

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20110209_f_ge_o_01 vom 9. Februar 2011

FINMA Versicherungsrecht, 2011-02-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20110209_f_ge_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20110209_f_ge_o_01 du 9 février 2011

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20110209_f_ge_o_01 del 9 febbraio 2011

Erwägungen

E. 35

Par ordonnance du 20 avril 2010, la Présidente de la 4ème Chambre a décidé de la reprise de l'instruction de la cause, notamment.

E. 36

Invitée à répliquer, la demanderesse a, dans ses écritures du 19 mai 2010, allégué ne pas avoir reçu, à son engagement, le mémento dont fait état la défenderesse.

A/3103/2007 - 10/20 - Quoi qu'il en soit, cela ne dispensait pas l'employeur de l'informer de ses droits au moment de la fin des rapports de service. En ce qui concerne l'exception de prescription, elle fait remarquer, s'appuyant sur les conditions générales de la défenderesse, que le délai de prescription de deux ans ne commence à courir qu'au moment de la constatation, par un médecin, d'une incapacité de travail due à une maladie. Or, ce n'est que dans l'expertise du Dr T_____ du 26 août 2005 qu'il a été établi, pour la première fois, que l'incapacité de travail de l'assurée n'était pas d'origine accidentelle, mais malade. Ayant déposé son action le 14 août 2007, la demanderesse considère avoir interrompu le délai de prescription à temps. Ensuite, dans la mesure où les prestations qu'elle fait valoir débutent le 1er novembre 2005, soit à un moment où elle n'a plus perçu aucune prestation de l'assurance-accidents, la demanderesse nie toute surindemnisation. Quant à l'incapacité de travail, elle maintient que celle-ci est totale, l'exercice d'une activité adaptée - dont la possibilité est niée de même que l'existence - supposant de toute manière la mise en œuvre d'une reconversion professionnelle qui n'a jamais été effectuée, il ne saurait en être tenu compte.

E. 37

Avant de dupliquer, la défenderesse a sollicité, par courrier du 8 juin 2010, la production des pièces de la procédure judiciaire en matière d'assurance-accidents (A/708/2007) ainsi que de l'intégralité du dossier de l'assurance-invalidité.

E. 38

Par ordonnance du 28 juin 2010, le Tribunal des assurances sociales a ordonné l'apport de la procédure A/708/2007 et a invité la ZURICH et l'OAI à transmettre les pièces requises par la défenderesse.

E. 39

La défenderesse a persisté dans ses conclusions par duplique du 18 août 2010. Elle a néanmoins relevé ce qui suit : – Selon le dossier de l'assurance-invalidité, la demanderesse admettait une capacité de travail à 50% dans une activité adaptée une fois son état de santé

stabilisé. Par décision sur opposition du 9 juillet 2010, confirmant une décision du 31 janvier 2006, l'OAI a mis la demanderesse au bénéfice d'un quart de rente d'invalidité fondé sur une invalidité de 44%. Cette décision se basait sur le rapport d'expertise du Dr V_____, spécialiste FMH en rhumatologie, médecine physique et réhabilitation et pathologie du sport, du 11 décembre 2008, à teneur de laquelle la demanderesse disposait d'une capacité de travail à raison de cinq heures par jour, avec une diminution de rendement d'environ 10%. Suite au recours de la demanderesse, une procédure est actuellement pendante par-devant le Tribunal des assurances sociales, devenu depuis le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales. – A teneur du dossier de l'assurance-accidents, le statu quo sine a été atteint le 3 décembre 2001. S'agissant de la capacité de travail de la demanderesse, elle pourrait être entière après reconversion dans une activité sédentaire, répondant à

A/3103/2007 - 11/20 - certaines limitations. Quant à l'amélioration de la capacité de travail, elle dépendait uniquement de la motivation de la demanderesse.

