes qui ont accompli leur 65ème année (ATF 124 V 201).

b) Il est vrai que sous l'empire de l'ancien droit de l'assurance-maladie (LAMA), le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une caisse-maladie a le droit de supprimer ou de réduire la couverture d'assurance d'une indemnité journalière, sans l'accord de l'assuré, lorsque ce dernier ne peut raisonnablement plus avoir d'intérêt au maintien de la couverture dont il bénéficiait jusqu'alors, de sorte que celle-ci devenait - en tout ou partie - sans objet (ATF 112 V 195, 111 V 333 consid. 2b). C'était le cas quand l'assuré - indépendamment de son âge - cessait définitivement ou réduisait durablement l'exercice d'une activité lucrative. On peut se demander si cette jurisprudence est sans plus transposable au régime des indemnités journalières selon la LAMal. En effet, dans cette loi, 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 LAMal. 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 (cf. également Kieser, loc.
cit. , p. 612 sv). Quoi qu'il en soit, la jurisprudence citée n'est pas applicable quand la surassurance alléguée par l'assureur provient - comme en l'espèce - du seul fait que l'assuré, qui exerce une activité lucrative, convient avec l'assureur d'une indemnité d'un montant supérieur au revenu qu'il est censé réaliser. Car le preneur a parfois intérêt à maintenir une couverture élevée, nonobstant le fait qu'il ne subit momentanément pas de perte de gain ou que sa perte de gain est inférieure au montant de l'indemnité journalière souscrite. La prudence peut en effet commander de maintenir une couverture d'assurance provisoirement injustifiée, sous l'angle de la perte de gain, dans le but de conserver les avantages d'une affiliation sans réserve (RJAM 1982 no 475 p. 36 consid. 3; Aldo Borella, L'affiliation à l'assurance-maladie sociale suisse, thèse Genève 1993, p. 156 no 223; voir aussi l'art. 69 LAMal). Un tel intérêt existe, tout particulièrement, pour les personnes de condition indépendante, dont les revenus sont parfois sujets à de fortes variations (cf. RAMA 1994 no U 183 p. 51 consid. 5c).
L'art. 109 OAMal prévoit d'autre part que toute personne qui satisfait aux exigences de l'art. 67 al. 1 LAMal peut adhérer à l'assurance d'indemnités journalières aux mêmes conditions que celles qui prévalent pour les

autres assurés, notamment quant à la durée et au montant de l'indemnité journalière, dans la mesure où, selon toute probabilité, il n'en résulte pas de surindemnisation. Mais cette disposition, qui traite de l'adhésion à l'assurance, n'autorise pas l'assureur à réduire rétroactivement la couverture d'assurance s'il apparaît après coup que le montant assuré risque de conduire à une surindemnisation.

c) Le fait de s'être assuré pour une indemnité journalière d'un montant donné et d'avoir payé les cotisations correspondantes n'ouvre cependant pas forcément droit au versement de la somme assurée en cas d'incapacité de travail (ATF 110 V 322 consid. 5, 105 V 196 consid. 1; RAMA 1987 no K 742 p. 275 consid. 1, 1986 no K 702 p. 464 consid. 2a; Eugster, loc. cit. , p. 539). Encore faut-il que l'assuré subisse une perte de gain dans une mesure justifiant le paiement du montant assuré. En cas de surindemnisation, les prestations assurées peuvent être réduites conformément aux art. 78 al. 2 LAMal et 122 OAMal.
C'est ainsi que 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).

4.- Il résulte de ce qui précède que la caisse n'était pas en droit de réduire la couverture d'assurance de l'intimé. Dans la mesure où la recourante conteste ce point, son recours est mal fondé.
Les premiers juges, quant à eux, déduisent de cette interdiction de réduire unilatéralement la couverture d'assurance que la caisse est tenue, sans autre préalable, de payer la totalité de l'indemnité assurée; ils n'ont, de ce fait, pas examiné la question d'une éventuelle surindemnisation.
Cette opinion, on l'a vu, ne peut pas être suivie.
De son côté, la caisse n'a pas non plus examiné le problème sous l'angle de la surindemnisation, compte tenu de sa décision de réduire rétroactivement la couverture d'assurance de l'intimé.
Dans ces circonstances, il convient d'annuler aussi bien le jugement attaqué que la décision sur opposition litigieuse et de renvoyer la cause à la caisse pour qu'elle procède, s'il y a lieu, à un calcul de surindemnisation et rende une décision sur l'étendue du droit de l'intimé à des indemnités journalières durant la période en cause.

5.- Vu la nature du litige, la procédure est gratuite (art. 134 OJ). L'intimé obtient gain de cause sur la question de la réduction de la couverture d'assurance. Il convient donc de lui allouer une indemnité de dépens réduite (art. 159 al. 3 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances

prononce :

I. Le recours est partiellement admis en ce sens que le
jugement du Tribunal administratif du canton de Genève
du 21 décembre 1999, ainsi que la décision sur opposition
du 23 avril 1999, sont annulés.

II. La cause est renvoyée à la caisse HOTELA pour nouvelle décision au sens des motifs.
III. Il n'est pas perçu de frais de justice.

IV. La caisse HOTELA versera à l'intimé un montant de 1500 fr. au titre de dépens pour la procédure fédérale.

V. Le tribunal administratif statuera à nouveau sur les
dépens de l'instance cantonale, au regard de l'issue
définitive du procès de dernière instance.

VI. Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal administratif du canton de Genève et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Lucerne, le 25 septembre 2000

Au nom du
Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la Ière Chambre :

Le Greffier :