E. 40

La duplique a été communiquée à la demanderesse. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT 1. Conformément à l'art. C9 des conditions générales d'assurances (CGA) de la défenderesse, édition du mois de mai 1999, l'assurance en cause dans le présent litige est soumise à la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1). Selon l'art. C8 CGA, le preneur d'assurance ou l'ayant droit peut intenter une action contre la défenderesse à son lieu de domicile suisse ou à Winterthur. A teneur de la jurisprudence, la compétence se détermine, conformément au principe de la *perpetuatio fori*, en fonction de la date d'ouverture de la procédure (ATF 130 V 90 consid. 3.2, 129 III 406 consid. 4.3.1). Jusqu'au 31 décembre 2010, ce type d'élection de for était admissible en vertu de l'art. 9 de la loi fédérale sur les fors en matière civile, du 24 mars 2000 (Loi sur les fors, LFors ; RS 272) par renvoi de l'art. 46a LCA. Avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272) unifiant la procédure civile, la LFors a été abrogée (annexe 1 au CPC, RO 2010 1739, p.1836) et la compétence à raison du lieu des tribunaux est désormais régie par les art. 9 et ss CPC. Même si l'art. 46a LCA n'a pas été modifié en conséquence, l'élection de for prévue par l'art. C8 CGA paraît admissible en application de l'art. 17 CPC. En l'espèce, la demanderesse est domiciliée à Genève de sorte que les juridictions genevoises sont compétentes à raison du lieu compte tenu de l'élection de for prévue par l'art. C8 CGA en ce qui concerne les prétentions relevant du contrat d'assurance. En effet, lors du dépôt de la demande, le 14 août 2007, la LFors était encore applicable de sorte que l'élection de for prévue par l'art. C8 CGA était admissible. 2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 4 et let. c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale prévue par la LAMal relevant de la loi fédérale sur la

A/3103/2007 - 12/20 - contrat d'assurance, du 2 avril 1908 (loi sur le contrat d'assurance, LCA; RS 221.229.1). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). Le Tribunal des assurances sociales, et depuis le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances

sociales, sont ainsi saisis de l'ensemble du contentieux en matière d'assurances complémentaires privées, tant dans le domaine de l'assurance-maladie que dans celui de l'assurance-accidents. Le Tribunal des conflits a par ailleurs expressément constaté la compétence du Tribunal des assurances sociales en matière d'assurances d'indemnités journalières soumises à la LCA (cf. ACOM/42/2006 du 13 juin 2006 et ACOM/55/2005 du 26 août 2005), ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral (arrêt 5P.359/2006 du 8 février 2007). Cela étant, il sied de préciser que depuis le 1er janvier 2011, le contentieux en matière d'assurances complémentaires à la LAA doit être porté devant le Tribunal administratif de première instance (TAPI), la Cour de cassation ne connaissant que des recours contre les décisions rendues par le TAPI (cf. art. 134 al. 2 LOJ). Dès lors que la demanderesse requiert le paiement d'un dommage résultant d'une violation, par la défenderesse, de ses devoirs contractuels et légaux en matière d'assurance perte de gain en cas de maladie, soumise à la LCA, la Chambre de cassation est compétente à raison de la matière. 3. La LCA a subi des modifications. La nouvelle du 17 décembre 2004 (FF 2003 3353) est entrée en vigueur le 1er janvier 2006, respectivement le 1er janvier 2007. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits. Dès lors les dispositions de la LCA seront citées dans leur teneur en vigueur au moment des faits déterminants (ATF 130 V 446 consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). 4. Le présent litige porte sur le droit de la demanderesse au paiement de 76'247 fr., correspondant aux indemnités journalières réclamées pour la période du 1er novembre 2005 au 31 août 2007, ainsi qu'au versement d'indemnités journalières jusqu'à échéance de la période de 720 jours. 5. Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10), 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 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance - LSA ; RS 961.01). En introduisant cet allègement de procédure, le législateur s'est inspiré des dispositions de droit fédéral motivées par des buts de poli-

A/3103/2007 - 13/20 - tique sociale en matière de baux à loyer (art. 274d du code des obligations - CO ; RS 220), 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 plaisir 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 (arrêt du TF 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 consid. 3, arrêt du TF non publié 4A.45/2007 du 12 juin 2007, consid. 5.1). En ce qui concerne les rapports établis par les médecins traitant, 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). Une expertise n'a pas de valeur probante si l'expert n'a pas répondu aux questions posées, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre façon, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même sans

A/3103/2007 - 14/20 - connaissances spécifiques, que le juge ne pouvait tout simplement pas les ignorer (arrêt du TF non publié 5P.76/2006 du 26 septembre 2006, consid. 2.1). 6. En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladie pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnité journalière (ATF 124 V 201 consid. 3d ; ATAS/1104/2006). La LCA ne contient pas de règle d'interprétation des contrats. Comme l'art. 100 al. 1 LCA renvoie au Code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse – CO ; RS 220) pour tout ce qu'elle ne règle pas elle-même, la jurisprudence en matière de contrats est applicable. Les conditions générales, lorsqu'elles ont été incorporées au contrat, en font partie intégrante ; elles doivent être interprétées selon les mêmes principes que les autres dispositions contractuelles (ATF 133 III 675 consid. 3.3, 122 III 118 consid. 2a et 117 II 609 consid. 6c). En l'espèce, l'employeur en tant que preneur d'assurance et la défenderesse en qualité d'assureur ont conclu un contrat d'assurance-maladie collective pour l'indemnité journalière selon la LCA. Par cette convention, la demanderesse était couverte pour le risque de perte de gain due à la maladie. Il s'agit d'une assurance au profit de tiers (art. 18 al. 3 LCA), qui confère un droit propre au bénéficiaire (i.e. le travailleur) contre l'assureur en vertu de l'art. 87 LCA (arrêt du TF non publié du 12 septembre 2007, 4A.179/2007 consid. 4.2). La demanderesse n'était ainsi pas partie à cet accord, même s'il instituait en sa faveur une créance indépendante contre la défenderesse dès la survenance du cas d'assurance. 7. A titre liminaire, la Cour de céans relève que les parties semblent s'accorder sur le fait que la couverture d'assurance a cessé avec la fin des rapports de travail le 31 décembre 2001. En effet, la demanderesse fonde son action sur la responsabilité contractuelle (art. 97 et ss CO) de la défenderesse en raison du défaut d'information sur le droit de passage dans l'assurance individuelle et nullement sur le versement rétroactif d'indemnités journalières fondées sur le contrat d'assurance (voir notamment demande en paiement du 13 août 2007, p. 15, 17 et 18 et réplique du 19 mai

2010, p. 7 et 8). Dans un souci d'exhaustivité, la Cour de céans examinera tout de même cette question de la couverture.

Dans l'assurance privée selon la LCA, le droit aux prestations ne dépend pas d'une affiliation. Si le sinistre survient pendant la période de couverture, l'assureur doit verser les prestations convenues jusqu'à épuisement, aussi longtemps qu'elles sont justifiées selon les clauses conventionnelles ; la seule limite que connaisse la cou-

A/3103/2007 - 15/20 - verture réside non dans la fin des relations contractuelles, mais dans la durée des prestations convenues (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, thèse, Fribourg, 1994, p. 185). Partant, en l'absence de clauses conventionnelles limitant ou supprimant le droit aux prestations au-delà de la période de couverture, l'assuré qui, après un événement ouvrant le droit aux prestations, sort d'une assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat, peut faire valoir son droit aux prestations également pour les suites de l'événement qui se produisent après l'extinction du rapport d'assurance (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3ème éd., 1995, p. 240).

Dans le cas d'espèce, en vertu de l'art. A4 CGA, la couverture d'assurance prend effet pour chaque assuré à la date d'entrée en vigueur du contrat de travail et cesse notamment à sa sortie du cercle des assurés. Conformément à l'art. C7 ch. 1 CGA, tout assuré résidant en Suisse a le droit de passer dans l'assurance individuelle de la défenderesse, notamment s'il quitte le cercle des assurés. Il doit cependant faire valoir son droit de passage dans un délai de trois mois.

La demanderesse ayant été licenciée avec effet au 31 décembre 2001, la couverture d'assurance a cessé à cette même date en application de l'art. A4 CGA. Se pose cependant la question du transfert dans l'assurance individuelle. Dès lors qu'elle n'a pas entrepris les démarches pour être transférée dans l'assurance individuelle, la demanderesse n'était plus couverte par une assurance complémentaire en matière de perte de gain au mois d'août 2005, date à laquelle le Dr T _____ a constaté que l'incapacité de travail était due à une maladie.

A cela s'ajoute le fait que l'art. 71 al. 2 LAMal, qui prévoit notamment que l'assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle et que s'il omet de le faire, l'assuré reste dans l'assurance collective - disposition que certains auteurs souhaitent voir appliquer dans le cadre de l'art. 100 al. 2 LCA- ne saurait trouver application dans le cas d'espèce. En effet, le renvoi aux art. 71 al. 1 et 73 LAMal prévu par l'art. 100 al. 2 LCA n'est applicable qu'aux chômeurs au sens de l'art. 10 LACI. Or, selon cette disposition, pour être au chômage complet ou partiel, l'assuré doit chercher à exercer une activité à plein temps ou temps partiel, ce qui n'était pas le cas de la demanderesse lors de la fin de ses rapports de travail dès lors qu'elle percevait des indemnités journalières de l'assurance-accidents. A noter que dans un arrêt non publié 4A_354/2009 du 23 décembre 2009, le Tribunal fédéral a confirmé cette approche.

Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que la demanderesse n'était pas couverte, lors de la réalisation du sinistre, par une assurance perte de gain proposée par la défenderesse.

A/3103/2007 - 16/20 - 8. Il sied, par conséquent, de déterminer si la défenderesse peut être tenue pour responsable de l'absence d'information donnée par l'employeur. En effet, pour

la de- manderesse, ce dernier doit être considéré comme étant l'auxiliaire de la défende- resse, de sorte que tout manquement de sa part engage la responsabilité de cette dernière. a) Selon l'art. 324a al. 1 CO, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des raisons inhérentes à sa personne, telles que notamment la maladie, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Pendant la première année de service, l'employeur est tenu de payer le salaire de trois semaines (art. 324a al. 2 CO). Il peut toutefois être dérogé aux prescriptions précitées par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective à condi- tion que des prestations au moins équivalentes soient accordées au travailleur (art. 324a al. 4 CO). Il arrive ainsi fréquemment que l'employeur choisisse de conclure une assurance couvrant le risque de la perte de gain en raison de la maladie, sous la forme d'une assurance sociale d'indemnités journalières régie par les art. 67 à 77 LAMal ou d'une assurance d'indemnités journalières soumise à LCA (arrêt 5C.41/2001 du 3 juillet 2001 consid. 2b/bb). b) En pratique, les parties ne concluent guère d'assurance collective d'indemnités journalières selon les art. 67 ss LAMal (STREIFF/ VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 2006, n. 13 ad art. 324a/b CO, p. 285). Lorsqu'une telle assurance est toutefois conclue, que les conditions prévoient que la couverture d'assurance s'éteint lors de la cessation des rapports de travail et que l'incapacité de travail perdure au-delà de cette date, des prestations ne doivent être fournies que si et tant que le travailleur concerné reste, par son passage dans l'assu- rance individuelle, membre de la caisse-maladie (arrêt du Tribunal fédéral des assu- rances K 100/96 du 23 septembre 1997, reproduit in SVR 1998 KV 5 13, consid. 5c). En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances - critiquée par certains (cf. notamment MAURER, *Das neue Krankenversicherungsrecht*, 1996, p. 42) -, le droit aux prestations d'un assureur-maladie est lié à l'affiliation; à l'extinction du rapport d'assurance, le droit aux prestations n'est plus donné et il est mis fin à celles éventuellement en cours (ATF 125 V 106 consid. 3 et les références citées). C'est pourquoi l'art. 71 LAMal prévoit que lorsqu'un assuré sort de l'assu- rance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le contrat est résilié, il a le droit de passer dans l'assurance in- dividuelle de l'assureur. L'assureur doit faire en sorte que l'assuré soit renseigné par écrit sur son droit de passage dans l'assurance individuelle; s'il omet de le faire, l'as- suré reste dans l'assurance collective. L'assuré doit faire valoir son droit de passage

A/3103/2007 - 17/20 - dans les trois mois qui suivent la réception de la communication (art. 71 al. 2 LA- Mal). c) En matière d'assurance privée selon la LCA, il n'y a pas de disposition légale qui obligerait l'assureur à garantir à l'assuré qui sort de l'assurance collective le droit de passer dans l'assurance individuelle. Cela étant, un tel droit est souvent prévu par les conditions générales d'assurances (MEIER / FINGERHUTH, *Krankentag- geld statt Lohnfortzahlung*, *Plädoyer* 1999/3, p. 26ss, p. 32), comme en l'occurrence. La Cour de céans constate également qu'aucune disposition légale n'impose à l'assureur le devoir d'informer l'assuré de son droit de passage dans l'assurance in- dividuelle, contrairement à ce qui prévaut pour l'employeur conformément à l'art. 331 al. 4 CO (s'agissant de ce dernier, voir BRUNNER/ BÜHLER/ WAEBER/ BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 2004, n° 8 ad art. 331 CO, p. 192; STREIFF/ VON KAENEL, *op. cit.*, n. 13 ad art 324a/b CO, p. 286 et références; ar- rêt de la Cour d'appel des prud'hommes du canton de Genève du 27 octobre 2005, JAR 2006, p. 461, c. 24-26 et références ; arrêt non publié 4A_186/2010 du 3 juin 2010). S'agissant de la question du droit d'information, certains auteurs estiment que l'assureur est tenu d'informer l'assuré de

son droit de passage dans l'assurance individuelle mais que ce devoir est souvent délégué à l'employeur par le biais des conditions générales (voir MEIER / FINGERHUTH, op.cit., p. 32 ; PAPA, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, in ArbR 2009, p. 69 et ss et les références citées). D'autres auteurs se réfèrent à l'article de MEIER / FINGERHUTH sans toutefois se prononcer (voir notamment STREIFF/ VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 2006, n. 13 ad art. 324a CO, p. 286 et par NEF, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), 2001, n° 3 ad art. 100). Quant au Tribunal fédéral, il a considéré que l'assureur perte de gain n'avait aucun devoir légal (« gesetzliche Pflicht ») d'informer l'assuré sur son droit au passage dans l'assurance individuelle. Il a refusé d'étendre aux assurances privées les principes des assurances sociales, cette problématique étant du ressort du législateur (arrêts 5C.41/2001 du 3 juillet 2001 consid. 2 et 5C.273/2001 du 4 février 2002, consid. 3c). Dans un arrêt récent, il a encore confirmé sa position : l'assureur appliquant la LCA n'a pas les mêmes devoirs d'information que ceux prévus pour l'assurance sociale (arrêt non publié 4A_373/2010 du 10 novembre 2010). C'est le lieu de relever, dans ce contexte, que la LCA a été modifiée à plusieurs reprises depuis 2004. Toutefois, malgré les critiques doctrinales, le législateur n'a pas

A/3103/2007 - 18/20 - souhaité imposer à l'assureur perte de gain appliquant la LCA un devoir d'information similaire à celui qui est prévu par l'art. 71 al. 2 LAMal. d) A teneur de l'art. 101 al. 1 CO, celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail. L'application de cette disposition suppose tout d'abord qu'il existe un rapport d'obligation préalable entre le débiteur et le créancier, rapport qui peut résulter d'un contrat, de la loi ou de pourparlers précontractuels (WIEGAND, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 2007., n° 4 ad art. 101 CO; THEVENOZ, Commentaire romand, Code des obligations I, 2003, n° 19 ad art. 101 CO). L'auxiliaire, pour entraîner la responsabilité du débiteur, doit enfreindre une obligation de ce dernier à l'égard du créancier, qu'elle soit principale ou seulement accessoire (THEVENOZ, op. cit., n° 5 ad art. 101 CO). L'auxiliaire doit agir du consentement du débiteur, et non pas à son insu; il suffit cependant que le débiteur ait conscience qu'un tiers exécute en tout ou partie ses obligations (ATF 99 II 46 consid. 1 p. 48; 70 II 215 consid. 4 p. 220). L'art. 101 al. 1 CO rend le débiteur responsable comme il l'aurait été s'il n'avait pas confié l'exécution de ses devoirs contractuels à un auxiliaire. Mais il faut alors que l'auxiliaire provoque le dommage dans l'accomplissement de son travail, et non à l'occasion de celui-ci. En d'autres termes, il doit exister une relation directe et fonctionnelle entre l'activité confiée à l'auxiliaire et le dommage que celui-ci cause au créancier (arrêt 4C.394/2006 du 24 avril 2007 consid. 4.2; THÉVENOZ, op. cit., n° 23 ad art. 101 CO; WIEGAND, op. cit., n° 10 ad art. 101 CO; cf. aussi en rapport avec l'art. 55 al. 1 CO qui prévoit la même condition: ATF 95 II 93 consid. II/4a p. 106). e) En l'espèce, il n'y a aucun rapport d'obligation préalable entre la défenderesse et la demanderesse. En effet, aucun contrat n'a été conclu entre eux. L'art. 87 LCA invoqué par la demanderesse ne lui confère qu'un droit d'action directe contre l'assureur, mais ne crée pas un rapport d'obligation préalable, le but de cette disposition étant uniquement de protéger la personne malade contre des défaillances du preneur d'assurance pouvant réduire ou supprimer son droit aux prestations (par exemple, non-respect des obligations, prescription, etc.). En outre,

le dossier ne met pas en évidence l'existence de pourparlers contractuels, ce que les parties n'ont d'ailleurs pas invoqué. Enfin, compte tenu de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, l'assureur perte de gain soumis à la LCA n'a aucun devoir légal d'informer l'assuré sur son droit de

A/3103/2007 - 19/20 - passage dans l'assurance individuelle, au contraire de l'employeur (art. 331 al. 4 CO) et de l'assureur perte de gain appliquant la LAMal (art. 71 al. 2 LAMal). En l'absence de devoir d'information à l'égard de l'assuré fondé sur un contrat ou sur la loi, aucun reproche ne peut être formulé à l'égard de la défenderesse relativement au défaut d'information sur le droit de passage à l'assurance individuelle. 9. La demanderesse ne disposant d'aucune prétention à l'encontre de la défenderesse, il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens invoqués par les parties (prescription, surindemnisation, taux d'incapacité, honoraires avant procès). De plus, la Cour de céans n'est pas compétente pour connaître d'une éventuelle action en responsabilité civile, celle-ci ne relevant pas du contrat d'assurance. 10. Au vu de ce qui précède, la demande doit être rejetée. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 3 LPA). Par ailleurs, la demanderesse qui succombe n'aura pas droit à des dépens.

A/3103/2007 - 20/20 -

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant au fond
A la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.